



Política de Concorrência e Contratação Pública

Abel M. Mateus

Presidente da Autoridade da Concorrência

26 de Outubro de 2006

0. Introdução

O objectivo da defesa da concorrência, explicitado na Lei Orgânica que institui a Autoridade da Concorrência (Decreto-Lei 10/2003, de 18 de Janeiro) visa assegurar “... o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores” (Artigo 1º). O bom funcionamento dos mercados é reconhecido como valor fundamental na Constituição Portuguesa (Artigo 81.º - Incumbências prioritárias do Estado, que inclui na sua alínea f) “Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”).

Nos mercados ditos de concorrência “perfeita”, um grande número de fornecedores e compradores e um produto homogéneo asseguram um equilíbrio em termos de preço e quantidade transaccionada que maximiza o bem-estar, assim defendendo os interesses dos consumidores. A maioria dos mercados, porem, não são “perfeitos” e, nesses casos, os equilíbrios de mercado raramente satisfazem o desiderato de maximizar os interesses dos consumidores.

Geralmente, os equilíbrios de mercados “imperfeitos” traduzem-se em preços mais elevados, permitindo aos produtores auferir benefícios adicionais. Assim, a procura

de soluções menos “imperfeitas” passa normalmente pela tentativa de estabelecer um preço o mais próximo possível da situação de mercado “perfeito”, dando ao factor preço um papel central na análise de mercados e no desenho de soluções para mercados “imperfeitos”. Trata-se normalmente de situações onde, pela natureza do produto (mercados de rede como abastecimento de água, gás canalizado ou electricidade, dependentes de redes de infra-estrutura não replicáveis ou mercados com grandes economias de escala que fazem com que o mercado se abasteça mais eficientemente por só um ou dois fornecedores), não é possível ter muitos fornecedores a disputarem o mercado, resultando numa situação de monopólio ou oligopólio.

Situação semelhante verifica-se muitas vezes na contratação pública, onde uma entidade pública põe a concurso o fornecimento de bens ou serviços. Se esses bens ou serviços não forem de natureza simples, com muitos fornecedores aptos a candidatarem-se, podem surgir situações que facilitem o conluio entre os poucos fornecedores elegíveis, levando-os a sucumbir à tentação de se combinarem (ou seja, formarem um cartel) para evitar a concorrência entre si. O resultado, previsivelmente, será que o adjudicante (normalmente, em última instância, o contribuinte) pagará preços mais elevados.

Numa tentativa de dificultar o conluio e os ajustes directos sem concurso, as instancias públicas (Comissão europeia e governos nacionais) têm estabelecido normas mínimas para a contratação pública, incluindo princípios de defesa da concorrência, como a transparência e a não discriminação. Nalgumas situações, o melhor método para assegurar a concorrência é a abertura de concurso público aberto, sendo estabelecidos requisitos relevantes para o fornecimento de bens, prestação de serviços ou realização de empreitadas de obras públicas. Aliás, a evolução tecnológica tem vindo a facilitar os concursos entre muitos participantes dispersos, dando uma aparência (muitas vezes ilusória) de mercados que funcionam

melhor, com maior anonimato dos fornecedores e facilitando a participação de mais concorrentes.

O corpo principal desta nota trata com mais pormenor os seguintes aspectos, todos na perspectiva da contratação pública: 1) a importância do factor “preço”; 2) a especificidade dos contratos; 3) os mercados de licitação; 4) o problema da cartelização; 5) os exemplos relevantes de casos de cartelização já punidos pela Autoridade da Concorrência; e 6) algumas considerações sobre especificidades das parcerias público-privadas de âmbito municipal, já objecto de uma Recomendação da Autoridade.

1. A importância do factor “Preço”

a. O papel do preço nos contratos públicos

A transparência dos processos de adjudicação e execução de obras públicas constitui um meio importante de garantir que o Estado obtém os melhores bens e os melhores serviços disponíveis no mercado, em termos de preço e qualidade.

