

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR MANUEL CARLOS LOPES PORTO

VOLUME LXVI Tomo II

2 0 2 3

[SEPARATA]

Organizadores

MATILDE LAVOURAS
JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA
VICTOR CALVETE
TERESA ALMEIDA



COIMBRA

ASPETOS BREVES SOBRE O *ENFORCEMENT* PÚBLICO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS: O SANCIONAMENTO DAS PROPOSTAS EM CONLUÍO (*BID-RIGGING*)¹

1. Introdução

Os procedimentos adjudicatórios públicos concorrenciais são arquitetados para permitirem ao Estado selecionar, de entre um universo mais ou menos extenso de empresas candidatas, a que é economicamente mais eficiente e que melhor maximiza o objetivo da poupança dos recursos públicos. O valor da concorrência desenvolve neste contexto uma função crucial, lançando as empresas num processo de disputa comercial para alcançarem, a final, o benefício económico que decorre da celebração do contrato público e do pagamento do respetivo preço.

Mas a concorrência nem sempre é favorecida pelos operadores económicos. Na realidade, empresas há que preferem coordenar os seus comportamentos de mercado para atenuar

¹ O texto *infra* baseia-se, com algumas adaptações, em alguns capítulos da tese de doutoramento do autor, com o título *O Regime Europeu da Contratação Pública e o Paradigma da Concorrência*, defendida em provas públicas, na Universidade do Minho, em 23.09.2022.

a concorrência pelo preço e maximizar, de forma mais imediata, o lucro. Em contratação pública, a coordenação, explícita ou tácita, não só é apelativa como também exequível: os procedimentos adjudicatórios tendem a realizar-se de forma contínua e regular; as empresas candidatas representam um universo relativamente estável e circunscrito; a procura é estável e não elástica; o grau de transparência do procedimento é elevado (que permite a deteção de desvios); e a falta de incentivos do comprador público para minimizar custos².

O chamado *bid-rigging* ou a apresentação de propostas em conluio é um tipo de cartel *hardcore* que consiste na coordenação de comportamentos entre empresas candidatas à adjudicação de um contrato público quanto à estratégia e ao conteúdo das propostas a apresentar no respetivo procedimento concursal. Segundo a OCDE,

“bid rigging is a particular form of coordination between firms which can adversely affect the outcome of any sale or purchasing process in which bids are submitted. For example,

² Ver, em geral, sobre estas razões, Alberto HEIMLER, “Cartels in Public Procurement”, *Journal of Competition Law & Economics* 8/4 (2012) 849-862; e Robert ANDERSON / William KOVACIC / Anna Caroline MÜLLER, “Promoting Competition and Deterring Corruption in Public Procurement Markets: Synergies with Trade Liberalisation”, Think Piece, E15 Expert Group on Competition Policy and the Trade System, ICTSD, World Economic Forum, 2015, 6. Num recente artigo publicado no *Concurrentialiste*, Alison Jones refere o próprio envolvimento, no cartel, dos funcionários ao serviço da adjudicante, no sentido de assegurarem a sua sustentabilidade. Pode aí ler-se que, “procurement officers who are best placed to identify it ordinarily have weak incentives, or even disincentives, to be vigilant for it (and in some cases, they have even been found to be involved in collusive arrangements)”. Cf. Alison JONES, “Spotlight on Cartels: Bid Rigging Affecting Public Procurement”, *Concurrentialiste* (2020) disponível em <<https://leconcurrentialiste.com/jones-bid-rigging/>>.

firms may agree their bids in advance, or decide which firm will be the lowest bidder. Alternatively, they may agree not to bid or to rotate their bids by number or value of contracts”³.

Esta forma de supressão da concorrência não difere, em substância, de um acordo horizontal para fixação de preços. De igual modo, quando a alocação de contratos públicos entre candidatos é acordada de modo que cada um não interfira nas zonas geográficas dos demais, o acordo que lhe serve de base corresponde a um acordo para partilha de mercados. O que significa que, na vasta maioria dos casos, um cartel de *bid-rigging* corresponderá a um acordo de fixação de preços, a um acordo de partilha de mercado ou a um acordo que combina diferentes elementos destes dois tipos de infração⁴. Estamos, portanto, a nível europeu, no domínio do regime do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

Não basta, todavia, dispor de um sistema normativo de concorrência que permita, em abstrato, o enquadramento e o escrutínio de práticas anticoncorrenciais em contratação pública: é também necessário aplicá-lo. Um *enforcement* pró-ativo e eficaz das regras de concorrência neste domínio é ingrediente crucial para que se logre alcançar os objetivos a que estas normas se propõem, incluindo o da realização de uma compra pública eficiente.

Atenta a preponderância que reclama ao nível da prática decisória e jurisprudencial europeia, o breve estudo que se segue dará enfoque, especificamente, à questão do *enforcement* do

³ Cf. OCDE, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement: helping governments to obtain best value for money*, 2009.

⁴ Para um debate no direito norte-americano sobre se a prática de colusão em contratação pública difere de um acordo para fixação de preço, ver o acórdão *United States vs. Heffernan* 43 F.3d 1144 (7th Cir. 1994), para. 1.147.

artigo 101.º do TFUE no contexto das práticas de colusão em concurso público. Os desafios que este desiderato coloca polarizam-se em torno de dois principais objetivos: primeiro, o da prevenção e deteção dos comportamentos colusórios em contratação pública e, segundo, o da adoção de uma adequada política sancionatória. Debruçamo-nos, no texto adiante, apenas sobre o *enforcement ex post* do artigo 101.º do TFUE, em situação, portanto, de infração. O ponto 2 tratará da questão da aplicação das coimas ao *bid-rigging*. Veremos em que medida é que as especificidades deste tipo de infração justificam uma diferente metodologia de cálculo do valor da coima *vis-à-vis* a que se prevê no regime geral prescrito nas Orientações da Comissão, e que é seguida pela generalidade das autoridades da concorrência dos Estados-Membros da União Europeia (“UE”). Não se ignora que, na análise do método sancionatório e respetiva efetividade, assume importância também epicêntrica o regime de clemência vigente na UE e as implicações que resultam do potencial concurso entre as sanções impostas pelo direito da concorrência, pelo direito da contratação pública (nomeadamente, a exclusão do procedimento adjudicatório ao abrigo do mecanismo previsto no artigo 54.º n.º 4 alínea *d*) da Diretiva 2014/24/UE⁵) e pelas normas de direito penal relativas aos comportamentos de fraude (uma confluência muito impactante, *inter alia*, na estrutura de incentivos do prevaricador para denunciar o cartel). Todavia, por razões de economia de exposição, atento o escopo desta iniciativa, centrar-nos-emos apenas no tema da coima e da respetiva metodologia de cálculo.

A análise que se enceta é particularmente desafiante atenta a escassez de referências ao nível teórico, na doutrina, e ao nível da prática decisória e jurisprudencial na UE. É uma

⁵ Cf. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, J.O. L 94/65, de 28.03.2014.

escassez que justifica, aqui uma vez mais, uma reflexão sobre a experiência análoga da jurisdição norte-americana, já bem versada sobre os temas que se abordam e com uma longa tradição de *enforcement* em situações de *bid-rigging*. Não se pretende empreender uma análise comparativa: o objetivo é apenas indagar se o direito europeu poderá, porventura, absorver alguns dos mecanismos e das soluções que se prescrevem nesta jurisdição e se tal é de todo desejável. Julgamos que este debate pode dar alento a um novo movimento reformador que reconsidere, em contexto, as especificidades deste tipo de *enforcement*. A jurisdição europeia, muito deficitária ainda em soluções verdadeiramente adequadas e cabais, constitui terreno fértil para um tal empreendimento.

2. A punição do *bid-rigging* pelo direito da concorrência

2.1. Aspectos gerais

A análise relativa à punição do comportamento colusório em concurso público deve ocupar-se de duas questões distintas. A primeira concerne à metodologia de cálculo da coima. Importa dilucidar a forma como, em casos de *bid-rigging*, as autoridades da concorrência devem determinar o montante ideal da coima. Por um lado, para suprimir a atividade ilegal e evitar a reincidência por parte das empresas visadas, e por outro, para promover eficazmente, em geral, o valor da dissuasão⁶. A

⁶ Ver assim o acórdão do TJ, de 15 de julho de 1970, no processo 41/69, *ACF Chemiefarma NV c. Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:C:1970:71, para. 173, em que o tribunal refere que o propósito da aplicação das coimas consiste na supressão da atividade ilegal e na prevenção da reincidência. No para. 4 das suas Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, J.O. C

segunda tem a ver, como já referido, com a relação que existe entre as práticas de *bid-rigging* e a fraude. Em particular, com a questão de saber se estas práticas são puníveis pelas normas antifraude que vigoram fora do estrito perímetro do direito da concorrência. A apresentação de propostas manipuladas é enquadrada, em muitas jurisdições europeias, como um comportamento típico de fraude⁷. Este enquadramento está tão entrincheirado que, por vezes, chega mesmo a obscurecer a dimensão jusconcorrencial da infração. O concurso que convoca entre as normas de tutela à infração jusconcorrencial e as que concernem ao crime de fraude, que é tratado de forma distinta consoante a jurisdição em causa, constitui um aspeto absolutamente caracterizante do *bid-rigging*. A associação entre a figura do *bid-rigging* e a fraude tem sido utilizada nos EUA, pela Antitrust Division do DOJ, para justificar a amplificação do valor das coimas aplicadas em processos de contraordenação.

