

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Luís Silva Morais

Paulo de Sousa Mendes

Com o presente número, a *C&R* atinge o limiar dos vinte números publicados no contexto de um projeto lançado há seis anos. Esse motivo, por si só, bem como a *intencionalidade* aqui claramente assumida do Dossier Temático sobre *contratação pública e concorrência* deste N.º 19, incluindo um artigo, em coautoria, do Presidente da Autoridade da Concorrência, justificam um balanço global da experiência deste projeto científico e editorial, que reputamos original. A essas razões poderemos acrescentar o facto circunstancial de o primeiro signatário deste Editorial e Codiretor da *C&R* terminar agora o seu mandato na Direção da Revista, o que abre aqui também espaço para algumas reflexões transversais acerca deste projeto.

With the current Number C&R is in the threshold of reaching twenty numbers published in the context of a project that was launched six years ago. For that very reason and also for the intentionality of the special thematic file covered in this No. 19 of public procurement and competition, including an article co-authored by the President of the Portuguese Competition Authority, it is pertinent to take stock of the overall experience of this original scientific and editorial project. To those reasons we may add the circumstantial fact that the first signatory of this Editorial and Co-Diretor of C&R is now ending his

Num tempo de extrema aceleração histórica como o que vivemos, seis anos representam um intervalo de tempo considerável. De facto, a segunda década do século XXI testemunhou a passagem de uma crise bancária internacional para uma crise dos mercados de dívida soberana – profundamente interligada com a primeira crise –, o que não podia deixar de originar transformações importantes da regulação económica, especialmente no tocante à regulação e supervisão do sector financeiro. Tal conduziu também a uma *mudança de paradigma* na UE – cuja importância e repercussões ainda estão longe de ter sido apreendidas –, traduzida na criação da chamada União Bancária Europeia e União Europeia do Mercado de Capitais. Acresce que, neste contexto de instabilidade, o papel do direito e da política de concorrência foi severamente posto à prova, ainda que se possa admitir neste momento que a tentação para alguma espécie de ‘benign neglect’ em termos de aplicação efetiva do direito da concorrência tenha acabado por ser largamente evitada à escala mundial (especialmente na Europa, onde se impõe assinalar uma aplicação efetiva acrescida das regras de controlo dos auxílios de Estado, *maxime* no sector bancário, a qual, por seu turno, suscita questões muito sensíveis de interação entre

mandate in the Direction of the Review, something that also leaves room for a set of comprehensive thoughts about this project.

In a time of historic acceleration six years represent a considerable span of time. In fact, the second decade of the twenty first century has witnessed the evolution from an international banking crisis to a sovereign debt markets crisis – deeply intertwined with the first crisis – leading to important transformations of economic regulation, especially regulation and supervision of the financial sector. It also led in the EU to a paradigm shift – the importance and repercussions of which we are still far from apprehending – with the launching of the so called European Banking Union and European Capital Markets Union. Furthermore, in this context of turmoil the role of competition law and policy has been severely tested, although it may be considered at this stage that the temptation of some sort of ‘benign neglect’ in terms of enforcement of competition law has been largely avoided worldwide (particularly in Europe with accrued enforcement of state aid control rules, maxime to the banking

esse regime e requisitos razoáveis e equilibrados de supervisão e regulação sectorial do sistema financeiro).

Outra área crucial em que se verifica uma interação fundamental entre princípios e regras de concorrência e outras áreas do Direito é, sem sombra de dúvida, a contratação pública. Tal como é justamente salientado no artigo de António Ferreira Gomes e Ana Sofia Rodrigues, a contratação pública representa uma área vital, tomando em consideração a parcela substancial da atividade económica que lhe corresponde em múltiplos Estados (como acontece em Portugal e na generalidade dos Estados-membros da UE). Nesse quadro, a disseminação de práticas colusivas no domínio da contratação pública pode conduzir a gravíssimas perdas de eficiência económica, em detrimento dos contribuintes. Justifica-se, pois, sobremaneira um enfoque renovado e acrescido das autoridades de concorrência no escrutínio desse tipo de práticas colusivas e de todas as formas de distorção da concorrência e falta de transparência em mercados de contratação pública, se possível em cooperação e diálogo ativo com o universo das próprias entidades adjudicantes e com outros organismos públicos, tais como tribunais de contas envolvidos na fiscalização financeira externa daquelas entidades adjudicantes (ou entidades