O preço dos bens e serviços a contratar pelas entidades adjudicantes constitui um elemento essencial na promoção de uma sã concorrência, na medida em que ao reflectirem o verdadeiro custo de oportunidade aumentam a pressão para a inovação e para a procura de soluções técnicas e económicas geradoras de eficiência.

Nas obras públicas, como em qualquer processo de aquisição de bens e serviços pelo Estado, preços superiores aos que se verificariam em mercados concorrenciais traduzem-se na ineficiência do investimento público, limitando o desenvolvimento económico e social, e em maior despesa pública que, em última instância, será suportada pelos contribuintes.

b. Preços anormalmente baixos

Para além da noção de preço anormalmente baixo vertido na Directiva 2004/18/CE, existe uma proposta para estabelecer um limite para a consideração do que deve ser entendido por preço anormalmente baixo (35% inferior à soma do produto dos preços unitários de referência pelas quantidades dos artigos).

Não tendo por objectivo discutir o limite acima referenciado, julga-se que qualquer limite que se imponha constituirá um claro incentivo económico para que nenhuma proposta se situe abaixo desse limiar.

A Autoridade da Concorrência tem sido confrontada com teses que defendem que não devem ser adjudicados contratos aos concorrentes que apresentem preços anormalmente baixos, que poderiam colocar em risco a qualidade dos trabalhos prestados ou, até, a conclusão dos mesmos, em prejuízo dos donos de obra.

Não obstante, entende-se que existem outras formas de salvaguarda dos interesses dos adjudicantes que não passem pela exclusão de um concorrente que se propõe a realizar os trabalhos com preços significativamente mais baixos.

A título de exemplo, alternativamente à exclusão, podem ser exigidas garantias bancárias ao concorrente, a favor da entidade adjudicante, que salvaguardem os seus legítimos interesses. Por outro lado, é possível assegurar a qualidade através dum processo de duas fases, conforme descrito na secção seguinte.

c. Critérios de adjudicação

De uma forma ideal, o processo e os critérios de adjudicação de um concurso, devem conduzir ao resultado que implique o custo mínimo para o Estado. Existe uma

extensa literatura sobre a teoria dos leilões, que em geral revela que o melhor processo é o leilão de propostas únicas, em envelope fechado, e em que ganha o concorrente com o preço mais baixo. Continuam a existir entre nós muitos procedimentos e critérios que não só levam ao subjectivismo da decisão, como podem ser manipulados para outros objectivos que não o custo mínimo. Por isso, a Autoridade não pode deixar de manifestar o papel central que o preço deveria desempenhar em todo o processo.

Nas empreitadas standard e no fornecimento de consumíveis correntes não vemos lugar para mais nenhum critério de decisão que não o preço.

Continuando a haver preocupação em empreitadas de trabalhos complexos ou em consultorias que exigem um elevado grau de especificidade em aspectos de idoneidade e qualidade do serviço prestado, então o processo deveria ser decomposto em duas fases. Uma primeira, de qualificação, em que se estabelecem os critérios qualitativos de admissão ao concurso, claramente identificados no caderno de encargos. E uma segunda, em que o único critério será o preço. Em consequência, não haverá lugar para manipulações e o processo tornar-se-á mais transparente.

Assim, poderíamos ir mais longe do que a Directiva estabelece. No momento da entidade adjudicante escolher uma de entre as propostas admitidas, para com ela conformar os termos do contrato a celebrar, apresentam-se como possíveis de serem aplicados: (i) o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, implicando a utilização do modelo de avaliação, ou (ii) o critério do preço mais baixo, quando o caderno de encargos defina integralmente todos os aspectos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante.

De facto, a Directiva 2004/18/CE prevê, no artigo 53.º, a indicação de vários critérios passíveis de serem utilizados na determinação da proposta economicamente mais

vantajosa, como sejam o preço, a qualidade, o valor técnico da proposta, custo de utilização, rendibilidade, entre vários outros.