210/02 de 1.09.2006, a Comissão refere que: “As coimas devem ser fixadas segundo um nível suficientemente dissuasivo, não somente para sancionar as empresas em causa (efeito dissuasivo específico), mas também para dissuadir outras empresas de terem comportamentos contrários aos artigos 81.º e 82.º do Tratado ou de continuarem a ter tais comportamentos (efeito dissuasivo geral).”

⁷ *V.g.*, o Reino Unido e a Alemanha. Fora da europa, ver o caso dos EUA. Entre nós, o conluio em contratos públicos tem previsão expressa no artigo 230.º do Código Penal (inserido capítulo IV relativo ao crimes contra direitos patrimoniais), que lê: “Quem, com intenção de impedir ou prejudicar os resultados de arrematação judicial ou de outra arrematação pública autorizada ou imposta por lei, bem como de concurso regido pelo direito público, conseguir, por meio de dádiva, promessa, violência ou ameaça com mal importante, que alguém não lance ou não concorra, ou que de alguma forma se prejudique a liberdade dos respetivos atos, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

Sem embargo, ocupemo-nos da primeira das questões. Em particular, dos aspetos genéricos que caracterizam o modelo sancionatório europeu, prossequindo depois com uma análise mais pormenorizada aos elementos que relevam no enquadramento específico das práticas de *bid-rigging*.

De acordo com as Orientações da Comissão, no regime europeu da concorrência o método de cálculo da coima a aplicar comporta duas etapas fundamentais: a primeira consiste na fixação de um montante de base da coima atribuível a cada empresa⁸; a segunda, num ajustamento desse montante em função das circunstâncias específicas da infração e dos infratores⁹. Para determinar o montante de base da coima, a Comissão aplica uma percentagem, até a um máximo de 30%, sobre o valor das vendas de bens ou serviços realizados pela empresa, relacionadas, direta ou indiretamente, com a infração. A Comissão utiliza, em princípio, as vendas realizadas pela empresa durante o último ano completo da sua participação na infração. Por força do artigo 23.º n.º 3 do Regulamento 1/2003¹⁰, que obriga a Comissão, no cálculo do valor da coima, a tomar em consideração a duração da infração, o valor daí obtido é depois multiplicado pelo número de anos de infração¹¹. Independentemente da duração da participação da empresa na infração, sempre que estejam em causa acordos horizontais de fixação de preços, de repartição de mercado ou de limitação de

⁸ Cf. paras. 10, 12 e ss. das Orientações.

⁹ Cf. paras. 10, 27 e ss. das Orientações.

¹⁰ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado, J.O. L 1/1, 4.1.2003.

¹¹ Cf. para 19 das Orientações. Os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses, mas inferiores a um ano, serão contados como um ano completo (cf. para. 24).

produção, a Comissão adiciona ao montante de base, a título de fator dissuasor, um valor que se situa entre 15% e 25% do valor daquelas vendas¹². A Comissão ajusta depois a aritmética apurada com base numa apreciação global que terá em conta um conjunto de aspetos relevantes como, por exemplo, as circunstâncias agravantes, *e.g.* o papel de líder ou instigador da infração ou a reincidência, e as circunstâncias atenuantes, *e.g.* a colaboração com as autoridades ou a negligência¹³. De acordo com o n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003, o montante final da coima não deverá exceder 10% calculados sobre o volume de negócios total realizado durante o exercício anterior ao da prolação da decisão condenatória¹⁴.

Poderia pensar-se, atento o tipo de infração do *bid-rigging* e as suas características, que a Comissão não julgou necessário autonomizar este ilícito no parágrafo 25 das suas Orientações, como ilícito que determina a aplicação de uma percentagem adicional a título de dissuasão, por o considerar implicitamente compreendido na categoria mais lata de acordos horizontais para fixação de preços ou repartição de mercados. Todavia, fosse esta interpretação correta, por uma questão de consistência, o *bid-rigging* não deveria ter sido objeto de uma referência expressa na Comunicação da Comissão de 2002 relativa à imunidade em matéria de coimas¹⁵ – uma referência que, aliás,

¹² Cf. para 25 das Orientações.

¹³ Cf. para 27 das Orientações.

¹⁴ O volume de negócios deve ser entendido, para este efeito, como o total do valor das vendas realizadas pela empresa e não apenas das vendas por si realizadas nos mercados de produto e geográfico relevantes. Cf. Decisão da Comissão de 21 de fevereiro de 2007 relativa a um procedimento nos termos do artigo 81º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Processo COMP/E-1/38.823 – Elevadores e Escadas Rolantes), para. 756.

¹⁵ Pode ler-se no para. 1 da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos

veio deliberadamente retificar a omissão verificada na anterior Comunicação da Comissão de 1996. A exigência de consistência imporia que todos os cartéis *hard-core* (e não apenas alguns) fossem identificados de forma transversal entre os diferentes documentos da Comissão que tratam destas infrações.

Não se pode ignorar que as Orientações relativas ao cálculo das coimas e o programa de clemência são instrumentos muito complementares, utilizados, na prática, numa relação de estreita simbiose. A omissão é particularmente inexplicável se se atentar ao facto de que ambos os documentos da Comissão – a Comunicação revista da Comissão relativa ao programa de clemência e as suas Orientações revistas para o cálculo do valor das coimas – foram publicados no mesmo ano de 2006. Embora o *bid-rigging* contemple, de facto, um elemento de fixação de preços, a prática decisória e a jurisprudência europeia atuais tratam esta infração como um tipo de ilícito autónomo, distinto dos acordos horizontais para fixação de preços.

É uma abordagem consistente com a que é adotada ao nível nacional pela vasta maioria das autoridades de concorrência europeias. Veja-se assim, por exemplo, no Reino Unido, o documento da CMA, *Guidance as to the appropriate amount of a penalty*¹⁶, e na Holanda, o documento da ACM, *Fining Policy Rule*¹⁷. Em suma, cremos que esta é uma omissão que deve ser curada.

processos relativos a cartéis (J.O. C 45/03 de 19.02.2002) que: “A presente Comunicação aplica-se aos cartéis secretos entre dois ou mais concorrentes que têm por objetivo fixar os preços, a produção ou as quotas de vendas, repartir os mercados, *incluindo fraude a nível dos processos de concurso*, ou restringir as importações ou exportações.” (itálico nosso)

¹⁶ CMA’s Guidance as to the appropriate amount of a penalty, abril de 2018, CMA73. Ponto 2.2., “For the purposes of this guidance, ‘cartel activities’ are agreements and/or concerted practices which infringe Article 101 of the TFEU and/or the Chapter I prohibition and involve pricefixing (including resale price maintenance),

2.2. O montante-base da coima

Como referido, para determinar o montante de base da coima a aplicar, a Comissão recorre ao valor das vendas de bens ou serviços realizadas pela empresa e relacionadas, direta ou indiretamente, com a infração, na área geográfica relevante. A Comissão utiliza, por regra, as vendas realizadas pela empresa durante o último ano completo da sua participação na infração¹⁸. Em casos de *bid-rigging*, o cálculo do valor das vendas afetadas pela infração apresenta uma particularidade: o valor relevante atendível corresponde ao valor do contrato ou à soma dos valores dos contratos que são adjudicados ao candidato vencedor na sequência da apresentação das propostas manipuladas.

Pode ler-se na decisão da Comissão no caso *SPO*, relativo à indústria da construção civil holandesa, que: “Para determinar o montante da coima a aplicar a cada uma das associações, a Comissão teve em conta o valor total dos contratos postos a concurso que foram objecto de concertação a nível de cada associação durante o referido período.”¹⁹ No processo *Automotive Wire Harnesses*, relativo, *inter alia*, a práticas de *bid-rigging* no setor das cablagens elétricas para a indústria automóvel, e em que se aplicou já o novo regime das Orientações de 2006 relativas ao cálculo das coimas, a Comissão decidiu que o va-

bid-rigging (collusive tendering), the establishment of output restrictions or quotas and/or market-sharing or market-dividing.”

¹⁷ Cf. Policy rule of the Minister of Economic Affairs of 4 July 2014, no. WJZ/14112617, *on the imposition of administrative fines by the Netherlands Authority for Consumers and Markets* (2014 ACM Fining Policy Rule, amended on July 1, 2016). Ver, em específico, o artigo 2.3.

¹⁸ Cf. para. 13 das Orientações.

¹⁹ Cf. Decisão da Comissão, de 5 de fevereiro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (Processos IV/31.572 e 32.571 – indústria da construção nos Países Baixos), para. 141.

lor das vendas seria fixado com base no volume de cablagens necessário para um determinado contrato, multiplicado pelo preço das propostas vencedoras²⁰. Na decisão *Optical Disk Drives*, de 2015, em que também foi aplicado o regime das Orientações de 2006, e em que se sancionou a manipulação de concursos para o fornecimento de discos rígidos à empresa DELL, a Comissão explicou²¹:

“While the Commission would normally take the sales made by the undertakings during the last full business year of their participation in the infringement, in this case, in view of the considerable difference in the duration of the involvement of different parties and in order to better reflect the actual impact of the cartel, it is appropriate to deviate from that principle. Instead, a proxy for the annual value of sales (an annual average calculated on the basis of the actual value of sales made by the undertakings during the full calendar months of their respective participation in the infringement) is used as the basis for the

²⁰ Cf. Decisão da Comissão, de 10 de julho de 2013, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39748 – *Cablagens para a indústria automóvel*), J.O. C 283/05 de 28.9.2013, paras. 135; 137 e 139 para as “infrações” Nissan; Renault I e Renault II. Os ilícitos apreciados neste caso concernem aos contactos trilaterais e/ou bilaterais sobre os respectivos preços e outras informações comercialmente sensíveis, com o objetivo final de coordenar os preços e repartir o fornecimento de cablagens. As infrações referem-se a uma série de concursos realizados durante o período colusório, incluindo todos os concursos para fornecimentos das instalações de produção europeias.

