

Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever
de fundamentação da não divisão no direito
dos contratos públicos

The duty to consider dividing contracts into lots and
the duty to give reasons for not dividing in public
procurement law

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

VOL. 4 Nº 2 NOVEMBRO 2017

WWW.E-PUBLICA.PT

**DEVER DE PONDERAÇÃO DA ADJUDICAÇÃO POR LOTES E
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA NÃO DIVISÃO NO DIREITO
DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

**THE DUTY TO CONSIDER DIVIDING CONTRACTS INTO LOTS
AND THE DUTY TO GIVE REASONS FOR NOT DIVIDING IN
PUBLIC PROCUREMENT LAW**

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
miguelraimundo@fd.ulisboa.pt

Resumo: O artigo examina alguns aspetos das regras sobre adjudicação por lotes (ou divisão em lotes) no Código dos Contratos Públicos revisto. Na opinião do autor, a adjudicação por lotes é uma parte essencial da procura por maior acesso das PME ao mercado dos contratos públicos, e uma das mais significativas alterações ao CCP após a sua revisão pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto.

O texto procura dar nota das *razões* que justificam as normas legais sobre o tema, de modo a compreender o tipo de raciocínio a empreender quando a entidade adjudicante pondera a possibilidade de dividir o contrato em lotes. Na opinião do autor, este dever significa que a entidade adjudicante deve ponderar o impacto do contrato no mercado, além de ter em conta as necessidades de gestão contratual que ela própria tem. Considera-se, ainda, que os diversos passos em que se reparte o dever de ponderar a adjudicação por lotes são suscetíveis de controlo, mormente, por parte dos tribunais.

Palavras chave: pequenas e médias empresas, princípio da concorrência, adjudicação por lotes, discricionariedade, controlo jurisdicional

Abstract: This contribution examines in detail some aspects of the provisions regarding the division of contracts into lots in the revised Portuguese Public Contracts Code. The author argues that division into lots an essential part of the topic of SME access to procurement, and one of the most significant changes in the Public Contracts Code after its revision by Decree Law nr. 111-B/2017, of 31 August.

The article focuses on giving some account of the reasons behind the rules on the matter, and on understanding the type of reasoning that underlies the contracting authority's duty to consider the division of its contracts into lots. We argue that this duty means that the contracting authority needs to consider the impact of

1. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Principal do CIDP-ICJP. Advogado.

the contract on the market, and its own contract management interests. It is also argued that there is clear ground for judicial review of any decisions taken on this matter.

Keywords: SME access to public procurement, principle of competition, division into lots, discretion, judicial review.

Plano do artigo: 1. INTRODUÇÃO E SEQUÊNCIA 2. SENTIDO GERAL DO INSTITUTO E PREVISÃO NO DIREITO EUROPEU E NACIONAL 3. A PREFERÊNCIA PELA ADJUDICAÇÃO POR LOTES, EM DEBATE 3.1. O ambiente do direito europeu e a adjudicação por lotes 3.2. As críticas à preferência pela adjudicação por lotes 4. EM PARTICULAR, O DEVER DE PONDERAR A DIVISÃO E A FUNDAMENTAÇÃO EXIGIDA 4.1. Escopo dos deveres de ponderar e fundamentar 4.2. As razões para não dividir e a sua sindicabilidade 4.3. Razões para não dividir: tentativa de categorização 4.4. Divisão em lotes e conhecimento do mercado 4.5. A questão da existência de um *dever de dividir* 5. CONCLUSÃO

Summary: 1. INTRODUCTION AND SEQUENCE 2. MAIN IDEA AND RULES PROVIDING FOR THE DIVISION INTO LOTS 3. THE DEBATE ABOUT THE PREFERENCE FOR DIVISION INTO LOTS 3.1. The ‘environment’ of EU law and division into lots 3.2. Criticism towards a preference for the division into lots 4. IN PARTICULAR, THE DUTY TO CONSIDER DIVISION AND THE DUTY TO GIVE REASONS FOR NOT DIVIDING 4.1. Scope of the duties to consider division and to give reasons 4.2. The reasons for not dividing and their control 4.3. Reasons for not dividing: an attempt at categorization 4.4. Knowledge of the market and division into lots 4.5. The existence of a *duty to divide* 5. CONCLUSION

1. Introdução e sequência

Resulta do artigo 46.º-A, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, na versão alterada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, que as entidades adjudicantes, verificados certos pressupostos (relativos ao objecto e valor do contrato), passarão a ter de fundamentar a sua decisão de adjudicar um determinado contrato sem o dividir em lotes. Na verdade, o que a norma revela é um dever, prévio e mais amplo, de *ponderar* a divisão em lotes, bem como – esta, uma afirmação mais controversa, mas que nos parece também verdadeira – um dever de dividir em lotes *na ausência de razão suficiente para decidir de outro modo*.

O preceito em questão, e o instituto por ele consagrado, coloca uma série de questões relevantes, sendo, a nosso ver, um dos aspectos com maior probabilidade de provocar uma mudança relevante no panorama da contratação pública em Portugal após a reforma do CCP, justificando, por isso, uma abordagem aprofundada numa sede como esta – a riqueza do tema comporta, aliás, dois artigos sobre dimensões diferentes do mesmo instituto, no mesmo número da presente Revista. O presente artigo concentra-se no contexto deste dever de ponderar a adjudicação por lotes (ou divisão em lotes) e na determinação do tipo de demonstração que se pede à entidade adjudicante que realize para que se considere preenchido o ónus de fundamentação exigido pela lei.

A compreensão do sentido da exigência de fundamentação em questão, e do conteúdo que deve revestir, beneficia grandemente de uma análise sobre o sentido geral da figura da preferência pela divisão por lotes, e sobre a sua radicação nas fontes (*infra*, 2.), assim como de uma apreciação da forte discussão que tem sido realizada sobre a pertinência da sua previsão nos sistemas de contratação pública, e em particular, na geração de directivas de 2014 (*infra*, 3.). Como se verá, a exigência de um dever de fundamentação da decisão de não dividir apenas se compreende caso se compreenda, primeiro, quais as razões que levaram o legislador a *preferir a divisão*. Com esse pressuposto adquirido, poderemos depois avançar na análise do dever de ponderação e das indicações do legislador sobre a fundamentação exigida e o seu conteúdo, não deixando de dar algumas indicações sobre o tema do controlo jurisdicional das decisões nesta sede (*infra*, 4.). Por fim, faremos uma breve síntese das principais conclusões (*infra*, 5.).

2. Sentido geral do instituto e previsão no direito europeu e nacional

A consideração da História, antiga e mais recente, e do direito comparado, permite dizer que há dois instrumentos principais para assegurar o acesso das pequenas e médias empresas (doravante, PME) aos contratos públicos: as reservas de contratos (*set-asides*) e a divisão ou adjudicação por lotes². Dividir um contrato em lotes é parcelar algo que está concentrado; isto explica que a

2. F. LLORENS/P. SOLER-COUTEAUX (Dir.), *Code des Marchés Publics commenté*, Paris, 2014, p. 296.

divisão obrigatória em lotes seja tipicamente usada para *abrir a concorrência* em mercados específicos que apresentam características de concentração³, ou seja, como uma forma de intervir na *estrutura do mercado*. Encontra-se evidência, na História, da utilização muito precoce da divisão de contratos em lotes, no mesmo sentido e com propósitos semelhantes aos dos dias de hoje⁴.

A consideração do direito comparado, em sistemas próximos do nosso, revela uma crescente utilização do mecanismo da divisão em lotes. Em França, antes de 2001, a adjudicação por lotes era excepcional, nas reformas de 2001 e 2004 a figura foi colocada em pé de igualdade com o “marché global”, e em 2006, a divisão em lotes passou a ser objecto de um princípio⁵, sendo significativo que esta evolução se tenha baseado em sucessivas decisões do *Conseil Constitutionnel*, o qual, afirmando a necessidade de igualdade de tratamento e oportunidades no acesso à *commande publique*, se referia de modo explícito à divisão em lotes como um dos meios de garantir aqueles desideratos, o que significou, na prática, a elevação do discurso legitimador do instituto ao plano constitucional⁶. Mas também no Direito alemão, em que a protecção das PME assumiu o estatuto de princípio da contratação pública, se prevê a divisão em lotes, como forma de prossecução de políticas secundárias, no artigo 97, § 4.º, da Lei contra as Restrições à Concorrência⁷.

O pacote legislativo das directivas de 2014 em matéria de contratação pública, particularmente a directiva 2014/24/UE (directiva setores clássicos), fez-se eco deste movimento. O regime do artigo 46.º da directiva 2014/24 é, provavelmente, a medida mais relevante que as directivas prevêem em sede de acesso das PME⁸. É evidente que outras medidas previstas nas directivas podem ter um impacto

3. Exemplificando com o caso dos mercados de telecomunicações em França, F. LLORENS/P. SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics*, p. 297. Em Portugal, a contratação pública de serviços de comunicações eletrónicas apresenta um precedente interessante, com o Decreto-Lei n.º 1/2005, de 4 de Janeiro (revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o CCP), o qual continha uma regra de divisão em lotes (salvo fundamentação em contrário) em contratos com esse objecto.

4. Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, com dados sobre a prática no espaço helénico (pp. 221-222); ou a importância que assumiu a divisão em lotes das adjudicações dos bens imóveis nacionalizados após a Revolução Francesa de 1789 (p. 254).

5. F. LLORENS AND P. SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics*, p. 297.

6. F. LLORENS AND P. SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics*, p. 297; F. SCANVIC, “L’allotissement au coeur de la commande publique”, *Contrats Publics. L’actualité de la commande et des contrats publics*, (58), 2006, pp. 47 ss.; C. CANTIÉ, “L’objectif d’égal accès à la commande publique est-il assuré?”, *Contrats Publics. L’actualité de la commande et des contrats publics*, (69), 2007, pp. 51 ss. (*maxime* 52, 56).