O mesmo artigo da Directiva supra referida, obriga a entidade adjudicante a publicar, *a priori*, no anúncio do concurso, no caderno de encargos, ou na memória descritiva, quais os critérios, bem como a sua ponderação relativa, que presidirão à determinação da proposta economicamente mais vantajosa.

Ora o aumento da transparência na fase de elaboração e avaliação das propostas constitui um enorme contributo para a promoção da concorrência, pelo que, em nosso entender, não só se deveria proceder à transposição completa do artigo 53.º da Directiva 2004/18/CE, como qualificar a sua aplicação nos moldes acima referidos.

Por último, atendendo à extensa jurisprudência existente, deve ser claramente definido o conceito de proposta economicamente mais vantajosa, incluindo, quando a extensão dos fluxos financeiros assim o justificar, a referência à taxa de desconto intertemporal (a ser considerada por todos os concorrentes) e o conceito de Valor Actualizado Líquido (VAL) das propostas. É de notar que em qualquer empreitada, tratando-se de projectos intertemporais, o único critério apontado pela teoria económica é o do VAL.

Numa última defesa, entende-se que mesmo quando prevaleça o critério de proposta economicamente mais vantajosa, o preço deve ser um ponderador de destaque, não permitindo situações em que a ponderação do preço tenha um efeito marginal.

2. Especificidades dos contratos

A Directiva 2004/18/CE prevê no artigo 7.º os [*montantes dos limiares para os contratos públicos*], distinguindo entre contratos públicos de fornecimento e de serviços e contratos de empreitada de obras públicas.

Parece-nos importante sublinhar as grandes diferenças que existem, do ponto de vista da aplicação das regras da concorrência, entre três tipos de concursos públicos: (i) empreitadas de obras públicas, (ii) serviços de consultoria e outros, e (iii) consumíveis ou equipamentos standard. Assim, não nos parece conveniente procurar criar um código único aplicável a toda a contratação pública

Um primeiro ponto a ressaltar respeita à grande diversidade e tipologia dos contratos abrangidos por estas categorias, pelo que não deve ser aplicado a todos um idêntico limiar, já que este não corresponderá adequadamente às diferentes realidades que enquadra.

Neste âmbito, pensa-se que uma maior desagregação por tipo de fornecimento/serviço poderia melhor corresponder ao funcionamento concorrencial destes mercados.

Importa também referir que os contratos públicos de fornecimento e serviços em muitas situações têm um carácter de regularidade ou de continuidade. Se os montantes de cada fornecimento não ultrapassarem os limiares previstos na Lei, isto pode levar os adjudicantes a não promoverem concursos públicos e, assim, não promoverem a desejável contestabilidade dos mercados.

A este respeito recorde-se a Recomendação n.º 1/2004 desta Autoridade, acolhida e implementada pelo Governo, relativa à aquisição de serviços de comunicações pela Administração Central do Estado ¹.

Atendendo a (i) que a Administração Central do Estado é um comprador importante de serviços de comunicações, com interesse numa redução dos custos associados à

¹ Foi publicado a 4.01.2005, o Decreto-Lei 1/2005 que regula as aquisições dos serviços de comunicações do Estado e que incorpora quase todas as propostas da Recomendação 1/2004. Cf http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Aconcorrenca_prd.aspx?prd=A000000000002382&Idmenu=

aquisição dos referidos serviços e (ii) que o Estado pode contribuir para estruturar o mercado e para promover a concorrência no sector das comunicações, através da legislação para aquisição de bens e serviços, foi recomendada, resumidamente, (i) a actualização do regime jurídico da aquisição de serviços de comunicações pelo Estado; (ii) a obrigatoriedade de lançamento de concurso público periódico, no máximo de 3 em 3 anos, mesmo que os valores respectivos sejam inferiores aos contemplados no Decreto-Lei nº 197/99.