²¹ Decisão de 21 de outubro de 2015 relativa a um processo de aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e artigo 53.º do Acordo EEE, no Processo AT.39639 – *Optical Disk Drives*, Bruxelas, C(2015) 7135 final, paras. 527 e 528.

calculation of the basic amount of the fines. The proxy for the annual value of sales will be calculated on the basis of the sales of ODD for notebooks and desktops invoiced to Dell and HP entities located in the EEA. The invoicing criterion has been selected in order to better reflect the reality of the cartel.”

Pelo que o exercício passará sempre pela identificação do acervo de propostas vencedoras, do valor dos contratos adjudicados e das empresas que concertaram a seu respeito. No cartel dos elevadores e escadas rolantes, o método de alocação dos projetos relativos à venda e instalação de elevadores e escadas rolantes era acordado e implementado, a cada concurso, com base nas chamadas “listas de projetos”, atualizadas regularmente a cada nova adjudicação²². Estas listas de projeto, cuja adoção constitui prática corrente nos cartéis em que se predetermina os proponentes vencedores, podem servir como referência útil ao apuramento do número de contratos manipulados e dos seus respetivos valores – a soma dos quais, como se disse, define o valor das vendas afetadas pela infração.

Temos, portanto, que, nos casos de *bid-rigging*, o método convencional de cálculo do valor da coima – que parte do valor das vendas realizadas pela empresa durante o último ano completo da sua participação na infração, multiplicado pelo número de anos de infração – deve dar lugar a um método que considera, exclusivamente, o valor dos contratos adjudicados abrangidos pelo acordo. O método de cálculo convencional não atende nem se ajusta às especificidades do *bid-rigging*. É expectável que no ano que precede aquele em que é adjudicado o contrato público – sendo este, em princípio, o “último ano

²² Cf. Decisão da Comissão de 21 de fevereiro de 2007 relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (processo COMP/E-1/38.823 – Elevadores e Escadas Rolantes), para. 163.

completo da sua participação na infração” (cf. para. 13 das Orientações)²³ – as empresas cartelistas tenham desenvolvido uma atividade profissional independente, que em nada se relaciona com o contrato público e que não tenha sido financeiramente remunerada pela autoridade adjudicante. Não nos parece que o valor das vendas por elas realizadas neste período seja representativo da atividade económica e do dano que se associa à coordenação que se visa punir. Muito menos se for multiplicado pelo número de anos em que se verificou a infração.

A complicar, e como mais adiante veremos, a questão da duração da infração em casos de *bid-rigging* é atípica e difícil de estabelecer. No limite, a empresa pode até nem ter faturado quaisquer quantias, por exemplo, por se ter dedicado, em exclusivo, à preparação da proposta apresentada em concurso.

O critério do valor das vendas da empresa é particularmente desajustado nos casos de apresentação de propostas complementares ou rotativas, quando não seja acordado entre os cartelistas o pagamento de uma compensação. Pode ler-se nas *US Sentencing Commission Guidelines (Guidelines)* que:

“Understatement of seriousness is especially likely in cases involving complementary bids. If, for example, the defendant participated in an agreement not to submit a bid, or to submit

²³ Assumindo aqui, segundo a jurisprudência recente do TJ no processo *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, que a infração termina à data da adjudicação (celebração do contrato com a adjudicante). Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 14 de janeiro de 2021, no processo C-450/19 – *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, ECLI:EU:C:2021:10. Veremos adiante que nos EUA os tribunais consideram de outra forma, muitas vezes identificando o término da concertação com o pagamento do contrato público por parte da adjudicante ou com a partilha dos dividendos ilícitos entre os cartelistas. Ainda assim, a adotar-se semelhante abordagem, as asserções que se deixam mantêm-se válidas.

an unreasonably high bid, on one occasion, in exchange for his being allowed to win a subsequent bid that he did not in fact win, his volume of commerce would be zero, although he would have contributed to harm that possibly was quite substantial. The court should consider sentences near the top of the guideline range in such cases.”²⁴

É assim que estas *Guidelines* prescrevem que, em casos de *bid-rigging*, com apresentação de propostas complementares, o volume de negócios da empresa (o *proxy* utilizado nesta jurisdição para efeitos da determinação do montante-base da coima) deve ser calculado por referência ao valor do maior contrato que a empresa tenha licitado em conspiração (quando este valor seja superior ao valor das vendas da empresa que sejam afetadas pela infração)²⁵. Na Europa, esta solução é perfilhada pela autoridade da concorrência holandesa (“ACM”) e está plasmada atualmente nas suas *Fining Guidelines*. No seu artigo 2.3(3), a ACM reconhece que a metodologia *standard* para o cálculo do montante-base da coima, também baseada no valor das vendas da empresa visada, não é aplicável em todas situações, identificando expressamente o *bid-rigging* como uma das exceções relevantes. A ACM propõe em alternativa, nestes casos, e para cada uma das empresas que licitam o contrato, recorrer ao volume de negócios (a uma proporção) que é realizado em virtude do contrato adjudicado (*i.e.*, ao valor do contrato). As Orientações da ACM de 2001 previam uma regra semelhante, mas que se

²⁴ Cf. *US Sentencing Commission Guidelines Manual*, capítulo 2, parte R – Antitrust Offenses, §2R1.1 – Bid-Rigging, Price-Fixing or Market-Allocation Agreements Among Competitors, de novembro de 2018, comentário n.º 6.

²⁵ Cf. *US Sentencing Commission Guidelines Manual*, capítulo 2, parte R – Antitrust Offenses, §2R1.1 – Bid-Rigging, Price-Fixing or Market-Allocation Agreements Among Competitors, alínea (d) (3), de novembro de 2018.

aproximava um pouco mais da solução preconizada nos EUA por não fazer qualquer menção a uma “proporção” do volume de negócios. A *Notice on the setting of fine* de 2001 atribuía a cada uma das empresas participantes no cartel, a título de volume de negócios relevante, o volume de negócios que corresponde ao contrato público e que é realizado pela empresa vencedora a quem ele é adjudicado²⁶. Entre nós, o documento da AdC, Linhas de orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas, no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da lei n.º 19/2012, de dezembro de 2012, é omissivo sobre estas temáticas.

Em jurisdições onde o critério de cálculo permanece ancorado no volume de negócios da empresa, as coimas atingem, por vezes, valores desproporcionados e desconexos com o dano económico que é efetivamente causado²⁷. Uma dessas jurisdições é o Reino Unido. De acordo com o documento da Competition and Markets Authority (“CMA”), *Guidance as to the appropriate amount of a penalty*, o valor inicial da coima é determinado em função da gravidade da infração e do volume de negócios realizado pela empresa nos mercados relevantes identificados pela decisão²⁸. Até à data, os processos *Makers*²⁹

²⁶ Cf. para. 16 da *Notice on the setting of fine* de 2001. Ver também Monique VAN OERS / Bernd VAN DER MEULEN, “The Netherlands Competition Authority and its Policy on Fines and Leniency”, *World Competition* 26/1 (2003) 25-52, p. 33.

²⁷ Ver neste sentido, Damien GERADIN, “The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Court’s Judgments”, *European Competition Journal* 1/2 (2005) 401-473. Ver também o documento OCDE, *Sanctions in Antitrust Cases*. Contribution by United Kingdom, DAF/COMP/GF/WD(2016)70, dezembro de 2016.

²⁸ Cf. ponto 2.3 do documento.

²⁹ Cf. *Makers UK Ltd. vs. Office of Fair Trading* [2007] All ER (D) 49 (Mar).

e *Apex*³⁰ e *Kier*³¹ foram os que ofereceram ao Competition Appeal Tribunal (“CAT”) a oportunidade de melhor apreciar o tema da proporcionalidade das coimas aplicadas em infrações de *bid-rigging*. Em todos eles foi alegado, pelas recorrentes, que as coimas impostas pelo Office of Fair Trading (“OFT”, atual CMA) seriam excessivas e injustificadas. No seu entender, os valores seriam desproporcionais com relação à infração, considerando o valor diminuto dos contratos que tinham sido objeto de manipulação. No caso *Makers*, o valor final da coima foi cerca de 80 vezes superior ao valor do seu montante-base³² – que correspondia apenas a 5% do volume de negócios realizado no mercado relevante. Na opinião do CAT, a coima teria sido fixada de forma legítima. Por um lado, porque a OFT gozava de discricionariedade quanto à fixação do seu valor e ao que considerava adequado em termos de promover uma eficaz dissuasão, por outro, porque o método de cálculo tinha sido aplicado de forma consistente.