7. Sobre a experiência alemã, M. LODGE, “Isomorphism of National Policies? The “Europeanisation” of German Competition and Public Procurement Law”, *West European Politics*, 2000, pp. 89 ss. (99); K. SUMMANN, “Winds of Change: European Influences on German Procurement Law”, *Public Contract Law Journal*, 2006, pp. 563 ss. (565); M. BURGI, “Small and medium-sized enterprises and procurement law - European legal framework and German experiences”, *Public Procurement Law Review*, 2007, pp. 284 ss.

8. Isto decorre da própria organização do considerando (78) da Directiva 2014/24, que, depois de dizer que a contratação pública deve ser sensível às necessidades das PME, imediatamente aborda o tema da divisão em lotes.

positivo no acesso das PME, como a contratação pública eletrónica⁹, mas é a divisão em lotes que surge, nas directivas, como o mecanismo privilegiado, e dedicado, a promover esse acesso. O mecanismo da divisão em lotes já tinha sido avançado pela Comissão em vários documentos anteriores às próprias propostas iniciais de directivas, pelo que a sua inclusão no instrumentário do direito europeu não foi surpreendente¹⁰.

A Directiva 2014/24 viria assim a prever, no seu artigo 46.º, um regime que constitui a fonte principal do regime contido no artigo 46.º-A do CCP revisto. Esse preceito da Directiva teve por origem o artigo 44.º, n.º 1, da proposta inicial da Comissão Europeia para a Directiva Sectores Clássicos¹¹, o qual, além de uma permissão para dividir os contratos em lotes, acrescentava que para os contratos de valor igual ou superior a 500.000€, se a entidade adjudicante escolhesse não dividir o contrato em lotes, deveria apresentar uma “justificação específica” da sua decisão, no anúncio do concurso ou no convite à manifestação de interesse. A exposição de motivos que acompanhava a proposta apresentava o regime como um “convite” às entidades adjudicantes para dividir o contrato em lotes¹². Apesar da sua modéstia, a disposição foi criticada por alguns autores, que ainda assim reagiam ao que consideravam uma rigidez injustificada¹³.

Na versão final da Directiva, o artigo 46.º (que corresponde ao 44.º da proposta inicial) deixou de incluir qualquer limiar de valor, o que teve por consequência que a exigência de ponderação e fundamentação ali contida se aplica a todos os contratos abrangidos pela Directiva. O texto final do artigo 46.º, n.º 2, dispõe que “[c]om exceção dos contratos cuja divisão seja obrigatória por força do n.º 4 do presente artigo, as autoridades adjudicantes indicam as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes; tal deve constar dos documentos do concurso ou do relatório individual a que se refere o artigo 84.º”.

Como principais alterações entre as duas versões, note-se que, por um lado, se passou de uma formulação aparentemente mais exigente – a “justificação específica” – para uma indicação mais vaga, das “principais razões” que estão na base da decisão. Por outro lado, é de registar que o artigo 44.º da proposta inicial da Comissão situava a fundamentação no anúncio do concurso na manutenção

9. Sobre isto, cf., com referências, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “E-procurement”, in ISABEL CELESTE FONSECA (COORD.), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*, Braga, 2017, pp. 399 ss., (403).

10. Cf. Comissão Europeia, “Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - “Think Small First” - A “Small Business Act” for Europe”, SEC(2008) 2101 SEC(2008) 2102, COM/2008/0394 final; “Commission Staff Working Document – European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts”, 25.06.2008, SEC(2008) 2193.

11. Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Contratos Públicos, COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), 20.12.2011.

12. Memorando Explicativo da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Contratos Públicos, COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), 20.12.2011, p. 11.

13. S. ARROWSMITH, “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility”, *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 71 ss. (71 e nota 10).

de interesse, enquanto a versão final coloca essa mesma fundamentação nos “documentos do concurso” ou no relatório do procedimento previsto no artigo 84.º da Directiva. Finalmente, é de registar uma outra alteração, que consistiu na eliminação do limiar de 500.000€ que constava da proposta da Comissão, passando, pois, a impor-se esta justificação para todos os contratos acima dos limiares. Esta foi uma alteração que, para os bens e serviços, se traduziu em maior exigência (pois os limiares de aplicação da Directiva a esses contratos são inferiores àquele valor).

De referir, ainda no plano do direito europeu, a opção de distinguir entre a directiva sectores clássicos, por um lado, e as directivas sectores especiais e concessões, por outro lado: apenas na primeira se encontra uma disposição com o sentido do artigo 46.º, n.º 2, da Directiva 2014/24. Na Directiva 2014/25 (sectores especiais), o artigo 65.º, n.º 1, apenas contém a norma que permite a adjudicação por lotes. O dever de fundamentar as razões pelas quais não se dividiu apenas aparece mencionado no Considerando 87, e como uma mera *possibilidade* de os Estados Membros irem “mais além” das directivas com o intuito de permitir o acesso às PME. A própria Directiva não impõe que, nos contratos regidos pelo regime dos Sectores Especiais, tal fundamentação ocorra.

Trata-se de uma diferença que está em linha com a ideia geral de um regime mais flexível nos sectores especiais, por contraponto com os sectores clássicos. Pode questionar-se se o objectivo de promoção do acesso das PME se coloca de modo diferente nos sectores clássicos ou nos sectores especiais. Em todo o caso, foi esse o entendimento do legislador europeu, que o legislador nacional, aliás, acolheu inteiramente, no artigo 46.º, n.º 3 do CCP revisto, ao excluir do dever de fundamentação previsto no n.º 2 as entidades dos sectores especiais¹⁴.

Quanto à Directiva 2014/23 (concessões), o instituto nem sequer é referido, o que por um lado se explica pela conhecida opção do legislador europeu de regular de forma mais flexível o regime de formação deste tipo de contratos¹⁵, mas também, certamente, porque o legislador europeu considerou que aqui se colocaria com menos acuidade o instituto da adjudicação por lotes. De facto, os contratos de concessão são, normalmente, contratos de natureza global, e a equação económica que lhes subjaz assenta, em muitos casos, na ideia de exclusividade, o que torna menos frequente – mas não impossível – que se lance um concurso para a adjudicação de uma concessão em que haja previsão de lotes¹⁶. Seja como

14. A disposição do artigo 46.º-A, n.º 3, apenas é aplicável, claro, nos contratos de sectores especiais dessas entidades. A precisão faz sentido para as entidades adjudicantes do artigo 12.º, que podem ter alguns dos seus contratos sujeitos ao regime dos sectores clássicos: para esses, aplica-se o dever do n.º 2.

15. Em sentido próximo, afirmando que “por definição” a regra da divisão em lotes não abrange certas tipologias contratuais do direito francês caracterizadas pela natureza global (*marchés de partenariat e marchés globaux*), HÉLÈNE HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2016, p. 254.

16. Esta opção é visível no artigo 30.º, n.º 1, da Directiva Concessões. Sobre o tema, R. CRAVEN, “The EU’s 2014 Concessions Directive”, *Public Procurement Law Review*, 2014, pp. 188 ss.; A. SÁNCHEZ GRAELLS, “What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?”, *European Procurement & Public*

for, também aqui, o legislador nacional aproveitou a margem de autonomia que lhe foi dada pelo legislador europeu, já que o artigo 46.º, n.º 2, apenas cria o dever de fundamentar a não divisão para os contratos abrangidos pela Directiva Sectores Clássicos (empreitadas, aquisição e locação de bens e aquisição de serviços), deixando assim de fora os contratos de concessão (que ficam apenas sujeitos à norma do n.º 1 do artigo 46.º-A, ou seja, à norma permissiva, que admite a adjudicação por lotes).

Os dados anteriores, e em particular os referentes ao processo legislativo ao nível das directivas europeias, já revelam algo sobre a natureza contestada da adjudicação por lotes. Com efeito, o facto de ser, nitidamente, uma figura *em crescimento e expansão* nos diversos ordenamentos não afasta a circunstância de ser uma figura sujeita a grandes dúvidas e mesmo críticas. Vale a pena conhecer mais de perto a discussão sobre a divisão em lotes, porque dela muito se retira acerca do que deverá ser a ponderação, por parte das entidades adjudicantes, do lançamento de um procedimento pré-contratual em que o objeto é unitário, por contraponto ao seu lançamento como um objecto que pode ser repartido em diferentes lotes.

3. A preferência pela adjudicação por lotes, em debate

3.1. O ambiente do direito europeu e a adjudicação por lotes

Não é surpreendente verificar que o instituto da adjudicação por lotes, embora presente nos direitos dos Estados Membros desde há muito, tenha encontrado resistência na sua previsão ao nível das directivas em matéria de contratos públicos. O direito europeu dos contratos públicos resiste, tradicionalmente, a mecanismos que visam *agentes económicos específicos* com intuito de os beneficiar. Por isso, o direito europeu é historicamente menos favorável à integração da proteção e promoção das PME como política horizontal, ao contrário do que acontece nos EUA ou no Brasil, por exemplo¹⁷. Esta resistência é clara na recusa das reservas de contratos, comuns em outros ordenamentos¹⁸, que não foram

Private Partnership Law Review, 2012, pp. 94 ss.

17. Cf. C. YUKINS/G. PIGA, “Dialogue”, in G. PIGA/S. TREUMER (Eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Oxon/New York, 2013, pp. 215 ss. (cf. a pp. 215-216 a longa lista de reservas, preferências e apoios para empresas de reduzida dimensão ou detidas por pessoas em situação de desvantagem, no direito norte-americano da contratação pública de nível federal).