Para os contratos públicos de fornecimentos e serviços, mesmo que estejam abaixo dos limiares da legislação que vier a ser aplicável, deverão ser incorporadas regras que garantam a contestabilidade dos mercados. A contestabilidade de mercados é, por vezes, impedida por artifícios burocráticos que acabam por ser mais determinantes para a concorrência de que a própria legislação. Um exemplo trazido à atenção da Autoridade da Concorrência referia a existência duma lista de empresas qualificadas como fornecedoras, lista que constava de portaria de 1998 e que se mantinha inalterada em 2004, impedindo que novos concorrentes pudessem participar em concursos (num mercado de rápida evolução tecnológica como o de serviços e equipamentos de comunicações electrónicas, trata-se duma eficaz barreira à concorrência).

3. Mercados de licitação (*bidding markets*)

A evolução tecnológica tem vindo a facilitar a rápida divulgação de informação, permitindo que processos de licitação se estendam a todos os interessados, seja qual for a sua localização geográfica. Toda a informação relevante pode ser disponibilizada num sítio central, simultaneamente disponível para todos os interessados, e o próprio processo de leilão pode ser conduzido *on-line*, sem que os concorrentes se tenham de deslocar a um mesmo local. Esta evolução tem levado a um crescimento na utilização do leilão como instrumento de contratação pública.

Tem também gerado uma crescente literatura sobre os mercados de licitação (mais conhecidos pela designação em inglês de *bidding markets*)².

O facto dos concorrentes não terem de estar fisicamente no mesmo local para a realização de leilões virtuais facilmente promove a ideia que este tipo de mercado não é tão propício a manobras de conluio por parte dos participantes como os leilões tradicionais e que não justificam tanta preocupação de supervisão concorrencial. Na realidade, a facilidade de conluio depende, neste mercado como em todos, das características do produto ou serviço em causa. Quando se trata de um concurso para o qual só um pequeno número de entidades está qualificado para concorrer, existe o mesmo risco de actuação em cartel, justificando-se os mesmos cuidados no desenho do leilão e no seguimento de comportamentos dos participantes

4. O problema da cartelização

É unanimemente reconhecido que a cartelização de empresas, independentemente da forma em que é concretizada, resulta numa restrição da concorrência tendo por objectivo a obtenção de lucros superiores aos que seriam alcançados através do livre funcionamento dos mercados, em detrimento do erário público, dos contribuintes e do bem-estar social.

A este propósito salienta-se que o combate à cartelização é uma das áreas mais importantes da actividade das Autoridades da Concorrência a nível comunitário e constitui também uma prioridade para a Comissão Europeia, que, no início de 2005, anunciou a criação de uma unidade especial, transversal a todos os sectores da actividade económica, dedicada ao combate aos cartéis na União Europeia.

² Ver, por exemplo, os documentos preparados para o *Roundtable on Competition in Bidding Markets*, nomeadamente a nota do Prof. Paul Klemperer OCDE – DAF/COMP/WD(2006)72

De igual forma, a acção sobre a cartelização nos mercados das obras públicas e da construção tem sido alvo de particular atenção das Autoridades da Concorrência, com a constituição, em diversos Estados-Membros da União Europeia, de *task-forces* que se dedicam exclusivamente a estes casos. Em Portugal, a Autoridade da Concorrência criou em 2005 uma “Célula anti-cartel”, que integra também a Procuradoria-Geral da República, Tribunal de Contas, Inspeção-Geral de Finanças, Inspeção-Geral das Obras Públicas e Instituto dos Mercados de Obras Públicas e do Imobiliário.

Têm-se verificado progressos na detecção e eliminação de colusão nas obras públicas em diferentes países, sendo o caso da construção civil na Holanda o que resultou com maior impacto. Este caso, cujo processo ainda decorre, envolve mais de 400 empresas e em resultado das investigações da Autoridade da Concorrência Holandesa, o custo das empreitadas baixou entre 20% e 30%, tendo inclusivamente o custo da construção de edifícios e habitações privadas baixado significativamente.

Acresce que, um estudo internacional³ realizado sobre esta matéria, identifica os mercados de construção e engenharia civil como os que têm maior probabilidade de acomodar cartéis.