sector, which, in turn, raises sensitive issues of interplay between such rules and reasonable and balanced requirements of sectoral supervision and regulation of the financial system).

Another crucial area in which a fundamental interplay between competition rules and principles and other bodies of law takes place is undoubtedly public procurement. As rightly stated in the Article of António Ferreira Gomes and Ana Sofia Rodrigues public procurement represents a vital area bearing in mind the substantial share of economic activity it accounts for in numerous countries (as it happens in Portugal and throughout EU Member States). As such, the dissemination of collusion practices in the field of public procurement may lead to huge losses of economic efficiency in detriment of taxpayers. This more than justifies a renewed focus of competition authorities in the close monitoring of those collusion practices and all forms of distortion of competition and lack of transparency in public procurement markets, if possible in cooperation and active dialogue with procurement related entities and other public bodies, such as courts of auditors involved in external financial control

congêneres não jurisdicionais como os denominados ‘*audit offices*’ em jurisdições anglo-saxónicas).

Tal exigirá também possivelmente uma nova compreensão hermenêutica de alguns dos parâmetros nucleares dos regimes de contratação pública da UE e das correspondentes regras nacionais aplicáveis em Portugal e em outros Estados-membros da UE, com uma abordagem menos formalista ou ‘administrativista’ e enfatizando uma equilibrada leitura substantiva dos princípios e conceitos-chave que subjazem a essas regras e que se apoiam, em alguma medida, em princípios de concorrência. Considerando estes desafios, propusemo-nos aqui promover uma discussão alargada desta matéria da contratação pública e concorrência, formulando ao mesmo tempo o voto de que o Dossier Temático incluído neste número, que integra para além da significativa participação de António Ferreira Gomes (e da coautora do artigo *Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues*) importantes artigos de Nuno Cunha Rodrigues e Raquel Carvalho, lance as bases para um futuro debate acrescido neste domínio.

Como sempre, a secção de Doutrina Geral foi concebida de maneira a abarcar transversalmente questões-

of public entities submitted to the public procurement requirements (or related entities, such as audit offices in anglo-saxon jurisdictions).

That also requires possibly a new hermeneutical understanding of some of the core parameters of EU public procurement rules and the corresponding national rules applied in Portugal and in other EU Member States, with a less formalistic or ‘administrative’ approach and emphasizing a balanced substantive reading of key concepts and principles underlying such rules and that rely, to some extent, on competition principles.

*Considering those challenges, we have committed ourselves to promote a widespread discussion on this broad topic of public procurement and competition, with the vow that the Special thematic file included in this No. comprehending beside the significant participation of António Ferreira Gomes (and the co-author of the Article *Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues*) important Articles of Nuno Cunha Rodrigues and Raquel Carvalho, will provide the seeds for further debate in this field.*

-chave quer de regulação económica sectorial, quer de direito e política de concorrência, incluindo artigos selecionados em função da relevância na atual agenda internacional regulatória e de concorrência das matérias analisadas nos mesmos. Esta perspetiva mista e transversal é especialmente evidenciada no presente número, com artigos de João Confraria, João Espírito Santo Noronha e Lúcio Fêteira, cobrindo, respetivamente, as matérias correspondentes a mutações em perspetiva na regulação do sector das comunicações eletrónicas, ao ‘*private enforcement*’ do direito da concorrência na sequência da recente Diretiva n.º 2014/104/UE (a ser proximamente transposta para o ordenamento jurídico Português) e aos processos de ‘*enforcement*’ do direito da concorrência em países em desenvolvimento (com as particularidades que estes comportam).