18. Cf., v.g., J. CIBINIC JR./R. C. NASH JR./C. R. YUKINS, *Formation of Government Contracts*, s. loc., 2011, pp. 1589 ss.; A. G. SAKALLARIS, “Questioning the sacred cow: reexamining the justifications for small business set asides”, *Public Contract Law Journal*, 2007, pp. 685 ss.; R. APELBAUM, “L'accès des «petites entreprises» américaines aux marchés publics fédéraux: le *Small Business Act*”, *Contrats Publics. L'actualité de la commande et des contrats publics*, 2007, pp. 41 ss. O direito federal norte-americano prevê não só reservas de contratos, mas também um sistema complexo de requisitos em matéria de permissão da agregação de contratos (*contract bundling*) – cf. K. E. BUOKER, “Contract Bundling: Consolidation Continues to Create Barriers for Small Business Despite Regulatory Changes”, *Public Contract Law Journal*, 2006, pp. 695 ss.; J. CIBINIC JR./R. C. NASH JR./C. R. YUKINS, *Formation of Government*

introduzidas no pacote legislativo das directivas de 2014, embora a questão tivesse sido discutida¹⁹. O máximo, neste domínio, foi a consagração de reservas para empresas de integração de trabalhadores em situação de desvantagem²⁰, e, de forma limitada, para empresas sociais, no regime simplificado previsto para os serviços sociais e outros serviços específicos²¹, ambas as figuras, aliás, de transposição não obrigatória para os legisladores nacionais – o legislador português aproveitou ambas essas possibilidades (cf. artigos 54.º-A e 250.º-D, respectivamente).

Isto confirma que, em termos globais, o direito europeu dos contratos públicos se caracteriza por uma postura mais “liberal”, por comparação com outros ordenamentos. De acordo com esta postura, a melhor forma de criar empresas sólidas e competitivas não é protegê-las da concorrência com outros agentes económicos, mas criando um *level-playing field*, com publicidade da intenção de contratar, regras objectivas de escolha, e uma avaliação das propostas pela sua própria valia, e não pela dimensão dos agentes económicos.

Assim, enquanto mecanismo que visa promover o acesso de um específico grupo de empresas – as PME – a divisão em lotes recebe as críticas que habitualmente são feitas às políticas secundárias: as preocupações com a igualdade de tratamento, a falta de eficiência económica das políticas, e até dúvidas sobre a sua *eficácia*, são tópicos habituais²².

Não se pretende, aqui, discutir em abstracto a questão das políticas secundárias na contratação pública. No que diz respeito ao caso específico da divisão em lotes, parece haver alguns elementos que, lidos em conjunto, não só parecem justificar a prossecução desta política secundária, como indiciam que a divisão em lotes será um instrumento adequado para atingir o objectivo de maior acesso das PME: (i) o facto de as empresas da UE serem, em larguíssima percentagem, PME; (ii) o facto de as evidências mostrarem que as PME estão sub-representadas nos mercados públicos, *por comparação com os correspondentes mercados privados*; e (iii) o facto de haver também evidências que parecem apontar que a grande dimensão dos contratos é, de longe, um dos maiores obstáculos enfrentados pelas PME no acesso aos contratos públicos (o outro são os prazos de pagamento demasiado longos)²³. Na consulta, feita pela Comissão Europeia,

Contracts, pp. 379 ss.

19. Cf. a referência em M. FANA/G. PIGA, “SMEs and public contracts”, in G. PIGA/S. TREUMER (Eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Oxon/New York, 2013, pp. 279 ss. (290).

20. Artigo 20.º da Directiva 2014/24.

21. Artigo 77.º da Directiva 2014/24.

22. Sobre políticas secundárias, por todos, C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford, 2007; R. B. WATERMEYER, “A Generic and Systemic Approach to Procurement: the Case for an International Standard”, *Public Procurement Law Review*, 2005, pp. 39 ss. (43 ss.).

23. Sobre estas afirmações, cf. “Evaluation of SMEs’ access to public procurement markets in the EU – Final Report”, estudo encomendado pela Comissão, Ref. Ares(2014)75984 – 15/01/2014, disponível em <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/2153/attachments/1/translations/en/renditions/pdf> (p. 5, e ainda que haja diferenças entre as médias empresas, por um lado, e as micro e pequenas empresas, por outro); S. SCHOENMAEKERS, “The role of SMEs

que levou às directivas de 2014, os participantes sublinharam que a dimensão dos contratos é um significativo obstáculo à sua participação na contratação pública.²⁴

Estas razões pareceriam, assim, aconselhar decisivamente a presença das PME no mercado dos contratos públicos. Não obstante, a preferência pela divisão em lotes como meio de procurar esse maior acesso é objecto de algumas críticas, que serão abordadas em seguida.

3.2. As críticas à preferência pela adjudicação por lotes

Uma das observações feitas ao mecanismo da preferência pela divisão em lotes é a de que se pode tratar de um mecanismo que facilita o funcionamento de cartéis e outras formas de conluio entre os agente económicos²⁵. Outros referem os encargos administrativos injustificados gerados pelo dever de dividir ou de explicar a não divisão²⁶, ou a criação de maiores custos de transacção, pois as empresas terão de fazer mais propostas para obter a mesma receita²⁷. Outros ainda sublinham o que em seu entender é um problema de *incoerência* nas próprias opções do legislador europeu, ao promover e facilitar a centralização de compras e outros mecanismos de agregação das aquisições, ao mesmo tempo que expressa uma preferência pela divisão em lotes²⁸.

As críticas apontadas merecem reflexão, mas não são, em nosso entender,

in promoting sustainable procurement”, in BEATE SJAFJELL/ANNA WIESBROCK (Eds.), *Sustainable Public Procurement Under EU Law*, Cambridge, 2016, pp. 160 ss. (174); C. YUKINS/G. PIGA, “Dialogue”, (o comentário de Piga a pp. 220), e M. FANA/G. PIGA, no mesmo volume, pp. 279 ss., *passim*. Contudo, para uma perspectiva diferente, C. NICHOLAS/M. FRUHMANN, “Small and medium-sized enterprises policies in public procurement: time for a rethink?”, *Journal of Public Procurement*, (3), 2014, pp. 328 ss. (342 ss.).

24. No mesmo sentido, o Relatório do *UK Office of Fair Trading, Commissioning and competition in the public sector* (2011), para.1.28 (disponível em www.academyforjusticecommissioning.org.uk/wp-content/uploads/2014/11/Commissioning-competition-in-the-public-sector-OFT-Mar-2011.pdf).

25. M. FANA/G. PIGA, “SMEs and public contracts”, p. 291, que consideram, por este motivo, que “Not only is this approach [division into lots] not useful for SMEs but it can also backfire for taxpayers”; A. SÁNCHEZ GRAELLS AND P. TELLES, *Commentary to the Public Contracts Regulations 2015* (2016), disponível em www.pcr2015.uk (comentário à “Regulation 46”); DAVID COELHO, “A divisão de contratos em lotes na Directiva 2014/24/UE”, *Revista de Contratos Públicos*, (13), 2016, pp. 83 ss. (102).

26. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and in the UK*, I, London, 2014, p. 470.

27. A. SÁNCHEZ GRAELLS/P. TELLES, *Commentary to the Public Contracts Regulations 2015*.

28. I. HERRERA ANCHUSTEGUI, “Division into lots and demand aggregation: extremes looking for the correct balance?”, in G. SKOVGAARD OLYKKE/A. SÁNCHEZ GRAELLS (Eds.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham, UK/Northampton, 2016, pp. 125 ss., *passim*; A. SÁNCHEZ GRAELLS/I. HERRERA ANCHUSTEGUI, “Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in directive 2014/24”, in P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (Dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, 2016, pp. 129 ss. (140-141); M. FANA/G. PIGA, “SMEs and public contracts”, p. 283.

suficientes para refutar a relevância e adequação do instituto à prossecução dos objectivos que ele visa e dos princípios gerais da contratação pública.

O risco de facilitação da cartelização não pode ser ignorado, em abstracto. Os membros de um cartel podem tentar distribuir os lotes entre si, desde logo porque nenhum sistema é à prova de comportamento anti-concorrencial. Porém, como também já foi sublinhado, os membros de um cartel não são os únicos agentes do mercado, e os dados empíricos parecem indicar que há menor probabilidade de empresas mais pequenas participarem em cartéis²⁹. Assim sendo, os lotes podem ser meios de evitar a cartelização, e não de a promover³⁰. Por outro lado, o *desenho* dos lotes pode, e deve, ser feito com consciência deste problema, o que poderá significar que o número de lotes, por exemplo, seja aumentado ou reduzido, de modo a assegurar a efectiva concorrência. Uma regra geralmente considerada acertada é a da existência de menos lotes do que os agentes económicos que poderiam ter interesse no objecto do contrato³¹, pois desse modo conseguir-se-á concorrência entre eles. No limite, e caso a entidade adjudicante veja um risco concreto de não conseguir lançar o procedimento em lotes sem se expor a cartéis, encontra uma boa razão para não dividir, o que aliás encontra correspondência na ideia, constante do considerando (78) da Directiva 2014/24, de que um dos fundamentos admissíveis para a não divisão em lotes é a consideração de que ela seria restritiva da concorrência (cf. também *infra*).

Por outro lado, em nosso entender, também não se justifica apontar à preferência do legislador pela divisão em lotes uma qualquer contradição interna do sistema. Que existam, no sistema de contratação pública, instrumentos justificados por lógicas aparentemente diferentes e dirigidos a objectivos diferentes não representa uma contradição, mas a manifestação de que o ordenamento jurídico é permeado por uma série de objectivos, cuja prossecução equilibrada deve ser procurada. A riqueza desses objectivos e princípios está permanentemente presente nas discussões jurídicas, e também no direito dos contratos públicos. Para dar apenas um exemplo, ninguém negará que a concorrência é promovida pela transparência, mas *demasiada transparência* pode ser *prejudicial* para a concorrência³². Esta

29. M. FANA/G. PIGA, “SMEs and public contracts”, p. 285.

30. Também referindo que a divisão em lotes pode *reduzir* os riscos de colusão, M. CLARICH, “The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts” (2013) *Italian Journal of Public Law*, 43 (55), disponível em http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2013_volume_2011/IJPL_volume2011_2013.pdf (note-se que o referido autor coloca outras reservas à preferência por lotes); e na mesma linha, M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *Revista de Administración Pública*, (196), 2015, pp. 97 ss. (pp. 104 e 110).