Relativamente ao aspeto da dissuasão relevou o facto de se tratar de um mercado em que a OFT tinha já intervindo e sancionado outros operadores por condutas análogas à dos autos. Para além disso, a OFT tinha desenvolvido diversos programas de *awareness* especificamente dirigidos a empresas ativas no setor económico das recorrentes (construção civil). Relativamente ao método de cálculo, a OFT tinha seguido rigorosamente a metodologia prescrita pelas suas *Guidelines*, de forma transparente e em conformidade com outros precedentes da sua prática decisória.

³⁰ Cf. *Apex Asphalt and Paving Co Ltd. vs. Office of Fair Trading* [2005] All ER (D) 382 (Feb).

³¹ Cf. *Kier Group plc vs. Office of Fair Trading*, [2011] CAT.

³² O valor do montante-base da coima era de £6.500, ao passo que o valor final da coima de £526,500.

Questão distinta é saber se este método é consistente com o dano económico que é efetivamente causado pelo *bid-rigging*. Olhemos, em maior pormenor, à fórmula de cálculo a que a anterior OFT recorria, ao abrigo das suas Orientações de 2004 (e que foram relevantes para o cálculo do valor das coimas nos precedentes identificados)³³. Depois de apurar o montante inicial da coima com base numa percentagem aplicada sobre o volume de negócios da empresa, realizado no mercado relevante da infração, a OFT correlacionava o volume de negócios realizado pela empresa nesse mercado com o seu volume de negócios total (incluindo, portanto, o gerado a respeito de outros bens ou serviços vendidos pela visada). A OFT considerava que o montante-base da coima não seria adequado e suficientemente dissuasor quando o volume de negócios realizado no mercado relevante da infração fosse inferior a 15% do volume total de negócios da empresa. Nestes casos, a OFT calculava o montante-base da coima a ser fixado como se aquele volume igualasse, de facto, a cifra dos 15% sobre o volume total de negócios e ajustava o seu valor, artificialmente, de forma a alcançar aquele limiar. Este ajuste era feito, segundo a OFT, de forma a tomar em consideração características específicas da empresa em questão, como, por exemplo, a sua dimensão e capacidade financeira. Esta abordagem ficou conhecida como a abordagem “Minimum Deterrence Threshold”: o cálculo do MDT traduzia a posição da OFT quanto ao valor mínimo que seria necessário assegurar para dissuadir as empresas em causa, e outras de dimensão semelhante, de se envolverem em comportamentos de *bid-rigging*.

No caso *Makers*, o valor final da coima, de cerca de meio milhão de libras esterlinas, foi justificado em virtude de o vo-

³³ OFT’s *guidance as to the appropriate amount of a penalty*, 2004, OFT423.

lume de negócios total da empresa que à altura da infração excedia os £70 milhões. Em sede de recurso para o CAT, as partes impugnaram, *inter alia*, a metodologia empregue, com base na circunstância de não ter qualquer respaldo nas Orientações de 2004, destarte violando o princípio de transparência e segurança jurídica. Todavia, o CAT sustentou que a fórmula gizada pela OFT se enquadrava no espaço da sua discricionariedade nesta matéria³⁴.

³⁴ Acórdão CAT, de 22 de fevereiro de 2002, no processo *Makers UK Limited v Office of Fair Trading*, paras. 132 e ss. Sem embargo, esta abordagem já foi rejeitada em precedentes mais recentes do CAT, por exemplo, no acórdão *Kier Group plc vs. Office of Fair Trading*, de 11 de março de 2011 [2011] CAT 3. O tribunal defendeu a ideia de que a aplicação do critério MDT, porque abstraído da realidade económica do mercado da infração, podia dar azo a coimas de valor desproporcional. Pode ler-se no parágrafos 165 e 166 do acórdão:

“In the Present Appeals the MDT has typically produced an enormous uplift from the Step 1 penalty. The scale of this uplift is the product of two factors: first, the MDT was applied to total worldwide turnover; second the MDT was applied at a rate of 0.75% of that turnover. As already explained, according to the OFT the latter percentage is the result of applying the 5% used at Step 1 to a figure of 15% and it is based on an assumption that each infringing undertaking generated 15% of its turnover in the “relevant” market i.e. in the market affected by the infringement. It is not entirely clear where the assumption comes from, other than that when used in certain previous investigations the penalties arrived at were judged by the OFT to act as a sufficient deterrent (see for example *Makers*, paragraph 132).

In any event, whatever the basis for the figure of 0.75%, it is not at all obvious why its use should produce a penalty with the minimum appropriate deterrent effect in each of these cases, as claimed by the OFT (see paragraph 110 of the Consolidated Defence). Moreover, the MDT mechanism calculates a figure *de novo* using a completely different base, namely total

Num método de cálculo como o da antiga OFT, o valor das vendas afetadas pela infração é secundarizado. O critério assenta, exclusivamente, sobre o volume de negócios da empresa, em dois momentos. Primeiro, no momento da fixação

worldwide turnover, as distinct from “relevant turnover” in the market affected by the infringement, which is used at Step 1. Even if there is nothing inherently objectionable in using such a device as a provisional means of adjustment where the Step 1 figure is regarded as insufficient, such a mechanism is not a substitute for an individual assessment of the case. Nor should it be allowed to result in the imposition of a final penalty which is excessive and disproportionate (...).”

Pode ler-se nos parágrafos 21 e 22 do documento OCDE, *Sanctions in Antitrust Cases – Contribution by United Kingdom*, 2016, a respeito do acórdão *Kier*:

“The findings of the CAT in such rulings have provided practical assistance to the OFT and to the CMA on its approach to penalty setting. For example, in *Kier* the CAT noted that the OFT’s penalties guidance then in force at Step 1 set a maximum starting point of 10 per cent of relevant turnover: it suggested that the OFT should consider moving to 30 per cent maximum at Step 1. The CAT observed that a more generous range at the Step 1 starting point would provide “more headroom” at the outset of the penalty calculation, and greater scope for reflecting the circumstances of individual cases, with the result that there would be less call for substantial subsequent adjustments for specific deterrence as had occurred in the decision giving rise to the Construction appeals.

In view of this guidance, among other considerations, OFT423, the current penalties guidance, provides that a Step 1 starting point can be a maximum of 30 per cent of relevant turnover. Moreover, OFT423 now makes it clear, following judgments such as *Kier*³⁵ and *Eden Brown* that the “last business year” of relevant turnover for the purposes of setting the starting point at Step 1 should be the business year ending the year before the infringement ended”.

do montante-base da coima, que é feita por referência ao volume de negócios nos mercados relevantes da infração; segundo, no momento do acerto do valor final da coima, em função do volume de negócios total. Pode ler-se no acórdão do CAT no processo *Makers*, quanto à questão da proporcionalidade da coima, que “although the value of the contract may have been relatively small, the OFT was right to regard this kind of infringement of the Chapter I prohibition as being serious”³⁵. Não se contesta que se trata de uma infração *hard-core*, e uma das mais nocivas em termos do desvalor que acarreta à dinâmica concorrencial dos mercados públicos, mas não nos parece que esta seja razão para que não se impute no cálculo da coima o valor do comércio afetado: este é o verdadeiro *proxy* do dano económico que é efetivamente acarreado ao mercado.

Não se nega que, tratando-se de práticas idênticas de igual gravidade, a coima aplicada a uma empresa que seja líder de mercado no setor industrial relevante, com um elevado volume de faturação e maior impacto ao nível do bem-estar social e do consumidor, possa ou deva ser superior à que é aplicada a uma congénere de menor dimensão, com uma presença de mercado e com uma faturação relativamente mais marginal. Mas o valor do comércio que, em concreto, é afetado pela infração não deve ser excluído da equação. Tratando-se de empresas de dimensão equivalente (em termos do volume de negócios faturado), a coima aplicável deverá ser diferente se a uma das empresas é adjudicado um contrato de elevado perfil financeiro e a outra um contrato de valor apenas residual (assumindo uma mesma infração, com características idênticas ou análogas). Julgamos que ambos os parâmetros devem estar devidamente representados como fatores relevantes de análise no cálculo do valor da coima. Embora a imputação no cálculo do volume de negócios da empresa possa ser útil em termos de assegurar o efeito de

³⁵ Cf. para. 137 do acórdão.

dissuasão, seria discriminatório confiar apenas neste critério: em vez de serem coimadas pelo dano que os seus comportamentos prevaricadores efetivamente acarretaram ao mercado, as empresas passariam a ser coimadas, essencialmente, em função da sua dimensão financeira e dos lucros que legitimamente lograram realizar (no âmbito de outras atividades lícitas).

As Orientações da Comissão determinam, regra geral, que a proporção do valor das vendas tomada em conta é fixada num nível que pode ir até aos 30% desse valor. As Orientações não justificam este limiar. Olhando à experiência norte-americana e ao sistema que aí vigora no cálculo das coimas, que se estriba em conceitos análogos ao do sistema europeu, constatamos que, naquela jurisdição, o montante-base da coima é determinado por referência a uma percentagem fixa de 20% sobre o volume de comércio afetado³⁶. As *Guidelines* norte-americanas explicam que o valor-base da coima deve ser representativo tanto do ganho auferido pelas empresas infratoras como das perdas resultantes da infração cometida. Uma vez que é estatisticamente aceite que o ganho que resulta da adoção de práticas de fixação de preços é de cerca de 10% sobre o valor da margem normal de lucro e que as perdas podem exceder os ganhos (entre outras razões, porque o dano é infligido a todo um universo de consumidores que deixa de poder adquirir os produtos ao preço sobrecompetitivo que é fixado pelo cartel), o regulador norte-americano fixa uma percentagem de 20% sobre o volume de comércio afetado como o montante-base da coima³⁷. O recurso a uma percentagem fixa é justificado, de-

³⁶ Cf. *US Sentencing Commission Guidelines Manual*, capítulo 2, parte R – Antitrust Offenses, §2R1.1 – Bid-Rigging, Price-Fixing or Market-Allocation Agreements Among Competitors, alínea (d) (1), de novembro de 2018.