Permitimo-nos aqui salientar que os dois primeiros autores *supra* referidos renovam assim contributos continuados ou já de longa data para o projeto da *C&R*, num caso através da análise sistemática crítica continuada, por parte de João Confraria, da regulação económica, tendo como ponto de partida um seu artigo de publicação recente na Revista e incidindo agora a sua abordagem numa outra mudança de paradigma com a qual estamos

As always, the General Doctrine Section is conceived in a way that comprehends in a transversal manner key issues both of sectoral economic regulation and competition law and policy, with Articles selected on account of the relevance in the international regulatory arena of the topics covered therein. This mixed approach is very much epitomised in the current No., with Articles of João Confraria, João Espírito Santo Noronha and Lúcio Fêteira, covering, respectively, the topics of prospective changes in the regulation of electronic communications sector, private enforcement of competition law in the wake of the recent Directive No. 2014/104/UE (to be transposed to Portuguese law in the near future), and the enforcement of competition law in developing countries (with the particularities that may involve).

*We take the liberty of emphasizing that the first two authors are here renewing longstanding contributions to the *C&R* project, with João Confraria prolonging his systematic critical analysis of economic regulation from the standpoint of the Article he published recently in *C&R* and dealing here with another change of paradigm we are facing in economic*

presentemente confrontados em sede de regulação económica (no domínio das comunicações electrónicas). No caso de João Espírito Santo Noronha, impõe-se destacar a contribuição resultante da sua participação no N.º 1 que lançou este projeto da *C&R*.

Este espírito de continuidade é também assumido a propósito do artigo, já referido, de António Ferreira Gomes, que contribuiu igualmente para o N.º 1 da *C&R*.

Dentro do mesmo espírito de continuidade, seja-nos permitido concluir, parafraseando aqui o artigo de Harry First (em coautoria) publicado no número precedente da *C&R*, invocando deste modo, não por acaso, outro dos autores que contribuiu para o N.º inaugural da *C&R*, no sentido de que assume a maior importância no presente evitar uma abordagem meramente ‘tecnocrática’ do direito e política de concorrência, reforçando, pelo contrário, as instituições de defesa da concorrência, no quadro de uma economia de mercado a ser compatibilizada com valores sociais essenciais e mediante o seu envolvimento e participação profunda no próprio processo democrático de governo das nossas sociedades e de definição das suas grandes opções de política económica e social.

Se a *C&R* contribuiu, ao longo destes últimos seis anos, para promover

regulation (in this case in the field of electronic communications). In the case of João Noronha we should emphasize that he was one of the contributors to the No. 1 of C&R that launched this project.

This spirit of continuity is also felt in the case of the aforementioned Article of António Ferreira Gomes who was a contributor to No. 1 of C&R as well.

Within the same spirit of continuity, allow us to conclude quoting here approximately from the Article co-authored in the preceding No. of C&R by Harry First – coincidentally, another contributor to the inaugural No. of C&R – on the importance of avoiding a mere “technocratic” approach to competition law and policy, strengthening on the contrary the institutions of antitrust, the market economy seen as compatible with key social values, and in a way deeply embedded with the democratic branches of government themselves and the very fabric of the key economic and social choices inherent to such government.

If C&R in the course of these last six years has contributed to foster this kind of competition culture, than the efforts involved in the project and its original

este tipo de *cultura de concorrência*, então poderá considerar-se que os esforços envolvidos no projeto e sua conceção terão sido recompensados e, no momento em que um dos membros fundadores da Direção da Revista se despede do projeto, formula-se um voto no sentido da prossecução continuada, nos planos que se mostrem mais adequados, desses esforços em prol de tal *cultura de concorrência*.

conception are rewarded and, at a time of farewell of part of the founding Direction of the Review, we make the vow for a further pursuit, at the most adequate levels, of those efforts.