31. M. CLARICH, “The rules on public contracts in Italy”, p. 55; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 350. Este último autor refere ainda um outro ponto: dado que os fornecedores que são, no momento do concurso, co-contratantes da entidade adjudicante (*incumbent providers*) gozam de uma vantagem competitiva, poderia reservar-se lotes para *novos entrantes* (p. 351). Temos, porém, as maiores dúvidas, à luz dos princípios da igualdade e da concorrência, de que se possa estabelecer, como requisito de acesso aos lotes, a condição de *não* ser um actual fornecedor da entidade adjudicante (assim como, obviamente, é inadmissível, nesse caso sem qualquer dúvida, a condição de ser actual fornecedor).

32. C. ESTEVAN DE QUESADA, “Competition and transparency in public procurement markets”, *Public Procurement Law Review*, 2014, pp. 229 ss.

conclusão não nos leva, obviamente, a abandonar a transparência como pilar da contratação pública, mas antes a aplicá-la com critério, de uma forma *ponderada*. O mesmo sucede com a escolha entre agregação ou divisão, que obviamente, em muitos casos, assentará num equilíbrio (que deverá ser razoável) entre diferentes fins³³.

Aqueles que referem que é contraditório avançar com a preferência pela divisão em lotes e, ao mesmo tempo, com a centralização de compras, parecem partir do pressuposto de que seria possível, e desejável, seleccionar apenas uma dessas prioridades. Contudo, as razões que justificam ambos os movimentos são válidas. A centralização de compras tende à profissionalização dos adquirentes e é justificada pela procura de vantagens económicas decorrentes de economias de escala; a divisão em lotes visa diversificar o universo de agentes económicos que contratam com as entidades adjudicantes. Os objectivos são diferentes, mas não têm porque ser contraditórios. Algumas experiências comparadas são particularmente úteis para reforçar tal convicção. Em França, onde desde 2006, como se disse, existe um princípio de divisão em lotes, crítica semelhante é feita, atendendo ao papel cada vez mais relevante da maior central de compras do Estado (UGAP)³⁴. Contudo, como é notado, as centrais de compras também estão sujeitas ao princípio da divisão em lotes³⁵. Este é um ponto importante, pois a centralização equivale a profissionalização, e profissionais experimentados, dedicados à actividade de contratação pública, mais facilmente conseguirão utilizar, de forma competente, ferramentas que promovem o acesso das PME, como a divisão em lotes, de uma forma eficaz e conforme à lei. O facto de as centrais de compras estarem também vinculadas às regras sobre divisão em lotes é essencial para a manutenção de um ambiente “amigo das PME” em sistemas onde exista centralização de compras³⁶.

Foi ainda equacionada uma outra crítica, agora já não feita em abstracto à preferência pela divisão em lotes, mas ao concreto modo da sua consagração na Directiva 2014/24. Já se referiu, com efeito, que ao mesmo tempo que o legislador europeu apresenta, no artigo 46.º, n.º 1, da Directiva, uma preferência pela divisão em lotes, permite que as entidades adjudicantes, no n.º 3 do mesmo preceito, escolham operar a concentração dos lotes. E contrariamente ao que sucede com a decisão sobre a *não divisão*, o n.º 3 do artigo 46.º da Directiva não exige qualquer dever de fundamentar as razões que levaram a entidade adjudicante a tomar as opções aí referidas³⁷. A questão merece ser considerada, em particular porque no CCP revisto, se estabelece a mesma relação entre o n.º 2 e o n.º 5 do artigo 46.º-A, que nesta matéria seguem de perto a formulação da Directiva.

33. J. CIBINIC JR./R. C. NASH JR./C. R. YUKINS, *Formation of Government Contracts*, p. 379; M. CRAHÉS, “Précieux et délicat sourcing des marchés publics”, *Contrats Publics – Le Moniteur*, (170), 2016, pp. 22 ss. (23).

34. F. LLORENS AND P. SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics*, p. 297.

35. F. LLORENS AND P. SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics*, p. 297.

36. M. BURGÍ, “Small and medium-sized enterprises and procurement law”, p. 290.

37. Notando o ponto, PEDRO MATIAS PEREIRA, “A promoção das PME na contratação pública. As novas directivas”, in *Boletim de Ciências Económicas*, 2015, pp. 241 ss. (266).

A crítica deve, contudo, ser afastada, e a razão do seu afastamento permite avançar mais na compreensão do instituto e das suas razões de existir. É indubitável que, após ter sido afirmada, no n.º 1 da Directiva (e no n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP revisto) a preferência pela divisão, o n.º 3 do artigo 46.º da Directiva (e o n.º 5 do artigo 46.º-A do CCP revisto) permite a “reconcentração” do objecto do contrato. Porém, isto sucede exactamente pela mesma razão que permite a coexistência entre a centralização e agregação das compras e a divisão em lotes: o aspecto “divisão”, que é dirigido a assegurar o acesso das PME, não pode pôr em causa o aspecto “interesse público”, na sua feição de capacidade do contrato para satisfazer, de forma económica e eficiente as necessidades da entidade adjudicante. Na expressão feliz de Sánchez-Graells, a propósito da Directiva, com este regime visa-se um “equilíbrio racional entre o acesso das PME e a lógica de mercado e de gestão”³⁸. Esse equilíbrio deve ser objecto e transparente no seu modo de funcionamento, donde a exigência do artigo 46.º, n.º 3, da Directiva, e do n.º 5 do artigo 46.º-A do CCP revisto, de serem previamente fixados e divulgados aos interessados os critérios que permitem o funcionamento desse equilíbrio. Não há aqui contradição, mas um quadro plural de valores e interesses em presença.

Estas últimas considerações permitem ainda, a nosso ver, retirar algumas conclusões sobre o objectivo da divisão em lotes e em concreto, sobre a ligação desse objectivo com a promoção do acesso das PME. De facto, o que o artigo 46.º, n.º 3, da Directiva 2014/24, e o artigo 46.º-A, n.º 5, do CCP, comprovam, é que o acesso das PME não é prosseguido *a todo o custo*, nem como um fim em si. Como é evidente, há muitas razões para apreciar o acesso das PME ao mercado dos contratos públicos, porque há muitas razões, em geral, para apreciar a sobrevivência das PME³⁹. No entanto, a nosso ver, justificar a preferência pela divisão em lotes, e a correspondente promoção do acesso das PME, em razões deste tipo, é *curto*. A promoção do acesso das PME não é uma medida de segurança social: o objectivo de levar as PME a participar nos contratos públicos é o de ter *mais concorrentes*, já que mais concorrentes significa mais escolha, mais concorrência e, conseqüentemente, um aumento da probabilidade de melhores preços e mais qualidade⁴⁰. A procura do acesso das PME não é indiferente aos benefícios em sede de “value for money”. A frase de Steven Schooner – “We promote competition because we believe in the power of the marketplace”⁴¹ – no que é hoje um texto clássico, deve permanecer verdadeira,

38. A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2.ª ed., Oxford/Portland, Oregon, 2015, p. 350: “The directive therefore allows for a rational trade-off between SME access and market and business logic.”

39. Referindo-se a um conjunto de razões justificativas da “SME friendliness”, M. BURGI, “Small and medium-sized enterprises and procurement law”, pp. 285 ss.. Cf. igualmente S. Schoenmaekers, “The role of SMEs in promoting sustainable procurement”, pp. 167-168, 170, concentrando-se no potencial das PME para contribuir para a sustentabilidade, incluindo referência ao ponto fundamental do carácter *local* destas empresas, que apresenta diversas vantagens do ponto de vista da sustentabilidade.

40. Como veremos adiante, o direito brasileiro transmite esta ideia: o objectivo da divisão em lotes é o aproveitamento adequado dos recursos presentes no mercado (um claro apelo à ideia de *eficiência na alocação de recursos*).

41. S. L. SCHOONER, “Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law”,

mesmo quando se utiliza uma ferramenta como a divisão em lotes: há “razões relacionadas com a eficiência” (*efficiency-driven reasons*) a suportar o instituto⁴². E essas razões nem sequer são apenas ligadas ao ganho de curto prazo, na obtenção de mais propostas em certo procedimento: a divisão em lotes serve para evitar ou resolver problemas específicos de médio prazo, como problemas de concentração da oferta nos mercados públicos, ou para atingir outros fins que podem ser úteis, como a “fiabilidade do abastecimento”, em casos em que a entidade adjudicante não pretenda ficar dependente de um único fornecedor⁴³.

A divisão em lotes apresenta ainda um outro traço, que a torna particularmente adequada ao ambiente do direito europeu, enquanto medida relevante, mas equilibrada, de promoção do acesso das PME: é que a divisão em lotes, como é bom de ver, não garante que uma PME obtém os diversos lotes, simplesmente torna esse resultado mais fácil. Neste sentido, a divisão em lotes tem muito menor impacto na concorrência do que a alternativa das reservas de contratos⁴⁴, tornando-a um mecanismo menos invasivo e perturbador do funcionamento do mercado. A divisão em lotes escapa, por isso, à principal crítica que pode ser apresentada às reservas de contratos – que artificialmente promovem a ineficiência das PME, por falta de estímulo destas, que à partida sabem que têm contratos reservados⁴⁵.