³⁷ Cf. *US Sentencing Commission Guidelines Manual*, comentário n.º 3: “In selecting a fine for an organization within the guideline fine

fende-se, atenta a necessidade de se evitar que, por sistema, os tribunais desperdicem tempo e recursos a determinar o valor exato dos ganhos e dos custos associados ao cartel.

Na UE optou-se, como referido, por se estabelecer um limiar variável, com um teto máximo que pode alcançar os 30%. Poderia, porventura, alvitrar-se que este limiar mais elevado se justifica em razão de, na UE, as Orientações da Comissão se aplicarem não só às práticas colusórias, ao abrigo do artigo 101.º do TFUE, mas também aos abusos de posição dominante, nos termos do artigo 102.º do TFUE. Mas o argumento não colhe, parece-nos. Pelo menos não nas situações em que a conduta das visadas não convoque o concurso destas duas normas e não acarrete um dano proporcionalmente mais amplificado em termos do bem-estar dos consumidores (afetando um maior número de parâmetros concorrenciais ao nível de preço, quantidade, escolha, variedade e inovação). Os 10% adicionais que se estatuem *vis-à-vis* o regime norte-americano poderiam, em teoria, valer para todas as infrações complexas em que concorressem um comportamento unilateral abusivo e uma prática de concertação. Mas ainda assim nos interrogamos se, mesmo perante um tal circunstancialismo, o dano concorrencial que sobrevém é necessariamente superior. Alternativamente, a Comissão pode, simplesmente, ter pretendido acautelar a possibilidade de as perdas serem *in concreto* substancialmente superiores aos ganhos e evitar ficar vinculada aos

range, the court should consider both the gain to the organization from the offense and the loss caused by the organization. It is estimated that the average gain from price-fixing is 10 percent of the selling price. The loss from price-fixing exceeds the gain because, among other things, injury is inflicted upon consumers who are unable or for other reasons do not buy the product at the higher prices. Because the loss from price-fixing exceeds the gain, subsection (d) (1) provides that 20 percent of the volume of affected commerce is to be used in lieu of the pecuniary loss under §8C2.4(a)(3)”.

20%. As próprias *Guidelines* norte-americanas excecionam que, não obstante o limiar fixo dos 20%: “In cases in which the actual monopoly overcharge appears to be either substantially more or substantially less than 10 percent, this factor should be considered in setting the fine within the guideline fine range.”³⁸

A Comissão refere nas suas Orientações que a percentagem exata aplicada é calculada em função do grau de gravidade da infração. A apreciação da gravidade é feita numa base casuística, em relação a cada infração, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes do caso. A Comissão considera, entre outros aspetos, a natureza da infração; a quota de mercado agregada de todas as partes em causa; o âmbito geográfico da infração e se a infração foi ou não posta em prática³⁹.

Configurando o *bid-rigging* uma infração *hard-core*, a proporção das vendas tida em conta para efeitos do cálculo do montante-base da coima situar-se-á, geralmente, num nível superior da escala, mais perto dos 30%. Dito isto, é importante frisar que a casuística é determinante. Nem todos os cartéis de *bid-rigging* apresentam as mesmas características e nem todos elevam os preços a um mesmo nível. Nos EUA, por exemplo, as estatísticas do fim do século davam indicação de que, nos cartéis detetados em concursos públicos para o fornecimento de leite a estabelecimentos de ensino público, os aumentos de preços variavam entre 20% e 48% (o que não sucedia na situação análoga do fornecimento de leite a outras entidades estatais)⁴⁰.

Na sua decisão no processo *International Removal Services*, a Comissão fixou uma percentagem final de apenas 17%. E isto

³⁸ *US Sentencing Commission Guidelines Manual*, comentário n.º 3.

³⁹ Cf. para. 22 das Orientações.

⁴⁰ Ver acórdão do Tribunal de 4.º Círculo, de 3 de junho de 1992, *U.S. vs. Maryland and Virginia Milk Producers Cooperative Association*, 974 F. 2d 1333.

não obstante ter enquadrado as infrações em questão como das mais graves em concorrência:

“The infringement consists in the direct and indirect fixing of prices for international removal services in Belgium, the sharing of customers and the manipulation of the submission of bids for these services by means of an agreement on prices, notably in the form of written agreements setting minimum prices and the other conditions of service, as well as by means of agreements on commissions and cover quotes. By its very nature, this type of restriction ranks among the most serious infringements of Article 81 of the Treaty and Article 53 of the EEA Agreement. Case law has confirmed that, solely on the basis of their nature, agreements or concerted practices involving the type of restriction identified in this case may be classified as very serious without it being necessary for such conduct to cover a particular geographic area or have a particular impact.”⁴¹

Nas suas decisões nos processos *Automotive Wire Harnesses*, *Optical Disk Drives* e *Retail Food Packaging*, de julho de 2013,

⁴¹ Cf. Decisão da Comissão, de 11 de março de 2008, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/38.543 – *Serviços de mudanças internacionais*), J.O. C 188/07 de 11.8.2009, para. 542. O cartel investigado diz respeito à prestação de serviços de mudanças internacionais na Bélgica. Segundo a Comissão, as empresas arguidas tinham chegado a acordo sobre os preços, repartido contratos de mudanças através de manipulações de propostas de concursos sob a forma de propostas fictícias denominadas “orçamentos de conveniência” e beneficiado de um sistema de compensação financeira denominado “comissões”. Essas comissões eram um elemento oculto do preço final que o consumidor devia pagar. A participação individual das empresas no cartel variou entre 3 meses e mais de 18 anos.

junho de 2015 e outubro de 2015, respetivamente, a Comissão aplicou uma percentagem ainda mais baixa de 16%⁴².

Dir-se-á, em conclusão, que, de entre os vários parâmetros de cálculo que relevam à determinação do valor da sanção, e à sua adequabilidade e justiça *in concreto*, o mais importante é o montante-base da coima. A noção de montante-base da coima calculado por referência ao valor das vendas relacionadas com a infração foi introduzida pelas Orientações da Comissão de 2006, aportando uma profunda reconfiguração à metodologia de cálculo proposta nas anteriores Orientações de 1998⁴³. Na versão de 1998, o montante-base da coima era calculado, exclusivamente, por referência à gravidade e à duração da infração. No confronto, o critério atual apresenta a vantagem de balizar o montante-base da coima em função do dano económico efetivamente causado pela infração⁴⁴.

⁴² Cf. Decisão da Comissão, de 10 de julho de 2013, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39748 – *Cablagens para a indústria automóvel*), J.O. C 283/05 de 28.9.2013, para. 144; Decisão de 24 de junho de 2015 relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39563 *Retail Food Packaging*), para. 1027, e Decisão de 21 de outubro de 2015 relativa a um processo de aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e artigo 53.º do Acordo EEE, no Processo AT.39639 – *Optical Disk Drives*, Bruxelas, C(2015) 7135 final, para. 544.

⁴³ *Vide* as anteriores Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º, do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65º do Tratado CECA, J.O. C 9/3 de 14.01.1998, ponto 1.

⁴⁴ Cf. para. 5 das Orientações.

2.3. A duração da infração e outros fatores

O método convencional de cálculo da coima prevê que, depois de apurado o valor das vendas relacionadas com a infração e aplicada a percentagem decidida relevante nos termos do parágrafo 21 das Orientações, a Comissão multiplique o valor daí obtido pelo número de anos de alegada participação na infração. Este exercício visa permitir imputar no cálculo da coima a duração da participação de cada empresa, a título individual, na infração.

Como se referiu, em casos de *bid-rigging* o volume de negócios deve ser substituído pelo valor do contrato público. A especificidade da infração deve determinar, outrossim, que, no cálculo da coima, não seja aplicado qualquer fator multiplicador. Contrariamente ao que sucede noutros cartéis, em que o valor relevante das vendas afetadas aumenta na proporção do número de anos em que o acordo se mantém ativo, nos casos de *bid-rigging* a longevidade do cartel é irrelevante à aritmética do prejuízo concorrencial: o valor do contrato (*i.e.*, a despesa suportada pela adjudicante) baliza o dano económico que é acarretado ao mercado (balizado pelo procedimento de adjudicação). Os termos de um acordo de *bid-rigging* (*e.g.* os valores das propostas a apresentar; a nomeação do candidato vencedor; os termos dos pagamentos compensatórios; o esquema da rotatividade; os termos da eventual subcontratação; etc.) são firmados entre um universo pré-determinado de participantes e para cada contrato em específico. Nestas circunstâncias não vemos que faça sentido autonomizar a duração da participação de cada empresa no acordo. A empresa ou participa ou não participa, todas as empresas participantes contribuindo para o mesmo prejuízo anticoncorrencial.