De tudo o exposto, resulta ser de primordial importância que o novo Código da Contratação Pública possa constituir um elemento adicional de promoção da concorrência nos respectivos mercados, dificultando a criação de cartéis.

Assim, não devem poder ser candidatos ou participar em qualquer agrupamento as entidades que tenham sido objecto de aplicação de uma sanção administrativa por falta grave em matéria profissional e que entretanto não tenha ocorrido a sua reabilitação.

³ Predicting cartels, Office of Fair Trading, Março de 2005.

Propomos, ainda, que o seu âmbito seja alargado às pessoas colectivas, por forma a impedir que as entidades que no exercício da sua actividade económica tenham sido objecto de uma sanção administrativa ou judicial, pelas práticas previstas no artigo 4.º da Lei 18/2003, possam ser candidatas, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento de empresas tendo em vista a adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos públicos de fornecimento ou de contratos públicos de serviços.

Em matéria de reacção a indícios de cartelização, entendemos que se justifica uma reflexão mais profunda. Actualmente, a Lei prevê que sejam rejeitadas as propostas cuja análise revele a existência de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência. Embora a gravidade da prática de cartelização justifique uma reacção forte, na prática a legislação actual pode implicar uma decisão muito difícil para quem tem como principal objectivo assegurar que uma obra ou empreitada seja completada dentro de prazo. A não ser que a evidência seja mesmo incontornável, haverá uma forte tentação, na maioria dos casos, para ignorar a evidência e deixar seguir o concurso. Seria mais consentâneo com as funções de cada entidade que, em casos de dúvida, se deixasse seguir o concurso, enviando para a Autoridade da Concorrência (e o regulador sectorial, por exemplo o IMOPPI) a evidência para análise e eventual abertura de inquérito.

Poderá, ainda, fazer sentido acrescentar, como documento de habilitação a concurso, a obrigatoriedade de cada concorrente apresentar uma “Declaração de Conformidade” onde declare que a proposta apresentada foi realizada de forma independente, pela empresa ou por um consórcio de empresas, e que mesma não viola a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, nem o disposto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Esta questão pode ser muito importante em casos de necessidade de prova de violações do artigo 4º da Lei da Concorrência, porque inviabiliza que as empresas

aleguem que não tinham conhecimento da Lei e que não era sua intenção obter resultados em prejuízo das regras da concorrência.

5. Casos de Cartelização relevantes decididos pela AdC

a. Em Janeiro de 2005, a Autoridade da Concorrência concluiu um processo envolvendo as empresas que, em Portugal, operam no mercado do produto Reagente de Determinação de Glicose no Sangue. A Autoridade concluiu pela existência de uma prática restritiva da concorrência, tendo deliberado a aplicação de uma coima total de €3 292 066.10, às cinco empresas arguidas.

O processo teve origem numa queixa do Centro Hospitalar de Coimbra (CHC), na sequência de um concurso público para a aquisição de “tiras-reagente”, um produto utilizado no diagnóstico e controlo de Diabetes.

b. Em Outubro de 2005, a Autoridade da Concorrência condenou as mesmas 5 empresas, desta vez arguidas num processo que envolveu 36 concursos públicos, para fornecimento de “tiras-reagente” a 22 hospitais de norte a sul do país, ao pagamento de uma coima total de cerca de 16 milhões de euros (€15.839.609).

6. Parcerias público-privadas

Finalmente importa salientar que o recurso crescente às parcerias publico-privadas para a provisão de serviços públicos levanta questões adicionais que importa relevar. A avaliação do funcionamento dos sectores de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, efectuada pela Autoridade no âmbito de uma Recomendação já feita ao Governo ⁴, considera, no respeitante aos sistemas de âmbito municipal, que: (i) a duração dos contratos de concessão seja reduzida ao

⁴ Recomendação n.º 2/2006.



mínimo indispensável e sem sujeição a prorrogação; e (ii) a revisão da legislação vigente para consagrar a obrigação de recurso a concursos públicos para a escolha dos parceiros privados em empresas de capital maioritariamente público.

Muito obrigado