Tudo somado, parece que há razões, pelo menos em abstracto, para crer no potencial da divisão em lotes para produzir significativos efeitos pró-concorrência, quer nos procedimentos específicos, quer, em geral, no mercado dos contratos públicos.

Public Procurement Law Review, 2002, pp. 103 ss..

42. G. L. ALBANO, “Demand aggregation and collusion prevention in public procurement”, in G. RACCA/C. YUKINS (Eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, 2015, pp. 155 ss. (161).

43. Este último ponto relaciona-se de modo particular com a possibilidade de limitação do número de lotes que pode ser atribuído a um único fornecedor, prevista no artigo 46.º-A, n.º 4, do CCP revisto, e na disposição da Directiva que lhe corresponde (artigo 46.º, n.º 3, da Directiva 2014/24). Indicando algumas razões para a utilização deste mecanismo, M. BURGI, “Small and medium-sized enterprises and procurement law”, p. 294; G. L. ALBANO, “Demand aggregation and collusion prevention in public procurement”, p. 161. O considerando (79) da Directiva 2014/24 refere-se explicitamente a este tipo de consideração, ao referir a “fiabilidade do abastecimento”. A limitação do número de lotes que pode ser atribuído a um agente económico pode suscitar dificuldades quanto à questão de saber como se escolhem os lotes que devem ser atribuídos a um concorrente que teria vencido em mais do que um lote: veja-se, para um caso anterior às Directivas de 2014, o acórdão do Tribunal de Contas n.º 25/2012, 1ª S/SS (disponível em tcontas.pt). É pelo menos duvidoso que as conclusões a que aí se chegou se mantenham, à luz do regime agora criado. Veja-se, sobre toda esta temática, o artigo de Luís Verde de Sousa neste número da Revista.

44. Nesta linha, A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 349.

45. Cf., no entanto, considerando que a divisão em lotes também pode ter este efeito negativo de um contra-incentivo ao desenvolvimento das empresas, M. CLARICH, “The rules on public contracts”, p. 55.

4. Em especial, o dever de ponderar a divisão e a fundamentação exigida

4.1. Escopo dos deveres de ponderar e fundamentar

A entidade adjudicante que pretenda iniciar um procedimento pré-contratual para a adjudicação de um contrato com o objecto e valor referidos no n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP encontra-se constituída num dever de *ponderar a divisão em lotes*. Estamos, assim, perante um dever de, em primeiro lugar, considerar a *possibilidade* de dividir, e em segundo lugar, se for possível, a adequação de o fazer⁴⁶.

Quer o artigo 46.º da Directiva 2014/24, quer o artigo 46.º-A do CCP revisto não o referem explicitamente, ao apenas se referirem ao dever de fundamentação. Contudo, embora a lei não se lhe refira, o dever de ponderar a divisão precede logicamente o dever de fundamentar a não divisão. Os considerandos da Directiva suportam esta ideia (considerando 78, segundo parágrafo). Isto significa que, pelo menos, dois cenários devem ser equacionados: o da adjudicação unitária ou homogénea, e, pelo menos, o cenário de existirem dois lotes.

O dever de fundamentação surge, assim, como forma de exteriorização do resultado desta ponderação, ou seja, como forma de exteriorização do processo deliberativo da entidade adjudicante. Porém, um aspecto fundamental é o de que este dever apenas surge se o resultado daquele processo deliberativo for no sentido negativo quanto à divisão.

Significa isto que, pelo menos à luz da letra da lei, não é necessário fundamentar *porque se dividiu*, ou *os critérios da divisão*. É possível perguntar se este aspecto do regime legal não acaba por votar a divisão em lotes a um papel menos relevante do que lhe podia corresponder, e sobretudo a uma certa ineficácia face aos seus objectivos. Com efeito, literalmente, parece que desde que a entidade adjudicante divida em lotes, fica totalmente dispensada de enunciar o seu processo deliberativo. Em alguns casos, contudo, valeria a pena conhecer as razões pelas quais *se dividiu da forma que se dividiu*. O simples facto da divisão é relevante, mas o potencial para a divisão em lotes efectivamente funcionar a favor da concorrência depende do adequado desenho dos lotes, seguindo métodos adequados⁴⁷. Se o propósito do mecanismo é abrir os mercados e evitar a concentração, será difícil atingi-lo se as entidades adjudicantes não forem levadas a deixar exarada a fundamentação sobre os critérios que presidiram à divisão, quando ela aconteceu. A análise de ordenamentos nos quais já está consagrado há mais tempo o princípio da divisão dos contratos em lotes revela, aliás, que estes critérios são postos em causa, e a entidade adjudicante é levada a ter de os explicar, o que já levou a doutrina a aconselhar que exista sempre

46. Em sentido semelhante, A. SÁNCHEZ GRAELLS/P. TELLES, *Commentary to the Public Contracts Regulations 2015*.

47. S. CAMPUZANO FERNÁNDEZ/J. ESPINOSA GARCÍA, “Contratación pública centralizada, competencia en el mercado y diseño de las licitaciones: experiencias recientes en España”, in P. VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ (Dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, 2016, pp. 165 ss. (190).

essa fundamentação, quanto mais não seja como prevenção para essa eventual necessidade⁴⁷. Resta saber se a imposição genérica do dever de fundamentar a decisão de contratar, agora prevista no artigo 36.º, n.º 1, do CCP revisto, não terá consequências a este propósito⁴⁸.

A lei portuguesa, tal como faz o artigo 46.º da Directiva, não apresenta, de forma explícita, as razões que justificam a divisão.

O conteúdo do ónus da argumentação, isto é, a demonstração que deve ser feita para se considerar cumprido o dever da entidade adjudicante, só se alcança, pois, pela consideração do quadro de finalidades do instituto, para o que assume especial relevância toda a discussão, acima feita, acerca da origem e razão de ser da preferência pela divisão em lotes, onde se concluiu que a principal razão se prende com o acesso das PME, algo que é também resultante do considerando (78) da Directiva 2014/24. O quadro de princípios aplicáveis na matéria também é relevante, em particular, o princípio da concorrência (cf. agora o artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP revisto), que aponta para que as entidades adjudicantes procurem construir os seus procedimentos de modo a obter o maior número de propostas.

Por fim, é certamente relevante o direito comparado, de onde resulta, em alguns casos, uma orientação do legislador sobre as razões que apoiam a divisão: assim, o artigo 51, n.º 1, do novo *Codice dei Contratti Pubblici* italiano, por exemplo, afirma que a divisão em lotes serve o propósito de favorecer o acesso das micro, pequenas e médias empresas”, acrescentando que as características dos lotes devem ser adequadas para assegurar o efectivo acesso por parte dessas empresas, e dispõe no sentido de as entidades adjudicantes não formarem contratos com objectos “artificialmente” agrupados. Fora do espaço europeu, é de destacar o artigo 23.º, n.º 1, da Lei brasileira de contratação pública (Lei n.º 8666/93)⁴⁹, segundo o qual os contratos serão divididos “em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala”. Mesmo nos casos em que o legislador não apresenta o propósito do princípio da divisão, a doutrina explica-o de acordo com as duas ideias fundamentais de reforço da concorrência e promoção do acesso das PME⁵⁰.

4.2. As razões para não dividir e a sua sindicabilidade

Do que se disse resulta que o fim, o propósito, o objectivo, das regras estabelecendo uma preferência pela divisão em lotes, é aumentar a concorrência, obtendo mais

48. Em França, que tem, desde 2004, uma regra nesta matéria, a doutrina aconselha as entidades adjudicantes a deixar evidência nos documentos do concurso sobre os critérios de divisão, prevenindo a necessidade de demonstrações posteriores – Cf. cf. E. Derouesné, “Réussir l’allotissement”, *Contrats Publics – Le Moniteur* (170), 2016, pp. 49 ss. (53).

49. *Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública* ([disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)).

50. H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, p. 254.

propostas e atingindo maior dispersão dos contratos pelos agentes económicos. A síntese da lei brasileira é interessante: trata-se, realmente, do melhor aproveitamento, isto é, do aproveitamento *completo*, dos recursos disponíveis no mercado, procurando não excluir desse aproveitamento os agentes económicos que, pela dimensão dos contratos, poderiam ficar de fora: neste sentido, o fim engloba a promoção do acesso das PME.

Estas são, pois, as razões, os interesses, *a favor* da divisão em lotes. Tal clareza é fundamental, pois em ordem a cumprir o ónus de fundamentação, o que a entidade adjudicante deve procurar são *contra-razões*: ou invocando que há outros interesses que devem prevalecer sobre aqueles, ou demonstrando que a não divisão é a melhor solução para a concorrência. Serão essas contra-razões que formarão o conteúdo essencial da fundamentação. Em termos mais claros, as entidades adjudicantes terão de convocar razões que tenham a virtualidade de *superar o peso* das razões que depõem no sentido da divisão⁵¹.

Para cumprir o dever que sobre si impende, a entidade adjudicante está então obrigada a apresentar razões, mas – e este é um ponto essencial – essas razões terão de ser *relevantes*. Isto significa, a nosso ver, que as razões terão de ser, por um lado, *aceitáveis*, e por outro lado, *suficientes* para afastar as razões de partida, que justificam a preferência pela divisão. Se as razões indicadas não tiverem essas qualidades, o ónus de argumentação não é satisfeito, e a decisão contraria a lei.

É verdade que, quanto a este ponto, a Directiva 2014/24 acaba por introduzir um elemento perturbador. No seu considerando (78), diz-se que a entidade adjudicante pode decidir não dividir com base em “qualquer motivo que considere pertinente”. A formulação desse considerando é tão surpreendente que merece ser transcrita: diz-se que a entidade adjudicante deve “(...) poder decidir livremente e de forma autónoma, com base em qualquer motivo que considere pertinente, e sem estar sujeita a controlo administrativo ou judicial”. O considerando em questão impressiona alguns autores relevantes: ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS chega a escrever que “o dever de ‘dividir ou explicar’ (*‘divide-or-explain’*) é concebido como uma exigência não imperativa (*soft requirement* é a expressão que o Autor utiliza), não susceptível de controlo (*not amenable to review*)”, invocando como razão de ser dessa posição, precisamente, o considerando (78) da Directiva Sectores Clássicos⁵².