A abordagem recente da Comissão não tem sido coerente com este raciocínio e com esta metodologia. Nos quatro úni-

cos casos de *bid-rigging* que foram já apreciados ao abrigo das novas Orientações de 2006 – a Decisão COMP/38.543 – *International Removal Services*, adotada em março de 2008⁴⁵; a Decisão COMP/39.748 – *Automotive wire harnesses*, adotada em julho de 2013⁴⁶; a Decisão AT.39563 – *Retail Food Packaging*, de junho de 2015⁴⁷ e a Decisão AT.39639 – *Optical Disk Drives*, adotada em outubro de 2015⁴⁸ –, a Comissão multiplicou o montante de base das coimas pelo número de anos de participação na infração⁴⁹. Pode ler-se no parágrafo 515 desta última decisão:

“For the purposes of establishing the duration to be taken into account for each of the respective legal entities involved, the Commission has taken the date of the first known anti-competitive contact of the respective undertaking with its competitors as the onset date. Furthermore, the date of the

⁴⁵ Cf. Decisão da Comissão, de 11 de março de 2008, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/38.543 – *Serviços de mudanças internacionais*), J.O. C 188/07 de 11.8.2009.

⁴⁶ Cf. Decisão da Comissão, de 10 de julho de 2013, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39748 – *Cablagens para a indústria automóvel*), J.O. C 283/05 de 28.9.2013.

⁴⁷ Cf. Decisão de 24 de junho de 2015 relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39563 – *Retail Food Packaging*).

⁴⁸ Cf. Decisão de 21 de outubro de 2015 relativa a um processo de aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e artigo 53.º do Acordo EEE, no Processo AT.39639 – *Optical Disk Drives*, Bruxelas, C(2015) 7135 final.

⁴⁹ Ver o para. 544 da Decisão *International Removal Services*, o para. 145 da Decisão *Automotive wire harnesses*; o para. 965 da Decisão *Retail Food Packaging* e o para. 552 da Decisão *Optical Disk Drives*.

latest known occurrence of anticompetitive behaviour on part of the respective undertaking has been set as the end date.”

É certo que as práticas de *bid-rigging* não foram as únicas a ser apreciadas nessas decisões e que a metodologia quanto às restantes infrações teria de seguir o critério *standard*, todavia julgamos equívocado, pelas razões já invocadas, que se diluam as especificidades do *bid-rigging* e sujeite o cálculo de todas as infrações a um mesmo critério. A aplicação de um fator de multiplicação ao montante-base apurado em *bid-rigging*, que, neste caso, corresponde a uma proporção do valor do contrato adjudicado (até 30%, nos termos do parágrafo 21 das Orientações), tendo em conta as demais circunstâncias que devem ser ponderadas (as previstas pelo parágrafo 22 das Orientações: a natureza da infração, a quota de mercado agregada de todas as partes em causa, o âmbito geográfico da infração e se a infração foi ou não posta em prática), amplifica desproporcionalmente (e injustificadamente) o dano económico que se imputa às empresas prevaricadoras, passando a ficar totalmente dissociado do dano que, na verdade, é acarreado ao adquirente público. Pelo que o valor da coima apurado será, necessariamente, inadequado. Em nossa opinião, a coberto do regime que se prevê no parágrafo 37 das Orientações⁵⁰, a Comissão deveria ter distinguido entre o *bid-rigging* e as restantes infrações e procedido a um cálculo em separado, procedendo, no final, a uma ponderação global para o acerto do valor da coima.

Embora não interesse ao cálculo do montante-base da coima, o fator duração é ponderado subsequentemente, na fase

⁵⁰ Que lê: “Embora as presentes Orientações exponham a metodologia geral para a fixação de coimas, as especificidades de um dado processo ou a necessidade de atingir um nível dissuasivo num caso particular podem justificar que a Comissão se afaste desta metodologia ou dos limites fixados no ponto 21.”

de ajuste da coima, como circunstância agravante ou mitigante. No processo *SPO*, por exemplo, a invulgar longevidade do cartel foi tomada em consideração como fator agravante⁵¹. Nem sempre será fácil às visadas/recorrentes invocar a curta duração dos acordos que precedem a licitação como circunstância atenuante. A dinâmica da infração é tal que esta balizagem temporal acaba por não retratar com rigor a realidade dos acordos entre as partes. Essencialmente, porque a infração exerce um potencial impacto de continuidade, tanto em termos do contrato que é objeto do conluio atual como dos procedimentos adjudicatórios a que os cartelistas subsequentemente se candiditam. Pode ler-se no acórdão do CAT, no processo *Apex*, que

“once a contract has been awarded following an anti-competitive tender, the anti-competitive effect is irreversible in relation to that tender. The contract has been awarded; the contract works will in all likelihood have commenced. It is readily apparent that is not a case where ongoing conduct may simply be rectified”⁵².

É improvável, face a esta linha de raciocínio, que, havendo outros indícios, as empresas logrem persuadir o regulador ou o tribunal de que os acordos de conluio que precedem a apresentação das propostas num determinado contrato ocorrem num intervalo temporal curto e limitado e com relação a um único contrato (nesta última hipótese, nos casos dos contratos públicos que são lançados a concurso numa base regular).

A questão da duração dos cartéis de *bid-rigging* tem também suscitado celeuma a propósito do cálculo do prazo prescricional. Como se sabe, os poderes sancionatórios da Co-

⁵¹ *Vide* para. 377 do acórdão do TPI.

⁵² Cf. *Apex Asphalt and Paving Co Ltd. vs. Office of Fair Trading* [2005] All ER (D) 382 (Feb), para. 278.

missão estão sujeitos a um prazo geral de prescrição de cinco anos⁵³. O prazo começa a ser contado a partir do dia em que a infração foi cometida. Todavia, no que se refere às infrações continuadas ou repetidas, o prazo apenas começa a ser contado a partir do dia em que tiverem cessado essas infrações.

No caso do *bid-rigging*, em específico, a dúvida prende-se com a questão de saber se o prazo prescricional começa a contar a partir da data da adjudicação do contrato; da data em que a adjudicatária recebe o último pagamento por conta da execução do contrato; ou da data em que os lucros ilícitos são distribuídos entre as empresas participantes. As empresas terão uma natural propensão para alegarem o término da infração numa data mais anterior, quando o contrato é adjudicado, para poderem beneficiar do prazo prescricional⁵⁴.

Os tribunais norte-americanos têm adotado uma posição relativamente unânime quanto a esta questão. Nos EUA, a adjudicação não é considerada como o evento relevante para efeitos do prazo de prescrição: o prazo prescricional só começa a contar a partir da data em que a adjudicatária recebe o último pagamento contratual ou, alternativamente, se verificado em momento posterior, a partir da data em que os dividendos do cartel são repartidos entre os respetivos participantes⁵⁵. É defendido, em termos gerais, que a duração da infração é de-

⁵³ Cf. artigo 25.º n.º 1, alínea *b*) do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, J.O. L 1/1, 4.1.2003.

⁵⁴ Ver *U.S. vs. Dynalectric Co.*, 859 F. 2d 1559 (11th Cir. 1988).

⁵⁵ Ver, *inter alia*, *U.S. vs. Dynalectric Co.*, 859 F. 2d 1559 (11th Cir. 1988); *U.S. vs. Evan & Associates Construction Co.*, 839 F. 2d 656 (10th Cir. 1988); *U.S. vs. Northern Improvement Co.*, 814 F. 2d 540 (8th Cir. 1987); *U.S. vs. AAA Electrical Company*, 788 F. 2d 242 (4th Cir. 1986); *U.S. vs. Inryco, Inc.*, 642 F. 2d 290 (9th Cir. 1981).

finida pela natureza e pelo escopo do acordo conspiratório⁵⁶. Uma vez estabelecida a natureza e o escopo da conspiração, cabe ao tribunal determinar, *in concreto*, se outros atos/comportamentos por parte dos participantes são suscetíveis de representar uma manifestação dessa conspiração e, portanto, de serem considerados para efeitos da prescrição⁵⁷. No seu acórdão *Grunewald vs. United States*, o Supremo Tribunal considerou que:

“The crucial question in determining whether the statute of limitations has run is the scope of the conspiratorial agreement, for it is that which determines both the duration of the conspiracy, and whether the act relied on as an overt act may properly be regarded as in furtherance of the conspiracy.”⁵⁸

No acórdão *United States vs. A-A-A Electric Co., Inc.*, o Tribunal do 4.º Círculo acrescenta que:

“Thus, as long as some action is necessary to achieve a conspiratorial objective, a conspiracy, under the Sherman Act or otherwise, continues until the offense has been abandoned or until the objective is accomplished. The statute of limitations period begins to run, not from the date of the legally cognizable harm, but from the date of the last overt act.”⁵⁹

Podemos decantar algumas coordenadas relevantes desta jurisprudência. Assim, em primeiro lugar, considera-se que a infração continua a ser perpetrada enquanto os bens ou serviços continuem a ser fornecidos à adjudicante, nos termos e

⁵⁶ Especificamente neste sentido, ver *U.S. vs. Maryland and Virginia Milk Producers Cooperative Association*, 974 F. 2d 1333 (4th Cir. 1992).

⁵⁷ *U.S. vs. Maryland and Virginia Milk Producers Cooperative Association*, 974 F. 2d 1333 (4th Cir. 1992).

⁵⁸ Cf. *Grunewald vs. United States* 353 U.S. 391, 397 (1957).

