

IV CONFERÊNCIA DE LISBOA SOBRE DIREITO E ECONOMIA DA CONCORRÊNCIA: DISCURSOS DE ABERTURA E DE ENCERRAMENTO

António Ferreira Gomes

SUMÁRIO: 1. Discurso de abertura. 2. Discurso de encerramento.

1. DISCURSO DE ABERTURA

Senhor Presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência,

Ilustres Oradores e Convidados,

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

É um prazer dar-vos as boas-vindas à IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência.

Durante os próximos dois dias vamos ter o privilégio de debater alguns dos temas mais atuais da política de concorrência com peritos nacionais e internacionais, de diferentes autoridades da concorrência, instituições académicas, tribunais e do sector privado. Será certamente um debate rico em ideias e perspetivas.

Como estamos numa Conferência Internacional numa cidade tão cosmopolita como Lisboa, permitam-me que faça a minha intervenção em língua inglesa para benefício dos muitos convidados estrangeiros que participam hoje nesta Conferência.

I will now continue my speech in English.

When looking at our current situation in Portugal and Europe and the challenges ahead, we see an untapped potential for growth, innovation and creation of jobs in the European internal market.

Europe must embrace the challenge of ensuring strong competitive markets that will shape better equipped firms, delivering lower prices and offering more choice for consumers and business.

Closing markets to outside competition is a short-sighted strategy that comes at a high cost for businesses and for consumers. Dynamic competitive markets spark innovation, help create jobs and boost economic growth.

At the European level, strategies are being developed to trigger the potential for growth deriving from completing the single market in the traditional areas such as goods and services, but also in new areas such as the energy union or the digital single market.

Estimates from the European Commission show that further efforts with the Digital Agenda for Europe could raise EU28 GDP by 2.1%¹. This is so because the digital economy has the potential to open up the European common market to new ideas, business initiatives and new companies.

When considering a growth prospect for Europe of around 2% for 2016², we understand the importance of completing and reinforcing competitive conditions in the common market, as soon as possible, in areas such as the Digital Market.

It is a fallacy to believe that each country can make it on its own, and this is particularly true for smaller economies. All our efforts to innovate and grow are hampered if we do not have the necessary market dimension.

But what is the role of Competition Authorities, how can they best contribute to more and better growth?

Competition Authorities have an important role to play in this journey for growth.

First, competition authorities need to be effective in guaranteeing a vigorous enforcement of competition law.

Vigorous enforcement is at the core of the activity of any competition authority. It is simultaneously a big challenge. It is a challenge for several reasons: because Competition Authorities have limited resources, but nonetheless have to deliver robust decisions which stand up to judicial review, based on sound economic reasoning and with respect to due process.

1 A Digital Single Market for Europe – Analysis and Evidence, Commission Staff Working Paper, SWD(2015) 100 final, page 5.

2 European Economic Forecast – Spring 2015, European Commission.

It is also a challenge because the world moves at a fast pace and we are faced with new business models developing in complex markets, for which a more traditional competition thinking may not be the right fit and may need adjustment.

Similarly to other Competition Authorities, the Portuguese Competition Authority has been diversifying its instruments for better law enforcement. We can now prioritize the cases we deal with; we have now more investigative powers and we have been granted more flexibility on how to conclude a case: with individual or corporate fines, by imposing structural remedies, by accepting voluntary remedies or even by settling the case.

We have been quite active in using such enlarged menu. Only this year, we have concluded three cases with remedies.

We have also been using the possibility to settle cases, which frees up resources to investigate other serious infringements. In Portugal, the settlement avenue can be used with regard to all sort of infringements and is not limited to cartels. We have so far settled three cases: two cartel cases and one case regarding a merger which was implemented prior to a notification to the Authority.

More enforcement means, first and foremost, rigorous cartel enforcement and being able to keep on uncovering harmful cartels. In that respect, our Leniency Programme has been revamped in 2012, becoming further aligned with the ECN Leniency Programme and making it easier and more attractive for companies to unveil cartel agreements.

As a culture of compliance develops in Portugal, which will certainly depend on both the enforcement and the advocacy work of the Competition Authority, and companies increasingly understand the harm that cartel behavior represents to the economy, I am confident that companies will want to distance themselves from anticompetitive behavior and more companies will have the courage to report it to the Competition Authority.

I am pleased to say that we have had a record number of leniency applications in Portugal since our leniency programme was amended³. Leniency will certainly play an essential role in Portugal, not only in detecting but also deterring cartel behaviour.

Although I believe Leniency is an important tool in the fight against cartels, I also strongly believe we have to further diversify the instruments to detect

3 Including summary applications, 11 in 2013-2015 compared to 9 in the period 2006-2012.

cartels, such as the use of screens, a topic that will be further debated in the panel of this morning moderated by Frederic Jenny.

Second, Competition Authorities need to take a further step forward from strong competition enforcement to embedding competition in the design of public policies with the aim of having pro-competitive regulation.

I will specifically focus on two aspects relating to the design and implementation of public policies: public procurement and disruptive technologies.

Let me first address the issue of public procurement.

The economic crisis which severely hit the EU has raised general awareness to the need of ensuring an efficient allocation of Government resources. Public procurement accounts for an important share of the economic activity, representing approximately 12% of GDP in OECD countries⁴ and 16% in the EU⁵. In Portugal, the share is around 10%.

The numbers are per se overwhelming, but if anything, they underestimate the relevance of efficient public procurement. Indeed these numbers gain added weight when one accounts for the opportunity cost of the wastage of public funds, which could be freed up for other welfare increasing purposes, such as health, science, justice or education, just to name a few.

We tend to disregard this opportunity cost in times of prosperity, but it cannot be ignored in periods of crisis and of scarcity of resources.

Competition in tenders is key in the pursuit of efficient public procurement and good value for taxpayers' money. The scope for cost savings is substantial.

However, when we look at the numbers for public procurement in Portugal, we see that contracting authorities tend to rely too little on the benefits of competitive procedures, and bidder participation has been decreasing.

Competition can thus play a key role in the challenge of good governance.

Bid rigging conspiracies are certainly a major problem hindering competition in public procurement. And I believe Competition Authorities need to diversify the tools to detect, also proactively, bid-rigging. We also need to make cartel detection a shared objective between competition agencies and contracting authorities, which are first in line for identifying potential conspiracies.

4 OECD (2015), "Size of public procurement", in *Government at a Glance 2015*, OECD Publishing, Paris.

5 <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/>.

But bid rigging, while extremely important, does not exhaust all competition issues in public procurement. Good tender design is also very important in ensuring efficient public procurement.

Competition authorities can work closely with procurement officials to design pro-competitive tenders and to promote awareness on the benefits of competition.

Aligning incentives between competition authorities and procurement officials is crucial to achieve the overarching aim of efficient public procurement and this alignment depends on effective advocacy work by competition authorities.

Tomorrow, we will have a panel moderated by Giancarlo Spagnolo, assembling very different perspectives on the role of competition in public procurement. I will have the opportunity myself to expand more on this topic tomorrow, together with the President of the Portuguese Court of Auditors, Professor Oliveira Martins, at the closing session.

Let me now address the topic of disruptive technologies.

The emergence of new business models under the “sharing economy” umbrella is testing the boundaries of existing regulatory frameworks. The shared economy can contribute to economic growth by allowing the usage of goods and services which would otherwise remain idle. This is positive and can help economic recovery.

The appearance of new business models in heavily regulated markets disrupts the “status quo” and is testing our abilities to embrace disruptive innovation and new business models by quickly adapting and reviewing long standing regulatory frameworks.

A good example is the “*Uber*” phenomenon that has raised such turmoil on taxi services. This business model relies on digital platforms for matching consumers and suppliers through smart phone apps, and has prompted a wide discussion on the sharing economy, and its potential contribution for efficiency in resource allocation.

In spite of all the stir, court decisions and controversies in many countries, Portugal included, it is the Portuguese Competition Authority’s view that we need to search for a regulatory framework that allows these potential efficiency gains stemming from the emergence of these new business models to be realized.

The existing regulatory framework, which has been made obsolete by the evolution of the market, should be revisited. We need to restore a competitive

level playing field that embraces innovation and product differentiation, while ensuring safety and adequate protection for users.

Failing to meet the pace of innovation would imply being surpassed by market developments, such that regulation becomes more of an obstacle than a solution for consumers.

The legislator and sectorial regulatory authorities ought to revisit the current regulatory framework, which has shown to be inadequate to frame today's market developments. The PCA will surely play its part in following these developments, and is fully available to cooperate with the relevant authorities to ensure that competition principles are safeguarded.

However, the challenges posed by disruptive technologies are not confined to testing the boundaries of existing regulations. These business models operate in a completely different environment, in which network effects are key for their development and success. They have efficiencies for the economy and for consumers, which have to be acknowledged.

However, the way these business models operate may also raise competition concerns, and in particular, they can make it harder for other innovative firms to enter the markets and compete.

And where do competition authorities stand in the middle of such a revolution? Is it appropriate to intervene? And, if so, at what point in time? To my mind, the different approaches competition authorities found in Europe to the online booking platforms are just the tip of the iceberg of this enormous challenge we face nowadays in finding the appropriate level and the appropriate timing of "intervention".

And to bring important insights into this worldwide relevant topic, we will have a panel discussing the challenge of disruptive innovations. In the panel, we will have both a "Regulator" and a "Company" perspective, to provide an insightful debate on this topic.

I would like to leave a final message on what Competition Authorities can do to promote growth and innovation.

Competition Authorities tend to work in an isolated manner. The exception is the traditional enforcement area, in which there is already a more consolidated pattern of international cooperation.

However, in other areas of activity of competition authorities, such as advocacy in the field of public procurement, sector enquiries and assessment of public policies, authorities tend to work alone.

For example, in Europe, we have the European Competition Network, which is a model of joint cooperation between authorities. In the traditional enforcement areas, the European Commission and National Competition Authorities together have initiated nearly 2000 investigations leading to more than 800 decisions in antitrust cases in the past 10 years⁶.

In the field of merger control, cooperation is increasingly becoming a reality. There has also been a lot of work lately in further converging aspects of the enforcement of competition policy, which have been left to national legislation, such as institutional design and independence, procedures and sanctions.

However, I believe there is scope for broadening the excellent results achieved so far by the European Competition Network to other important areas of activity. This is case of competition impact assessment of public policies.

Many restrictions to competition derive from regulation, both at European, national and even local levels. Competition Agencies may assist the EU and national legislators to craft better legislation that is less restrictive to competition while addressing its specific goals.

Because they know their markets well, national competition authorities could feed their knowledge and assessment into the design of wider EU strategies. They could also assist the Commission in monitoring the implementation of EU recommendations and targets when they are competition related.

National Competition Authorities and the European Commission should work in a true partnership of shared responsibilities. We should pool our knowledge and resources, in order to address new issues, not only in enforcement, but also in advocating for better regulatory frameworks.

By working in a coordinated manner, we can reach better results, we can further strengthen the internal market, and ensure a level playing field and legal certainty for business and consumers in Europe.

But this is probably a topic for a Conference on its own.

Let me now conclude by wishing a very fruitful Conference. I also hope you enjoy this magnificent venue and, for those who visit us, our beautiful city of Lisbon.

⁶ ECN statistics: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>.

2. DISCURSO DE ENCERRAMENTO

Senhor Presidente do Tribunal de Contas,

Distintos oradores e convidados,

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Tivemos dois dias intensos de trabalho, mas creio que saímos desta IV Conferência de Lisboa enriquecidos pelos debates e com novas perspetivas sobre os diversos temas discutidos.

Esta conferência foi uma oportunidade para, em conjunto, pensarmos estrategicamente um conjunto de temas fundamentais para a política de concorrência.

Como referiu ontem o Professor William Kovacic, no seu *keynote speech* intitulado “Consume or Invest: What Do/Should Agency Leaders Maximize?”, as autoridades da concorrência, para serem bem sucedidas na sua missão de promoção e defesa da concorrência, não basta que vão resolvendo os processos que têm no seu portfolio presente, mas têm igualmente que investir em conhecimento para que possam ter melhores resultados no futuro.

A Autoridade da Concorrência encarou a realização desta Conferência de Lisboa como um investimento e espero que, enquanto participantes na Conferência, também a encarem dessa forma e que deem por bem empregue este vosso investimento.

Esta manhã abordámos dois tópicos que para mim são fundamentais: a otimização da contratação pública e a cooperação no espaço lusófono.

Começo por referir a cooperação entre as autoridades responsáveis pela concorrência nos países de expressão portuguesa.

A Autoridade da Concorrência tem como prioridade contribuir para que a Rede Lusófona da Concorrência, criada em 2004, seja uma realidade e possa envolver, senão todo, quase todo o mundo lusófono.

Os fortes laços económicos e culturais entre os países lusófonos proporcionam uma oportunidade ímpar para que as entidades responsáveis pela concorrência em cada país dialoguem e construam um quadro coerente de aplicação das regras da concorrência.

Na Rede Lusófona de Concorrência existem realidades diversas mas temos a convicção comum de que a concorrência é um motor para o desenvolvimento económico dos nossos países.

Como vimos, entre os países lusófonos temos presentemente apenas dois com autoridades da concorrência já estabelecidas – Portugal e Brasil. Contudo,

vemos que passos muito significativos foram já dados em Moçambique para o estabelecimento de um quadro legislativo e institucional de defesa e promoção da concorrência. Em Cabo Verde e Angola verificamos também a existência de projetos de implementação de uma política de concorrência. Todos estes desenvolvimentos revelam a crescente consciencialização que a política de concorrência é uma parte importante do processo de crescimento económico sustentado.

Temos claramente as bases para construirmos um espaço comum de concorrência que fala a mesma língua.

Depois deste encontro, vamos dar um renovado ímpeto à Rede Lusófona da Concorrência e quero agradecer muito em particular a presença dos representantes das autoridades responsáveis pela política da concorrência de Angola, Brasil, Cabo Verde e Moçambique nesta Conferência, que possibilitou o debate conjunto dos caminhos futuros desta cooperação.

Gostaria agora de retomar o tema da Contratação Pública, para desenvolver algumas reflexões sobre o que aqui foi discutido e para partilhar convosco o plano estratégico de ação da Autoridade da Concorrência para a contratação pública em Portugal.

No painel de contratação pública desta manhã, moderado por Giancarlo Spagnolo, destacaram-se as vantagens de promover uma maior interação entre a comunidade de concorrência e a comunidade de contratação pública.

O Presidente do Tribunal de Contas de Portugal realçou também, há pouco, os benefícios dessa colaboração e a vontade de a reforçar.

Eu gostaria de reiterar esta visão.

Esta conferência reflete bem a relevância que a Autoridade da Concorrência atribui ao tema da contratação pública, à partilha de objetivos comuns com as entidade envolvidas nesta atividade e à cooperação, para que se obtenham ganhos de eficiência na afetação dos fundos públicos.

É rara a intervenção ou o documento sobre contratação pública que não se inicie com números relativos à sua representatividade no PIB ou na despesa pública. Os números são, de facto, esmagadores e demonstram bem a relevância do tema. Os números sobre o potencial de poupança decorrente de procedimentos mais concorrenciais são também expressivos.

Todas as estimativas feitas nesta matéria apontam para um enorme potencial de poupança associado à promoção da concorrência na contratação pública. Um estudo sobre o impacto da introdução do *e-procurement* em Portugal estima que a poupança ao final de um ano, tenha sido de cerca de 650 milhões de

euros, valor este que poderia ascender a mais de 1,2 mil milhões de Euros caso o *e-procurement* se tivesse aplicado à totalidade dos procedimentos. O estudo atribui esta poupança à maior intensidade concorrencial.

Em reconhecimento desta realidade, e do papel que entendemos que a Autoridade da Concorrência pode e deve desempenhar nesta importante área da atividade económica, temos vindo a estruturar um plano estratégico de ação para a contratação pública em Portugal.

Este plano estratégico assenta em três pilares fundamentais, nomeadamente i) o combate à colusão, ii) a promoção da eficiência na contratação pública e iii) a procura de alinhamento dos incentivos entre as diversas entidades envolvidas na contratação. Este último pilar é fundamental para a boa prossecução dos primeiros.

A abordagem adotada no plano estratégico é multidimensional, com um *mix* de medidas que visam reforçar os mecanismos de deteção de cartéis e medidas de *advocacy* destinadas a promover uma cultura de concorrência na contratação pública.

A colusão na contratação pública é uma preocupação central. Esta é uma preocupação central das autoridades de concorrência e também de organizações internacionais na sua intervenção na área da concorrência. A OCDE tem desenvolvido um trabalho extenso nesta matéria, como vimos abordado esta manhã na intervenção do John Davies.

Tivemos ontem uma interessante discussão moderada por Frederic Jenny sobre o incontornável papel do programa de clemência na deteção de cartéis e de como este pode ainda ser reforçado. Mas também se falou do que se pode fazer para além da clemência na deteção de cartéis e a relevância da atuação *ex-officio*, que importa promover.

Discutimos as potencialidades de *screens* ou filtros comportamentais, para analisar padrões de apresentação de propostas e detetar situações passíveis de indiciar suspeitas de infração às regras da concorrência.

A principal dificuldade na aplicação destes métodos é o acesso a dados que viabilizem a análise. A este respeito gostaria de referir que Portugal foi pioneiro na União Europeia ao nível da introdução de *e-procurement* obrigatório.

A disponibilidade de dados eletrónicos nesta área é um estímulo a que a Autoridade da Concorrência venha a desenvolver filtros, em parceria com académicos especializados, para identificação de eventuais padrões suspeitos.

O plano estratégico de ação da Autoridade da Concorrência prevê outras ações importantes para o curto prazo. Até ao final deste ano, a Autoridade da

Concorrência pretende divulgar um Guia de Combate à Colusão na Contratação Pública e organizar um conjunto de sessões com entidades adjudicantes para promover a familiarização com o Guia, a sensibilização para os benefícios da concorrência e a relevância de desenhar procedimentos de contratação que fragilizem as condições de coordenação.

Gostaria ainda de realçar que o programa estratégico da Autoridade da Concorrência pretende ir além das questões de colusão e endereçar de forma mais abrangente a eficiência da contratação pública em Portugal.

Na prossecução desta agenda, a Autoridade da Concorrência pretende abordar matérias como sejam a escolha do formato do procedimento, a promoção da participação de empresas, o reforço do grau de compromisso associado aos contratos estabelecidos, a política de renegociação.

A ponderação da qualidade, o *trade-off* discricionariedade-regras, os princípios a considerar na divisão dos contratos em lotes, a abordagem às chamadas “propostas anormalmente baixas” são alguns dos aspetos determinantes para a promoção da concorrência e da eficiência na contratação pública em Portugal.

Nesta discussão é importante alinhar incentivos entre as entidades adjudicantes e a Autoridade da Concorrência, refletir como podemos tornar a deteção de cartéis um objetivo comum entre a Autoridade da Concorrência e as entidades contratantes e introduzir critérios relacionados com a eficiência na avaliação *ex-post* do desempenho na contratação pública.

A interação estreita entre a Autoridade da Concorrência e a rede de entidades envolvidas na contratação pública é, por isso, crucial.

Destaco uma vez mais a importância que a Autoridade da Concorrência atribui à colaboração com o Tribunal de Contas, que no seu papel de fiscalização pode trazer informação da maior importância para a Autoridade da Concorrência.

É também fundamental a colaboração com a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública – eSPap, que centraliza uma parte substancial da contratação pública em Portugal, e com o Instituto da Construção e do Imobiliário – InCI, que detém importantes atribuições no domínio da contratação.

A Autoridade da Concorrência está, deste modo, empenhada em dinamizar a comunicação e a colaboração entre a Autoridade da Concorrência e as entidades envolvidas na contratação pública, na prossecução de um objetivo de enorme relevância para Portugal, que é a eficiência na contratação pública.

Permitam-me agora algumas palavras em inglês, para benefício dos nossos convidados estrangeiros.

I would like to thank, once again, our distinguished speakers for generously taking the time to come to Lisbon and for having shared their insights with us. We had excellent discussions, sparked with the help of our outstanding moderators.

Quero igualmente agradecer a todos participantes pela vossa presença e contributo. Todos temos um papel na construção de uma cultura de concorrência e sendo este um público especializado, também na construção de uma política sólida de concorrência: as empresas, os advogados, os reguladores e os juristas e economistas que trabalham nesta área. Todos devemos contribuir para a reflexão dos diferentes desafios que temos pela frente.

Creio que esta Conferência proporcionou um importante espaço de discussão de temas fundamentais para a política da concorrência e foi um bom investimento para o futuro. Quero, assim, agradecer a todos a participação ativa durante estes dois dias.

Finalmente, gostaria de agradecer à equipa da Autoridade da Concorrência, que trabalhou incansavelmente durante vários meses para que este evento fosse um sucesso: Sofia Alves, Cristina Camacho, Ana Sofia Rodrigues, Cristina Chora, Teresa Duarte, Catarina Anastácio, Rita Prates, Sara Carvalho de Sousa, Sandra Alves, Elisabete Mestre, Isabel Moreira, Paula Pina, Paulo Silva, Miguel Henriques, Nélson Verde e José Magalhães.

Uma palavra final para vos convidar a regressar a Lisboa em 2017, para a Conferência Anual da *International Competition Network* (ICN) que será organizada pela Autoridade da Concorrência.

Muito obrigado.