Em nossa opinião, o referido considerando, além de, naturalmente, não ter, por si, valor preceptivo, é, na sua literalidade, simplesmente inaceitável, e isso a dois títulos. Por um lado, claramente não pode dizer-se que seja admissível, como

51. Este ponto é sublinhado de forma rigorosa por W. FRENZ, “§97 GWB”, in KLAUS WILLENBRUCH/KRISTINA WIEDDEKIND (Orgs.), *Vergaberecht - Kompaktcommentar*, 3.^a ed., Köln, 2014, m. 34.

52. A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 348. Porém, o Autor parece chegar a uma conclusão final ligeiramente diferente, a pp. 352, conferindo ao referido dever maior injuntividade, embora mesmo aqui, não reveja a sua afirmação sobre o controlo judicial.

razão para não dividir, “qualquer motivo” que a entidade adjudicante “considere pertinente”. Imagine-se, por absurdo, que a entidade adjudicante fundamenta a não divisão de um determinado contrato com o intuito de criar ou manter um monopólio de uma empresa. Ou para outro exemplo, este estabelecido no direito alemão: o facto de as empresas poderem formar agrupamentos de concorrentes para se apresentar a procedimentos para contratos de grande dimensão é também insuficiente como razão para não dividir⁵³. Como é óbvio, a formação de agrupamentos de candidatos ou concorrentes é uma faculdade, e não um ónus ou dever, sendo completamente contraditório com as finalidades da preferência pela divisão em lotes utilizar esse tipo de justificação para não dividir. As razões para não dividir são, notoriamente, susceptíveis de controlo à luz dos princípios gerais da contratação pública e em especial, do princípio da concorrência⁵⁴.

A segunda razão pela qual o referido considerando da Directiva não pode ser levado a sério prende-se com a concepção, que parece perfilhar, de ausência de controlo das decisões nesta matéria. O referido considerando, como se vê, pronuncia-se quer sobre o controlo administrativo, quer sobre o controlo jurisdicional. Quanto ao primeiro, deve ser sublinhado que caso as instituições europeias pretendessem condicionar as formas de organização interna da administração pública dos Estados Membros, estar-se-ia perante uma violação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade previstos no artigo 5.º, n.ºs 3 e 4, do Tratado da União Europeia. Os Estados Membros têm total competência no que se refere ao modo de garantir a implementação do direito da União nos seus territórios, por exemplo através da criação de diferentes níveis hierárquicos e decisórios, ou da criação de órgãos administrativos de controlo interno ou externo, aos quais os Estados podem certamente conferir poderes para controlar aspectos do circuito de contratação pública – como a decisão de dividir ou não em lotes.

Quanto ao controlo jurisdicional, há que referir, além do argumento da subsidiariedade, que a própria veleidade de criação de uma zona imune ao controlo jurisdicional nem sequer se conforma com os dados do direito europeu. Como sublinhou logo a doutrina, o referido considerando (78), incluído no texto da Directiva 2014/24 por intervenção do Conselho, contraria o direito à tutela jurisdicional efectiva decorrente de várias fontes de direito europeu (artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia)⁵⁵; o mesmo se diga do confronto com o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (que é plenamente aplicável nos procedimentos de contratação pública e nos litígios deles emergentes⁵⁶); a mesma apreciação, naturalmente, se deve fazer à luz da Constituição portuguesa, perante os respectivos artigos 20.º e 268.º, n.º 4.

53. M. BURGI, “Small and medium-sized enterprises and procurement law”, 293.

54. A. SÁNCHEZ GRAELLS/P. TELLES, *Commentary to the Public Contracts Regulations 2015*.

55. ROBERTO CARANTA, “The Changes to the Public Contracts Directives and the Story They Tell About How EU Law Works”, *Common Market Law Review*, 2015, pp. 391 ss. (428).

56. Assim, N. MARTY, “Contrats publics et droit européen des droits de l’homme”, in G. CLAMOUR/M. UBAUD-BERGERON (Eds.), *Contrats Publics. Mélanges en l’honneur du Professeur Michel Guibal*, Vol. I, Montpellier, 2006, pp. 321 ss. (329 ss.).

O considerando (78) parece constituir sobretudo uma tentativa do legislador europeu de ultrapassar as tradições dos Estados Membros que já têm, actualmente, uma preferência pela divisão em lotes.

De facto, considerando quer a experiência alemã, quer a experiência francesa, o que se encontra é, pelo contrário, a clara afirmação da existência de um controlo jurisdicional normal sobre as decisões em matéria de divisão em lotes. Pronunciando-se sobre o artigo 97, § 3.º, da *GWB*, que na altura continha a disposição relevante sobre o tema, MARTIN BURGI referia que “a entidade adjudicante não tem discricionariedade quanto à decisão de dividir em lotes, que pode ser revista integralmente pelo tribunal. Isto é assegurado e facilitado por extensos deveres de documentação por parte da entidade adjudicante”, e que “(...) as entidades adjudicantes devem sempre aferir se uma adjudicação por lotes é possível. Se as condições se verificarem, isto é, se a referida aferição se precipitar em favor das PME, a entidade adjudicante é obrigada a utilizar esta ferramenta. A entidade adjudicante apenas tem discricionariedade quanto à configuração do lote, em termos qualitativos e quantitativos”⁵⁷. Como a doutrina reconhece, existe margem de livre decisão na aplicação da norma, mas tal não significa que exista qualquer zona “livre de controlo jurisdicional”, ao invés, os tribunais exercem controlo efectivo sobre tais decisões⁵⁸.

Também no caso francês, não só é claro que a divisão em lotes é a preferência expressa pelo legislador (desde 2006, como se disse), como também é claro que os tribunais controlam aspectos como erros claros das entidades adjudicantes na decisão sobre a correcção da decisão de agregar ou dividir, e na determinação do conteúdo e dimensão dos lotes⁵⁹. Fora do espaço europeu, a experiência norte-americana apresenta igualmente um claro controlo jurisdicional das decisões nesta matéria⁶⁰.

Em nosso entender, o considerando (78) expressa uma preocupação legítima de uma forma totalmente ilegítima. Compreende-se o desiderato: evitar uma excessiva litigância dos agentes económicos, em que estes defendessem uma espécie de “direito à divisão em lotes que os beneficie”. Um tal “direito”, manifestamente, não existe⁶¹, mas a forma de defender as entidades adjudicantes de tais eventuais pretensões ilegítimas das empresas não passa por “exclusões

57. M. BURGI, “Small and medium-sized enterprises...”, 293.

58. M. DREHER, “§97 – Allgemeine Grundsätze”, in U. IMMENGA/E.-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, 5.ª ed., München, 2014, m. 127, 136; L. HORN, “Losweise Vergabe – neue Spielregeln auch für die Gesamtvergabe?”, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2011, pp. 601 ss.

59. E. DEROUESNÉ, “Réussir l’allotissement”, pp. 50, 52.

60. J. CIBINIC JR./R. C. NASH JR./C. R. YUKINS, *Formation of Government Contracts*, pp. 382-384. No caso desse ordenamento, pelas suas características, o controlo é feito sobre a decisão de agregação – *contract bundling* – de objectos contratuais que poderiam ser adjudicados separadamente, num instituto que no fundo consome aquilo a que, nas categorias que nos são mais familiares, se chamaria a divisão em lotes, mas também o controlo sobre a celebração de *contratos mistos* (já que, em termos práticos, no direito norte-americano tudo se passa como se vigorasse uma regra equivalente à do artigo 32.º, n.º 1, do CCP).

61. W. FRENZ, “§97 GWB”, in K. WILLENBRUCH AND K. WIEDDEKIND, *Vergaberecht*, m. 33, a propósito to direito alemão.

gerais de controlo” (*blanket exclusions*) como a que se pretendia criar aqui⁶². Apenas as rotinas e os mecanismos estabelecidos de controlo judicial, correctamente compreendidos e aplicados, com o devido respeito pela autonomia decisória das entidades administrativas, mas sem esquecer o papel fundamental dos tribunais na defesa dos direitos das pessoas e da legalidade, podem oferecer uma solução.

O facto de estarmos, na divisão em lotes, perante aspectos que envolvem ponderações técnicas e económicas, em alguns casos de nível estratégico, não é obstáculo a tal controlo⁶³. Os tribunais julgam apenas do cumprimento, pela administração, da legalidade a que se encontra sujeita, e não controlam o mérito da sua actuação (cf. artigo 3.º, n.º 1, do CPTA). E não há como duvidar que as expressões utilizadas pelo legislador no artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP revisto, fixam um quadro de margem de livre decisão alargada, utilizando conceitos abertos e que remetem várias vezes para o domínio do mérito.

Isto não significa, porém, uma incapacidade dos tribunais de analisar o exercício da autonomia, e aí diremos que certamente caberá às próprias entidades adjudicantes fazer um trabalho de competente defesa da sua autonomia decisória. Se a entidade adjudicante realizar processos decisórios que revelem análises consistentes, amplas e baseadas, tanto quanto possível, em evidências, os tribunais ficarão quase sempre colocados numa posição de impossibilidade efectiva de pôr em causa essas análises. Já se a análise não aconteceu, ou foi descuidada, ou expressa uma decisão claramente contrária à concorrência, ninguém poderá negar, num sistema jurídico como o nosso, que os tribunais levem o controlo de legalidade até ao fim, e retirem desses vícios as consequências normais que retiram em qualquer caso de ilegalidade do acto administrativo, incluindo, obviamente, a sua invalidade (que poderá viciar todos os actos procedimentais e o próprio contrato).

4.3. Razões para não dividir: tentativa de categorização

Das considerações anteriores resultou que, em nosso entender, o ónus de argumentação a superar é o de apresentar razões adequadas e suficientes, que possam ser consideradas como superando as razões de partida que depõem no sentido da divisão; sendo tais razões controláveis, entre outros, pelos tribunais, que devem respeitar a margem de livre decisão da administração.

Cabe agora ensaiar uma classificação e densificação das razões que poderão ser

62. Cf., do mesmo modo, a propósito de um caso diferente, mas em que também está em causa a necessidade de ponderar valores e interesses de sentido diverso, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Ainda o acesso à informação detida por empresas públicas”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 98, 2013, pp. 37 ss. (53).

63. Cf., a propósito, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Os princípios no novo CPA e em particular, o princípio da boa administração”, in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO (Coords.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 2016, pp. 253 ss. (285 ss.).

invocadas na fundamentação e que expressam, no fundo, *elementos a ponderar* no processo de decisão sobre a divisão (ou não divisão) em lotes. Para isto, tomaremos por base as formulações legais (o artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP revisto, apresenta um conjunto *exemplificativo* de razões que podem ser invocadas na fundamentação), bem como a elaboração doutrinal e jurisprudencial de ordenamentos onde a preferência pela divisão em lotes se encontra instalada.

Assim, em nosso entender, as razões aceitáveis podem ser divididas, com vantagem, em duas categorias: (i) razões relacionadas com as necessidades e interesses da entidade adjudicante, tendo em conta o que o contrato representa para si; e (ii) razões relacionadas com o estado do mercado para o qual o procedimento pré-contratual é dirigido.

A primeira categoria engloba todas as razões de ordem técnica e económica que podem levar à conclusão de que será melhor ter um único co-contratante em ordem à satisfação da necessidade da entidade adjudicante.

Assim, por exemplo, pode a entidade adjudicante demonstrar que não seria possível (as prestações contratuais podem nem sequer permitir a divisão⁶⁴), ou seria excessivamente oneroso, obter uma solução eficiente em termos de gestão do contrato, se existisse mais do que um co-contratante para aquele projecto global (situação que pode reconduzir-se à ideia expressa na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º-A do CCP revisto). Poderá ser o caso, por exemplo, se a entidade adjudicante comprovar que seria impossível ou excessivamente difícil alocar responsabilidades individuais por incumprimento contratual – em casos de obras e serviços complexos, por vezes será assim, se as várias componentes estiverem em relação de grande dependência⁶⁵; ou se a execução do contrato requerer um investimento significativo da parte do co-contratante, e for irracional ou impossível solicitar tal investimento a mais de um agente económico, ou se existir uma *razoável* exigência de uniformidade de equipamento em diferentes locais⁶⁶, embora, neste último caso, se acrescente, por força do princípio da concorrência, a condição de que tais circunstâncias não pudessem ser adequadamente resolvidas por meio de especificações técnicas adequadas nas peças do procedimento de um eventual procedimento em lotes. Estes últimos tipos de casos encontram algum apoio na alínea a) do n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP revisto. A lei nacional apresenta ainda (na alínea b) do artigo 46.º-A, n.º 2) como exemplo de razão que pode justificar a não divisão, a *urgência*, o que se compreende, em atenção à maior dilação temporal que pode estar associada à repartição de um projecto unitário em diversas parcelas, cada uma com o seu co-contratante.

Um exemplo de razões económicas para não dividir, presente na generalidade dos sistemas que recorrem à preferência por lotes, é a perda de economias de escala⁶⁷. No direito francês, uma justificação admitida pelos tribunais é a de que

64. HÉLÈNE HOEPFNER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2016, p. 254.

65. W. Frenz, “§97 GWB”, in K. WILLENBRUCH/K. WIEDDEKIND, *Vergaberecht*, m. 32.

66. E. DEROUESNÉ, “Réussir l’allotissement”, p. 51.

67. Conforme se referiu acima, no Brasil a lei explicitamente dispõe que a perda de economias de escala constitui *um obstáculo legal à divisão* – cf. L. ROCHA FURTADO, *Curso de Direito*

os lotes cuja divisão estaria em causa seriam tão pequenos que não interessariam aos operadores económicos, levando, por isso, à subida dos preços⁶⁸, justificação que se encontra, igualmente, na doutrina alemã⁶⁹, e que encontra, porventura, algum eco no próprio direito europeu, embora de modo não explícito. Com efeito, o artigo 46.º, n.º4, da Directiva 2014/24, contém uma ressalva final que apela à conformidade da divisão em lotes com o direito da União (em casos de divisão obrigatória), referência que tem sido interpretada pela doutrina como proibindo divisão em lotes tão pequenos que acabem por prejudicar a concorrência transfronteiriça⁷⁰.

Uma afirmação comum é a de que as razões de *mera conveniência* não são suficientes como justificação⁷¹, uma asserção que, a nosso ver, é uma mera reafirmação de que existe um controlo de *proporcionalidade* das razões, isto é, que estas devem ser *suficientes* para superar as razões de partida que justificam a divisão.

A segunda categoria acima referida inclui todas as razões relevantes para a decisão de dividir que se prendem com os dados do mercado para o qual o contrato é dirigido. Pode perfeitamente suceder que, de um ponto de vista técnico, por exemplo, a melhor solução fosse a divisão, mas o estado do mercado desaconselhe essa mesma solução. Como se disse acima, uma das razões poderá ser a existência de fortes indícios de práticas anti-concorrenciais entre empresas, como os casos de cartel.

Em síntese: a entidade adjudicante deve considerar diferentes alternativas ou cenários, de divisão ou contratação unitária, ponderando o impacto relativo desses cenários, quer na satisfação das suas próprias necessidades e no modo como aquele contrato irá desenvolver-se, quer o impacto no mercado para que se dirige. A decisão sobre se o contrato será ou não apresentado ao mercado sob a forma de lotes resultará do juízo de ponderação desses diferentes interesses em presença (desde que sejam, como se disse, interesses *relevantes*).

4.4. Divisão em lotes e conhecimento do mercado

Deve notar-se, contudo, algo que constitui um desafio na aplicação destas regras, e que afecta sobretudo a segunda categoria acima apontada de *razões de não divisão*, relacionadas com o funcionamento do mercado.

Administrativo, 4.ª ed., Belo Horizonte, 2013, p. 378.

68. E. DEROUENÉ, “Réussir l’allotissement”, p. 50.

69. W. FRENZ, “§97 GWB”, in K. WILLENBRUCH/K. WIEDDEKIND, *Vergaberecht*, rn. 32.

70. S. ARROWSMITH, *The Law*, I, p. 471. Cf. igualmente M. ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise das novas directivas (Parte I)”, *Revista de Contratos Públicos*, (9), 2013 (mas 2015), pp. 5 ss. (28-29).

71. W. FRENZ, “§97 GWB”, in K. WILLENBRUCH/K. WIEDDEKIND, *Vergaberecht*, rn. 32. Também levantando a questão, D. COELHO, “A divisão de contratos em lotes na Directiva 2014/24/UE”, p. 104.

As regras da divisão em lotes partem do princípio, correcto, de que a entidade adjudicante não pode ser indiferente ao impacto que o contrato que se prepara para celebrar pode ter no mercado. Isto exige, no entanto, um certo poder de antecipar qual seria a resposta do mercado⁷², o que muitas vezes não acontecerá. Mesmo que o escopo seja nacional, é um exercício difícil, mas se tiver de ser considerado o mercado europeu, percebe-se a dificuldade do exercício. Existe o que já foi designado como uma “dificuldade empírica”⁷³, que é produto das assimetrias de informação. Esta circunstância de certo modo valoriza a utilização de mecanismos de recolha de informação como as *consultas preliminares ao mercado*⁷⁴ (cf. artigo 35.º-A do CCP revisto), para preencher estas lacunas de informação. No entanto, ainda assim a informação poderá ser insuficiente⁷⁵.

Por estes motivos, em nosso entender, um tema a acompanhar na aplicação de soluções como a do artigo 46.º-A do CCP revisto será o grau de exigência que será feito às entidades adjudicantes, nesta matéria do conhecimento do mercado para o qual dirigem o seu contrato: espera-se que seja um grau *adequado ao que lhes pode ser exigido*.

Esta última afirmação, aliás, pode ser articulada com algo que acima se disse: entidades adjudicantes *profissionais e dedicadas à contratação pública*, de que os melhores exemplos são as *centrais de compras*, terão muito mais capacidade do que as entidades adjudicantes “médias”, para conhecer os mercados aos quais dirigem as suas compras. Deste modo, contrariamente ao que era a substância da crítica à centralização das compras e à incoerência da sua coexistência com a divisão em lotes, *pode bem suceder que as centrais de compras estejam numa posição privilegiada para promover o acesso das PME aos contratos públicos*, já que aquelas centrais têm um conhecimento muito mais completo, e sistémico, do funcionamento do mercado; muito mais lhes pode, por isso, ser exigido, em termos de efectiva promoção do acesso das PME.

72. Explicitamente referindo que é preciso “*antecipar* como o nível de agregação afecta o mercado relevante” (sublinhado nosso), G. L. ALBANO, “Demand aggregation and collusion prevention”, pp., 159-160.

73. A. SANCHEZ GRAELLS/P. TELLES, *Commentary to the Public Contracts Regulations 2015*.

74. Cf., sobre a articulação entre definição adequada do que chama o “perímetro do procedimento”, acesso das PME e consulta preliminar ao mercado, M. CRAHÉS, “Précieux et délicat sourçage des marchés publics”, pp. 23-24.

75. Outro exemplo que pode ilustrar a dificuldade emergente do nível de conhecimento ou desconhecimento do mercado prende-se com o tradicional fundamento da perda de economias de escala, acima referido como um dos fundamentos para não dividir o contrato em lotes. Como se viu, a lei brasileira (artigo 23.º, n.º 1, da Lei n.º 8666/93) refere que não deve haver divisão se houver perda de economias de escala. Como os autores brasileiros notam, o conceito de economias de escala diria respeito, à partida, à *produção*. Ora, perante a dificuldade de a administração (que não é produtora...) saber se há não economias de escala com este ou aquele grau de divisão, os autores admitem que aquela norma seja interpretada também no sentido de serem relevantes aquelas a que chamam “economias de escala internas”, ou seja, relacionadas com a organização da própria entidade adjudicante; cf. S. BITTENCOURT, *Licitação Passo a Passo*, 7.ª ed., Belo Horizonte, 2014, pp. 213-214. Este desenvolvimento doutrinal é uma prova da dificuldade em lidar com a exigência de conhecimento que está mais do lado da oferta, ou seja, do lado dos agentes económicos, do que do lado da entidade adjudicante.

4.5. A questão da existência de um dever de dividir

Deixou-se propositadamente para o final uma questão que pode ser colocada a propósito do regime do artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP revisto, assim como a propósito do artigo 46.º, n.º 1, da Directiva, a que corresponde. Trata-se da questão de saber se estas disposições consagram um *dever* de dividir os contratos em lotes.

As indicações do direito europeu revelam que esta parece ter sido uma matéria na qual o legislador europeu oscilou. Como se viu, o artigo 44.º, n.º 1, da proposta inicial de Directiva Sectores Clássicos era mais peremptório do que o texto final do artigo 46.º, n.º 1 da mesma Directiva. Além disso, da leitura conjugada dos n.ºs 1 e 4 do artigo 46.º parece poder retirar-se a ideia de que o legislador europeu só considerou que existiria um verdadeiro *dever de dividir* se, como se diz no n.º 4, o Estado Membro previsse que seria obrigatória a divisão “em condições a especificar”, ou seja, um dever de dividir seria apenas um dever *específico* de dividir. Nesta leitura, a Directiva, no seu artigo 46.º, n.º 1, apenas estabelecerá uma “expectativa”, de reduzida imperatividade, de que os contratos seriam divididos em lotes⁷⁶.

Contudo, parece-nos existir aqui uma discrepância entre o que o legislador europeu histórico (ou *uma parte das pessoas* que o compunham) quis fazer, e o que efectivamente resulta da Directiva, e passou para o artigo 46.º-A do CCP revisto, em termos substancialmente idênticos. Com efeito, é inegável que o padrão de interpretação da norma jurídica tem de ser objectivo, e não subjectivo.

Considerando, pois, o que consta do artigo 46.º, n.º 1, da Directiva, e do artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP, vemos que não há, literalmente, um dever de dividir, no sentido de uma obrigatoriedade de dividir. Porém, em termos normativos, esse é o resultado prático do instituto consagrado.

De facto, em termos normativos, o que resulta de uma disposição como o artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP, é que *na ausência de certo pressuposto*, o contrato tem de ser dividido em lotes. Esse pressuposto é, como também se viu, a existência de razões aceitáveis, e suficientes, para afastar as razões que apontam para a divisão. Se não existir fundamentação, ou se existir, mas for improcedente, o resultado residual é: *o contrato deve ser dividido*.

É certo que o quadro que permite à entidade adjudicante afastar-se desse “dever” de dividir é extremamente amplo e indeterminado, como se viu. As razões são exemplificativas. Contudo, partir desse dado, para dizer que não existe dever, é, a nosso ver, erróneo. Um dever pode ser estabelecido apenas *prima facie*, consubstanciando nesse caso uma indicação de partida do legislador, que orienta o aplicador para aquele resultado, a não ser que existam razões em contrário, que o próprio legislador até pode não indicar de modo taxativo (e não indica). Esse quadro de grande abertura, repete-se, não significa que a orientação não esteja lá.

76. Assim, A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 348. Porém, o autor parece chegar a conclusão diferente, a pp. 352, como já se disse.

Reitera-se: em caso de inexistência de fundamentação, ou de razões suficientes, o resultado residualmente imposto pelo legislador parece-nos ser a divisão⁷⁷.

A contraprova desta conclusão está, em nosso entender, no próprio modo como, nos ordenamentos que dispõem de uma norma de preferência pela divisão, essa norma é compreendida. Com efeito, na generalidade dos países com normas de preferência pela divisão, é considerado que existe, como princípio, o dever de dividir, *mesmo que a norma permita, com enorme amplitude, excluir esse dever, mediante fundamentação*. Por exemplo, em Itália⁷⁸, França⁷⁹ e Alemanha⁸⁰, com diferentes formulações, as normas estabelecem que se deve dividir, criam um dever *prima facie* de o fazer⁸¹. Mas o mais relevante está nas *excepções* a essas normas: em todos aqueles casos, tais excepções estão formuladas de um modo extremamente amplo, retirando-se até das normas que os casos de excepção nem são taxativos.

Isto é, no essencial, a mesma coisa que o artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP, faz, e até, ainda que em medida diferente, o que o artigo 46.º, n.º 1, da Directiva, também faz (sendo que o preceito da directiva é ainda mais rarefeito, por não indicar minimamente o que poderão ser os fundamentos da não divisão, coisa que está presente na norma nacional). E por isso, não parece haver razões que levem a um entendimento diferente, nestes casos, daquele que é seguido, genericamente, nos ordenamentos onde tais soluções análogas existem.

Há, assim, em nosso entender, um dever. Um dever *prima facie*; um dever susceptível de afastamento em numerosos casos, que nem sequer estão todos elencados na lei; mas, não obstante, um dever⁸²⁻⁸³.

5. Conclusão

77. Aliás, esse resultado (a imposição de dividir) também poderá ser decorrente de uma situação de *redução da discricionariedade a zero*: assim será em todos os casos em que, à luz do princípio da concorrência, um contrato só possa mesmo ser levado ao mercado sob forma de divisão em lotes. Aí, falar-se-á, com ainda maior propriedade, numa situação de divisão obrigatória.

78. Artigo 51 do *Codice dei contratti pubblici*, aprovado pelo *Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50* (http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto_dataPubblicazioneGazzetta=2016-04-19&atto_codiceRedazionale=16G00062).

79. Artigo 32 da *Ordonnance 2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics* (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376>).

80. Artigo 97 § 4.º da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, Lei contra as restrições à concorrência, disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html>.

81. Outros, como o Reino Unido, não o fizeram, invocando razões de flexibilidade: P. HEN-
TY, “Implementation of the EU Public Procurement Directives in the UK: the Public Contracts
Regulations 2015”, *Public Procurement Law Review*, 2015, pp. NA74, n.º de texto 9.

82. Assim, a propósito do direito alemão, M. BURGI, “Small and medium-sized enterprises
and procurement law”, p. 293.

83. Isto não é provavelmente diferente da conclusão a que chega o próprio A. SÁNCHEZ
GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 352, que transcrevemos no
original: “it is submitted that *despite the discretionary terms* of article 46 of Directive 2014/24
and on the basis of the final goal of maximizing competition, *contracting authorities should
resort to division of contracts into lots whenever it is not unfeasible technically or economically*
(...)” (sublinhados nossos).

A expressão, pelo legislador, de uma preferência pela adjudicação por lotes, que resulta do artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP revisto e do seu equivalente artigo 46.º, n.º 1, na Directiva 2014/24, levanta diversas questões, sobre a sua justificação e pertinência, e sobre a sua operacionalização, em particular na relação com a concorrência e a igualdade de tratamento entre os agentes económicos. O instituto representa inevitavelmente o adicionar de uma camada adicional de complexidade ao sistema de contratação pública⁸⁴.

Estas questões, em nosso entender, devem ser enfrentadas através de um uso profissional e competente do instrumento em causa, em que as entidades adjudicantes reconhecem o impacto que as suas decisões de aquisição têm sobre o mercado, e procuram adaptar essas decisões de forma a maximizar o acesso das PME – não, como se viu, como um fim em si mesmo, mas porque esse acesso é sinónimo de mais concorrência, mais propostas nos procedimentos pré-contractuais e, desse modo, maiores probabilidades de um melhor resultado para o interesse público visado pelo contrato.

A adjudicação por lotes pode, em particular, ser um bom contrapeso de outras figuras que podem, se não forem devidamente usadas, ter efeitos perniciosos para a concorrência: a centralização das compras está entre esses movimentos. As centrais de compras, em particular, estão sujeitas ao dever de ponderar a divisão em lotes, e dispõem das ferramentas adequadas para o poderem fazer de forma mais adequada, e “amiga da concorrência”, do que a maioria das entidades adjudicantes, que dispõem de menos informação sobre o estado geral do mercado a que se dirigem.

Poderemos concluir afirmando que o desafio criado pela adjudicação por lotes é o de manter o equilíbrio adequado entre volume de aquisições e economias de escala, atraindo mais agentes económicos e garantindo, do mesmo passo, que os contratos continuam a satisfazer as necessidades das entidades adjudicantes⁸⁵. É uma questão de proporcionalidade, equilíbrio e eficiência, sendo que, em nosso entender, as potenciais vantagens do instituto, se bem utilizado, excedem as possíveis desvantagens que o mesmo pode apresentar.

84. E. DEROUESNÉ, “Réussir l’allotissement”, p. 50.

85. M. CRAHÉS, “Précieux et délicat sourçage”, p. 23; M. BURGI, “Small and medium-sized enterprises and procurement law”, p. 293; e também, de uma perspectiva mais económica, mas com o mesmo sentido, G. L. ALBANO, “Demand aggregation and collusion prevention”, p. 159.