⁵⁹ Cf. *United States vs. A-A-A Electric Co., Inc.*, 788 F.2d 242, 245 (4th Cir. 1986).

sob as condições do contrato manipulado. O prazo prescricional não começa a correr se, não obstante o fornecimento ter cessado, a adjudicatária continuar a receber pagamentos por conta da execução desse contrato⁶⁰. Estando o contrato já concluído e a adjudicatária tendo recebido todos os pagamentos devidos por sua conta, o prazo prescricional começa a contar a partir da data em que o último pagamento é realizado, salvo se houver lugar, em momento posterior, a uma repartição dos dividendos ilícitos entre as restantes participantes, relevando, neste caso, a data em que tal acerto é realizado. A infração inicial perpetua-se se, finda a execução do contrato manipulado, recebido o pagamento por parte da adjudicante e repartidos os lucros entre os participantes, as partes renovam, expressa ou tacitamente, o pacto colusório para nova adjudicação (*i.e.*, para a renovação do contrato) – ao abrigo da doutrina da infração única e continuada.

Os tribunais abstêm-se, em regra, de identificar o evento relevante que determina, em concreto, o fim do acordo de *bid-rigging* – e, portanto, o início da contagem do prazo prescricional – quando o pagamento do contrato ou a repartição dos lucros entre cartelistas ocorrem dentro do prazo prescricional previsto pelo *statute of limitations period*. Assim sucedeu, por exemplo, no processo *U.S. vs. Dynalectric*, em que o Tribunal do 11.º Círculo se escusou a identificar qual dos dois eventos relevantes assinalava o término do cartel uma vez que os pagamentos de compensação entre os diferentes participantes tinham ocorrido dentro do prazo prescricional dos 5 anos⁶¹. Na vasta maioria dos casos, os dois eventos ocorre-

⁶⁰ Cf. *U.S. vs. Maryland and Virginia Milk Producers Cooperative Association*, 974 F. 2d 1333 (4th Cir. 1992).

⁶¹ Cf. *U.S. vs. Dynalectric* 859 F. 2d 1559 (11th Cir. 1988). Neste caso as partes tinham procedido aos pagamentos de compensação

ção em momentos cronologicamente próximos. A repartição dos dividendos do cartel é feita, imediatamente, na sequência da receção pela adjudicatária dos valores contratuais, ou em momento imediatamente anterior, assim que se confirme que não existem quaisquer obstáculos a que o pagamento lhe seja efetuado no prazo contratualmente previsto.

Na UE, o tema ganhou recente clarificação com o acórdão do TJ no processo *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*⁶². Em 2007, o operador nacional finlandês de transporte de eletricidade, a FINGRID, lançou um concurso público para a construção de uma linha de transporte de alta tensão na Finlândia. O Grupo Entel Oy ganhou a adjudicação do contrato, tendo este sido celebrado ainda no decurso de 2007. Seis anos volvidos, em 2013, a empresa Empower Oy, um concorrente da adjudicatária, apresentou um pedido de clemência à Autoridade Finlandesa da Concorrência e do Consumidor do qual constava um sem-número de evidências quanto a práticas de *bid-rigging* adotadas conjuntamente com a empresa Entel Oy a respeito do contrato adjudicado em 2007. A autoridade finlandesa pretendia que fosse aplicada à Entel Oy uma coima no valor total de €35 milhões pela infração, que considerava como única e continuada, ocorrida entre outubro de 2004 e, pelo menos, março de 2011, tendo, em outubro de 2014, formulado tal pretensão junto do *Markkinaoikeus* (Tribunal dos Assuntos Económicos). Em março de 2016, este Tribunal rejeitou a proposta de coima, considerando que a Entel Oy tinha deixado de participar na infração em data anterior a 31 de outubro de 2009 e, por conseguinte, que esta estaria já prescrita. Segundo se lê no seu aresto,

antes de a adjudicante ter efetuado o pagamento final do contrato.

⁶² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 14 de janeiro de 2021 no processo C-450/19 – *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, ECLI:EU:C:2021:10.

embora o cartel tivesse incidido sobre os trabalhos de conceção anteriores à empreitada de construção da linha de alta tensão em causa, trabalhos esses que terminaram em janeiro de 2007, o cartel não se teria estendido à empreitada propriamente dita (ao abrigo do direito finlandês, o poder sancionatório relativamente à imposição de coimas em matéria de concorrência está sujeito a um prazo de prescrição de cinco anos). Inconformada, a autoridade recorreu para Supremo Tribunal Administrativo finlandês (o Korkein hallinto-oikeus) o qual, por sua vez, submeteu a questão ao TJUE. Segundo este Tribunal, o TJ não se tinha ainda pronunciado sobre a questão da determinação dos efeitos económicos de uma infração ao artigo 101.º TFUE e da duração desta numa situação em que, em primeiro lugar, uma parte num cartel celebrou com um terceiro um contrato de empreitada ao preço acordado no contexto desse cartel; em segundo lugar, a empreitada termina vários anos após a celebração desse contrato e, em terceiro lugar, o pagamento do preço é escalonado em transferências, algumas das quais ainda são efetuadas após a conclusão das obras.

No seu aresto de 14 de janeiro de 2021, o TJ adere à interpretação proposta pelo Markkinaoikeus, defendendo que não seria legítimo considerar que a participação da Entel Oy na alegada infração pudesse abranger um período que fosse além da data em que foram “definitivamente determinadas as características essenciais do contrato” relativo à construção da linha de alta tensão em causa, e, nomeadamente, o preço global a pagar como contrapartida desses trabalhos⁶³. Segundo o TJ,

“(…) quanto aos comportamentos proibidos pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE que consistem na manipulação de um processo de concurso organizado no âmbito da adjudicação de um contrato público, através de um acordo entre os concorrentes

⁶³ Cf. para. 33 do acórdão.

sobre os preços a apresentar no âmbito desse concurso e/ou quanto à sua adjudicação, os efeitos restritivos da concorrência do cartel desaparecem, em princípio, o mais tardar no momento em que as características essenciais do contrato, nomeadamente o preço global a pagar como contrapartida dos bens, dos trabalhos ou dos serviços objeto do contrato, foram definitivamente determinadas, se for caso disso, pela celebração de um contrato entre o adjudicatário e a entidade adjudicante, uma vez que é nesse momento que esta última fica definitivamente privada da possibilidade de obter os bens, os trabalhos ou os serviços em questão nas condições normais de mercado. Cabe, no caso em apreço, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar a data em que as características essenciais do contrato em causa, e nomeadamente o preço global a pagar como contrapartida da empreitada de construção da linha de alta tensão em causa, foram definitivamente determinadas”⁶⁴.

Esta conclusão não seria posta em causa pelo argumento aduzido, *inter alia*, pela Autoridade da Concorrência, segundo o qual os efeitos económicos prejudiciais do cartel sobre o preço acordado no contrato celebrado entre a Entel Oy e a FINGRID se teriam manifestado até ao momento do pagamento da última parcela desse preço e podiam ter repercussões económicas prejudiciais a jusante, nomeadamente sob a forma de tarifas de distribuição da eletricidade mais elevadas a cargo dos clientes da FINGRID. Segundo o Tribunal, há que distinguir entre, por um lado, os efeitos restritivos da concorrência originados pelo cartel, que consistem na exclusão dos concorrentes proponentes e/ou na limitação artificial da escolha do cliente e que prejudicam a possibilidade de a entidade adjudicante obter os bens, trabalhos ou serviços acor-

⁶⁴ Cf. para. 35 do acórdão.

dados em condições concorrenciais, e, por outro, os efeitos económicos prejudiciais mais amplos que resultam para outros agentes do mercado, e com base nos quais estes agentes poderão intentar uma ação para ressarcimento de danos.

Deve também ser afastado, defende o TJ, o argumento formulado por aquela Autoridade, segundo o qual fixar uma duração demasiado curta da infração numa situação como a que estava em causa no processo principal violaria a exigência de efetividade do artigo 101.º TFUE, uma vez que um maior número de infrações passaria a ficar impune devido às regras de prescrição: a aplicação efetiva desta disposição, defende o tribunal, nunca poderia justificar que se prolongasse artificialmente a duração do período da infração para permitir a sua repressão.

No final, no parágrafo 41 do seu aresto, o TJ responde da seguinte forma à questão prejudicial:

“O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que, quando uma empresa que supostamente participou numa infração única e continuada a essa disposição, cujo último elemento constitutivo consistiu na apresentação concertada com os seus concorrentes de uma proposta a um concurso público com vista à adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, ganhou esse contrato e celebrou com a entidade adjudicante um contrato de empreitada que determina as características essenciais desse contrato, nomeadamente o preço global a pagar como contrapartida dos referidos trabalhos, cuja execução e pagamento do preço são escalonados no tempo, o período da infração corresponde ao período que decorre até à data da assinatura do contrato celebrado entre a referida empresa e a entidade adjudicante, com base na proposta concertada que essa empresa tinha apresentado. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar a data em que as características essenciais do contrato em causa, nomeadamen-

te o preço global a pagar como contrapartida dos trabalhos, foram definitivamente determinadas.”

Sem embargo, deve notar-se que o caso retratado neste aresto diz respeito a uma única infração de *bid-rigging*. O TJUE não elaborou ainda sobre análoga questão, mas num quadro de infração continuada, *i.e.*, no caso de um acordo que vise a manipulação de várias licitações sucessivas. Sendo que, também nesses casos, o prazo de prescrição deverá começar a contar a partir da data em que cessa a infração. Na sua decisão de fevereiro de 2007, no processo *Elevadores e Escadas Rolantes*, a Comissão considerou relevante, para efeitos do prazo de prescrição, a data em que, no âmbito da sua investigação por práticas de infração ao artigo 101.º TFUE, leva a cabo diligências de busca e apreensão (*Dawn-raids*)⁶⁵. Defendeu que, nos termos do artigo 25.º do Regulamento 1/2003, tal diligência acarreta uma interrupção do prazo de prescrição e que, ocorrendo tal interrupção, o prazo de prescrição é reiniciado.

Para além da duração do cartel, releva também, como circunstância agravante, o papel de líder ou de instigador da infração e o cometimento do ilícito de forma deliberada ou, pelo menos, com negligência grave⁶⁶. O papel de líder consistirá, fundamentalmente, em casos de *bid-rigging*, na preparação e elaboração das listas de projeto; na gestão da alocação dos projetos, de forma a garantir uma distribuição equitativa de dividendos por todos os participantes; no contacto e acompa-

⁶⁵ Cf. Decisão da Comissão, de 21 de fevereiro de 2007, relativa a um processo ao abrigo do artigo 81.º do Tratado CE processo COM-P/E-1/38.823 – PO/*Elevadores e Escadas Rolantes*, paras. 644 e 645.

⁶⁶ Ver acórdão do TPI, de 21 de fevereiro de 1995, no processo T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e outros c. Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:T:1995:34, para. 346.

nhamento a todos os participantes com relação aos diferentes aspetos do funcionamento do cartel⁶⁷. Como circunstâncias mitigantes releva, entre outras, a natureza não secreta do acordo, ou, como se refere nas Orientações da Comissão, o facto de o comportamento anticoncorrencial ter sido autorizado ou incentivado pelas autoridades públicas ou pela regulamentação⁶⁸. Não é claro se esta última circunstância, que se contempla nas Orientações, se inspira e apoia na decisão da Comissão no caso *SPO*. Recorde-se que, neste caso, a Comissão identificou como circunstância atenuante o facto de

“a intervenção das autoridades públicas dos Países Baixos, por decreto real de 29 de Dezembro de 1986, poder ser considerada causadora, nas empresas de construção e respectivas associações, de uma certa ambiguidade em relação à compatibilidade da sua concertação com as regras comunitárias da concorrência”⁶⁹.

3. Considerações finais

A aplicação de coimas por infração do direito da concorrência em casos de *bid-rigging* permanece, ainda hoje, um tema relativamente inexplorado na prática decisória da Comissão e na jurisprudência dos tribunais europeus. É uma circunstância que se deve, por um lado, ao parco número de precedentes

⁶⁷ Cf. Decisão da Comissão, de 21 de fevereiro de 2007, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Processo COMP/E-1/38.823 – *Elevadores e Escadas Rolantes*), para. 163.

⁶⁸ Cf. para. 29 das Orientações da Comissão para o cálculo das coimas.

⁶⁹ Ver para. 141 da Decisão da Comissão de 5 de fevereiro de 1992 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (Processos IV / 31.572 e 32.571 – *indústria da construção nos Países Baixos*), J.O. L92/1.

que foram até hoje apreciados pelas instâncias europeias, e, por outro, ao facto de as novas Orientações da Comissão para o cálculo de coimas terem sido aplicadas apenas em quatro casos – na Decisão COMP/38.543, *International Removal Services*, adotada em março de 2008⁷⁰; na Decisão COMP/39.748, *Automotive wire harnesses*, adotada em julho de 2013⁷¹; na Decisão AT.39563, *Retail Food Packaging*, de junho de 2015⁷² e na Decisão AT.39639, *Optical Disk Drives*, adotada em outubro de 2015⁷³. Os principais casos de *bid-rigging* na UE, incluindo as decisões nos processos *Elevators and Escalators*⁷⁴ e *Gas insulated switchgear*⁷⁵,

⁷⁰ Cf. Decisão da Comissão, de 11 de março de 2008, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/38.543 – *Serviços de mudanças internacionais*), J.O. C 188/07 de 11.8.2009.

⁷¹ Cf. Decisão da Comissão, de 10 de julho de 2013, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39748 – *Cablagens para a indústria automóvel*), J.O. C 283/05 de 28.9.2013.

⁷² Cf. Decisão de 24 de junho de 2015 relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39563 - *Retail Food Packaging*).

⁷³ Cf. Decisão de 21 de outubro de 2015 relativa a um processo de aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e artigo 53.º do Acordo EEE, no Processo AT.39639 – *Optical Disk Drives*, Bruxelas, C(2015) 7135 final.

⁷⁴ Cf. Decisão da Comissão de 21 de fevereiro de 2007 relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Processo COMP/E-1/38.823 – *Elevadores e Escadas Rolantes*).

⁷⁵ Cf. Decisão da Comissão de 24 de janeiro de 2007 relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53º do Acordo EEE (Processo COMP/F/38.899 – *GAS INSULATED SWITCHGEAR*).

foram decididos e sancionados ao abrigo das anteriores Orientações (uma vez que as respetivas Notas de Ilícitude foram notificadas em data anterior a setembro de 2006⁷⁶). As Orientações de 2006 acarretaram uma verdadeira mudança de paradigma na metodologia de cálculo das coimas. Resta saber, agora, o tipo de questões que a sua implementação suscitará neste domínio específico. Uma delas, certamente, relacionar-se-á com o cálculo do montante-base da coima e, em específico, com a percentagem a aplicar sobre o valor dos contratos adjudicados.

Observámos que a Comissão tem aplicado equivocadamente o fator multiplicador por referência à duração da participação individual de cada empresa no cartel. Esta circunstância é grave na medida em que dilata desproporcionalmente o impacto do dano económico que resulta da infração do *bid-rigging* – que, como observámos, é balizado pelo valor do contrato público. Defendemos que em situações de concurso com outro tipo de infrações o cálculo do montante da coima devida pelo *bid-rigging* deve ser efetuado segundo a metodologia própria proposta e em separado. O valor final da coima deverá ser apurado, nestes casos, na sequência de uma ponderação global sobre as diferentes “*tranches*” sancionatórias, a coberto do regime do parágrafo 37 das Orientações. Subsistem ainda outras questões potencialmente problemáticas relacionadas com o cálculo do prazo da prescrição da coima, já identificadas na espuma da jurisprudência norte-americana, mas que não foram ainda consideradas pelo TJUE, *maxime* numa situação de infração de *bid-rigging* continuada que abranje diferentes procedimentos adjudicatórios.

Julgamos que uma abordagem sistemática aos elementos das novas Orientações deverá proporcionar equidade na aplicação das coimas, mas só se o exercício atentar às características específicas do *bid-rigging*.

⁷⁶ Cf. para. 38 das Orientações.

Bibliografia

- ANDERSON, Robert / KOVACIC, William / MÜLLER, Anna Caroline, “Promoting Competition and Deterring Corruption in Public Procurement Markets: Synergies with Trade Liberalisation”, Think Piece, E15 Expert Group on Competition Policy and the Trade System, ICTSD, World Economic Forum, 2015.
- LOURENÇO, Nuno Calaim, *O Regime Europeu da Contratação Pública e o Paradigma da Concorrência*, Universidade do Minho, 2022, Tese de doutoramento.
- GERADIN, Damien, “The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Court’s Judgments”, *European Competition Journal* 1/2 (2005) 401-473.
- HEIMLER, Alberto, “Cartels in Public Procurement”, *Journal of Competition Law & Economics* 8/4 (2012) 849-862.
- JONES, Alison, “Spotlight on Cartels: Bid Rigging Affecting Public Procurement”, *Concurrentialiste* (2020) disponível em <<https://leconcurrentialiste.com/jones-bid-rigging/>>.
- OCDE, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement: helping governments to obtain best value for money*, 2009.
- OCDE, *Sanctions in Antitrust Cases. Contribution by United Kingdom*, DAF/COMP/GF/WD(2016)70, dezembro de 2016.
- VAN OERS, Monique / VAN DER MEULEN, Bernd, “The Netherlands Competition Authority and its Policy on Fines and Leniency”, *World Competition* 26/1 (2003) 25-52.

Resumo: O estudo versa o tema das práticas cartelizadas em contratação pública de uma ótica de *public enforcement*, com objetivo de avaliar se as opções de política sancionatória da Comissão Europeia, ao nível da metodologia de cálculo e aplicação de coimas, é a que melhor serve os objetivos de prevenção e dissuasão prosseguidos pelo direito europeu da concorrência. O estudo conclui que não e avança com soluções alternativas.

Palavras-chave: práticas anticoncorrenciais; contratos públicos; cálculo de coima

Brief Aspects on Public Enforcement of European Competition Law in Public Procurement: The Sanctioning of Bid-Rigging

Abstract: The study addresses the issue of bid-rigging in public procurement from a public enforcement perspective with the aim of assessing whether the sanctioning policy pursued by the European Commission, in terms of the methodology for calculating and applying fines, are the ones that best serve the goals of prevention and deterrence by European competition law. The study concludes that this is not the case and proposes alternative solutions.

Keywords: restrictions of competition; public procurement; calculation of fines

Nuno Calaim Lourenço
Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov)