

IV Seminário Compras Públicas na Saúde:***Novo Código dos Contratos Públicos & 1º European Public eProcurement*****Auditório, Universidade Nova de Lisboa****5 de dezembro de 2017*****CONCORRÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA*****MARIA JOÃO MELÍCIAS**

Boa tarde a todos. É com muito gosto que participo em representação da AdC neste IV Seminário Compras Públicas na Saúde. Parabéns aos Serviços Partilhados do Ministério da Saúde por mais esta oportuna iniciativa, este ano num contexto particularmente aliciente, atendendo à iminente entrada em vigor do novo Código dos Contratos Públicos.

Procurarei ser breve, pois sei que já veem hoje de uma longa maratona de contratação pública.

Finalidades e princípios da disciplina da contratação pública

Existe uma grande complementaridade e em certa medida uma coincidência entre as finalidades prosseguidas pelas regras da concorrência e da contratação pública, nomeadamente pelos objetivos subjacentes às Diretivas da União que este novo Código vem transpor.

Em primeiro lugar, as regras da contratação pública visam dar cumprimento às liberdades fundamentais que estão associadas à criação do mercado interno da União, designadamente, a liberdade de circulação de bens e serviços, donde os princípios relacionados com *igualmente de tratamento e não discriminação* entre proponentes.

Em segundo lugar, as regras de contratação pública visam combater ou prevenir fenómenos de favoritismo ou mesmo de corrupção, donde as exigências relacionadas com a *publicidade e transparência* dos procedimentos, com o intuito de expor as decisões dos contraentes públicos ao escrutínio, quer dos concorrentes, quer do público em geral.

A disciplina da contratação pública visa, enfim, ir ao encontro de um princípio básico de boa gestão que é o de conseguir mais e melhor, por menos. Ou seja, trata-se de proporcionar aos contraentes públicos a oferta com melhor relação qualidade/preço, “the best value for money”. Como? Justamente através da

salvaguarda do princípio da concorrência, i.e. privilegiando a adoção de procedimentos de contratação competitivos e participados.

E se estes princípios - igualdade de tratamento, transparência, concorrência - em regra se complementam e se reforçam reciprocamente, há instâncias ao longo do Código dos Contratos Públicos em que se presente porventura alguma tensão entre os mesmos, de que procurarei dar alguns exemplos ao longo dos próximos minutos.

Maximização do bem-estar social e oportunidades de poupanças significativas

É um facto que a forma mais ou menos competitiva e participada como são levados a cabo os procedimentos de contratação pode representar oportunidades de poupanças muito significativas para o erário público e, logo, para os cidadãos.

Os mercados públicos têm uma importância incontornável na atividade económica nacional, representando cerca de 10% do PIB e 20% da despesa pública.

A Comissão Europeia estima que, mediante a adoção de procedimentos mais participados, como o concurso público, se possam alcançar poupanças da ordem dos 4% no valor de cada contrato.

Se recordarmos que atualmente, segundo números do IMPIC, cerca de 50% do valor global da contratação pública é ainda adjudicado por ajuste direto, com uma média de menos de dois participantes por procedimento, facilmente nos apercebemos das importantes oportunidades de poupança que podem ser associadas a uma maior participação.

Sejamos claros: seja no quadro dos mercados públicos, seja em qualquer outro contexto de mercado, a rivalidade entre empresas é a forma mais eficiente de maximizar o bem-estar nos consumidores, i.e. é ela que cria incentivos para as empresas reduzirem preços e custos de produção, para expandirem a sua atividade e a sua oferta, para lançarem no mercado produtos inovadores e de superior qualidade, assim alcançando robustez e sustentabilidade. Ou seja, é a rivalidade entre empresas que melhor proporciona aos cidadãos, neste caso ao Estado, preços, qualidade, escolha e inovação. Mais do que o princípio

Mas para que se produzam estas eficiências, estes resultados positivos, para além de se procurar uma maior participação nos procedimentos, é necessário que essa participação, i.e. que a interação entre os concorrentes seja efetivamente concorrencial e que não se trate de uma mera aparência, de um artifício.

A estratégia permanente da AdC de combate aos cartéis

Esta ideia leva-me talvez ao principal ponto desta minha intervenção que se relaciona com a estratégia da AdC de combate ao conluio ou aos cartéis, nomeadamente em mercados públicos.

De facto, os mercados públicos são vulneráveis a fenómenos de conluio, por força da *transparência* que caracteriza os procedimentos de contratação, pelo facto de proporcionarem *interações repetidas* entre concorrentes e até pela *previsibilidade* com que os procedimentos ocorrem, entre outros aspetos, que podem contribuir para que os concorrentes “se organizem”, no pior sentido da expressão.

A prática decisória da Autoridade da Concorrência é bem da ilustrativa desta realidade. Mais de 50% dos cartéis sancionados pela AdC, que levaram à aplicação de mais de 30 milhões de euros em coimas, ocorreram na área da contratação pública, alguns dos quais afetando muito particularmente a área da saúde.

Não é demais sublinhar que os cartéis constituem a violação mais grave ao direito da concorrência. Do ponto de vista das regras de concorrência, são “o mal no seu estado puro”, não possuindo qualquer tipo de virtude redentora. Apenas reduzem o bem-estar, criam sérias ineficiências no mercado e prejudicam os consumidores. Prejudicam, aliás, as próprias empresas participantes, por estimularem a respetiva ineficiência, contribuindo com probabilidade para o seu desaparecimento a prazo do mercado.

Quem se envolve neste tipo de prática apropria-se de uma mais-valia que não lhe pertence, que é da sociedade, que é de todos nós. É uma prática particularmente insidiosa porque é clandestina. Na realidade, não é mais do que uma forma relativamente mais sofisticada de furto em larga escala. É por isso que o combate aos cartéis tem um valor tão elevado para a sociedade. E é também por isso que é invariavelmente uma prioridade da Autoridade da Concorrência.

Desde há dois anos que a AdC tem vindo a implementar no terreno a sua campanha de sensibilização “Combate ao Conluio na Contratação Pública”, depois de ter lançado um guia de boas práticas sobre o mesmo tema. Alguns de vós já terão participado em alguma das respetivas sessões ou *workshops*, até porque campanha já atingiu mais de mil e duzentos participantes.

A iniciativa destina-se a sensibilizar as entidades adjudicantes para padrões de comportamento ou de licitação suspeitos em procedimentos de contratação que organizem, os quais poderão constituir indícios de cartel, incentivando o seu reporte à AdC. A campanha procura ainda fornecer ferramentas aos

responsáveis pela contratação sobre como prevenir este tipo de práticas, através do desenho mais eficiente dos seus procedimentos.

Este projeto tem, pois, uma dupla vertente: por um lado, trata-se de uma campanha de pedagogia junto das entidades adjudicantes sobre a importância da concorrência na contratação pública, enquadrando-se naquilo que usualmente designamos como “advocacy”; por outro lado, visa reforçar de modo proactivo a nossa atividade sancionatória, o chamado “enforcement”, o qual constituiu realmente o nosso *core business*.

Novidades do novo Código dos Contratos Públicos com relevância para a concorrência

A este respeito, o novo Código introduziu duas novidades estratégicas para a atividade da AdC que irei destacar.

Por um lado, deixa claro que as entidades adjudicantes podem e devem reportar à AdC indícios de concertação que porventura detetem sem que, para o efeito, sejam obrigadas a excluir as propostas ou a anular o procedimento em causa.

O anterior código criava alguma ambiguidade a este respeito; poderia ser interpretado como exigindo às entidades adjudicantes que excluíssem as propostas em questão para poderem reportar a situação à AdC, o que obviamente poderia desencorajar a respetiva denúncia.

Por outro lado, o Código veio habilitar a AdC a ter acesso direto, sistemático e permanente às bases de dados da contratação pública, i.e. ao Portal BASE e ao Observatório das Obras Públicas, geridos pelo IMPIC, que integram um enorme e rico manancial de dados.

Aliás, celebrámos há cerca de 2 semanas um Protocolo com o IMPIC para operacionalizar esse acesso direto a partir de 1 de Janeiro de 2018.

A partir de agora, a AdC pode monitorizar propostas apresentadas a todo o momento, tendo acesso à totalidade dos procedimentos tramitados, desde 2009, o que nos permite analisar dados através da aplicação de filtros ou *screens*, quer comportamentais, quer estruturais, tendo em vista detetar padrões de licitação suspeitos que indiciem a presença de cartéis.

Resultados da metodologia de deteção proativa

Aproveito para assinalar que este investimento da AdC na deteção proativa tem dado frutos.

Esta campanha tem permitido criar canais de comunicação abertos e fluidos com as entidades adjudicantes. A AdC tem, aliás, reforçado o diálogo

interinstitucional como todas as demais entidades envolvidas na contratação pública, como o IMPIC, a EsPap, o Tribunal de Contas, para além naturalmente do Ministério Público, atenta a interação evidente entre os cartéis e outras formas de crime económico.

A troca de “*intelligence*” a este respeito tem sido profícua. Com efeito, o número de denúncias em sede de contratação pública aumentou em mais de 50% desde o início da campanha. Verificamos, também, um aumento na qualidade da informação recebida, que já nos permitiu abrir novas investigações, obtendo o competente mandado junto da autoridade judiciária, para o efeito de diligências de busca e apreensão.

Só em 2017 realizámos buscas em mais de 35 alvos, cobrindo setores muito variados e cumpre-me sinalizar que temos outras tantas em *pipeline*...

Para este resultado creio que também é de registar o facto de termos modernizado o nosso Portal de Denúncias, tendo em vista facilitar e melhorar a qualidade do reporte de infrações às regras de concorrência por parte, quer do cidadão comum, quer de fornecedores, clientes ou concorrentes que sejam vítimas de práticas anticoncorrenciais. Também os trabalhadores das empresas infratoras, que frequentemente conhecem melhor do que ninguém o que se passa no seio das suas organizações, podem ter interesse em denunciá-lo recorrendo a esta ferramenta, sendo garantido pela AdC o anonimato de todos os que o solicitem.

Na era da economia digital temos naturalmente reforçado as nossas capacidades em matéria de deteção, recolha e análise de prova digital, incluindo a avaliação de grandes quantidades de prova digital, através do recurso a *softwares* mais avançados de *IT forensics*.

O facto de esta atividade contribuir para aumentar a perceção do risco de deteção poderá porventura explicar, em certa medida, o aumento de pedidos de imunidade que temos registado. Como saberão, o Programa de Clemência da AdC confere aos participantes de um cartel a possibilidade de o denunciarem à AdC, fornecendo prova do mesmo, a troco do prémio da imunidade, i.e. da dispensa ou redução da sanção que de outra forma lhes seria aplicável, além da minimização dos impactos reputacionais. No entanto, somente a primeira empresa ou pessoa singular a avançar poderá beneficiar de imunidade total.

Boas práticas de governação da contratação pública – dois exemplos:

Feita a mensagem de “*enforcement*”, importa salientar que o novo Código revela, em múltiplas ocasiões, uma preocupação de cumprimento efetivo do princípio da concorrência na contratação pública. Por falta de tempo não

poderei aqui enunciar todas elas, pelo que optei por abordar um par de aspetos onde a promoção da concorrência nos mercados públicos poderá ainda ser maximizada, em proveito de todos.

Articulação da noção de “entidade” com a noção de empresa concorrente

Uma das medidas emblemáticas de boa gestão pública introduzidas pelo novo Código reside na criação do procedimento de consulta prévia a, pelo menos, “três entidades” (entre os € 20 000 e € 75 000 para bens e serviços e para as empreitadas de obras públicas entre € 30 000 e € 150 000). Trata-se de uma homenagem clara ao princípio da concorrência que é de aplaudir.

Mas é preciso que não se deixe entrar pela janela aquilo que se procurou fechar pela porta. Ou seja, para que a intensidade concorrencial que aqui se pretende introduzir seja efetiva, é importante que se interprete a referência a “pelo menos três entidades” como aludindo a três entidades distintas do ponto de vista económico, ou seja, a três empresas independentes, tal como o conceito de empresa é entendido na aceção do direito da concorrência.

Uma única empresa pode ser composta por uma pluralidade de entidades jurídicas distintas, desde que estas mantenham entre si laços de interdependência, constituindo aquilo que comumente se designa por grupo económico [decorrentes, nomeadamente: a) de uma participação maioritária no capital; b) da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) do poder de gerir os respetivos negócios]. Tal significa que a sociedade-mãe detém a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre os negócios das suas subsidiárias, incluindo sobre os respetivos preços e demais política comercial, pelo que estas não são tidas como empresas *concorrentes*, na aceção das regras de concorrência. Um grupo económico é, pois, uma única empresa na aceção das regras de concorrência. Trata-se da teoria da unidade económica ou *enterprise entity*. Uma das suas implicações reside na circunstância de os acordos intra-grupo, ainda que porventura produzam efeitos negativos sobre o bem-estar, não se encontrarem abrangidos pelas regras de concorrência que proíbem acordos anticoncorrenciais.

Assim, duas ou três entidades jurídicas distintas, mas pertencentes ao mesmo grupo económico, que porventura se apresentem a consulta prévia não respeitarão a exigência do Código relativa à participação de, pelo menos, três entidades em sede de procedimento de consulta prévia, sob pena de se tratar de uma mera aparência de concorrência.

A questão dos preços base

Gostaria ainda de deixar um exemplo, para reflexão futura, daquilo que parece ser alguma tensão latente no novo Código entre o princípio da concorrência e as preocupações de transparência que também lhe estão subjacentes e que se refere à questão dos preços base. Não se trata de matéria consensual, mas a AdC tem-se batido por este tema, nomeadamente em sede da consulta pública que precedeu a aprovação do novo Código, pelo que me cumpre reiterá-la aqui.

O Código refere, *en passant*, mas em diversas ocasiões – e.g. no n.º 1 do artigo 47.º – que o preço base deve ser definido no caderno de encargos. Aliás, em bom rigor, o anterior código já o fazia.

É importante sublinhar que as Diretivas não estabelecem esta exigência de divulgação. Trata-se de uma idiossincrasia criada pelo legislador nacional.

Para este efeito, não nos estamos a referir à estimativa do valor do contrato para efeitos de determinação do procedimento de contratação adequado ou sequer às limitações orçamentais ou de realização de despesa da entidade adjudicante. Estamos simplesmente a aludir a um preço máximo, i.e. ao montante máximo que uma entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, incluindo eventuais renovações, tal como o conceito é definido no Código.

A pergunta que deixo para reflexão é a seguinte: alguma vez na vossa vida privada, quando porventura negociaram a compra de um serviço ou bem móvel ou imóvel, por ex. um carro ou uma casa, vos ocorreu revelar à cabeça ao potencial vendedor o preço máximo que estavam dispostos a pagar? «Olhe, fica a saber que eu disposto a pagar x por este serviço... e agora vamos lá negociar.»

A pergunta é naturalmente retórica, pois fazê-lo, com o devido respeito, desafia o bom senso.

A divulgação do preço base pode ter efeitos perversos de duas ordens.

Por um lado, pode servir como ponto focal para a coordenação tácita de comportamentos entre concorrentes. É mais provável que os preços propostos se situem em torno do preço base, mesmo na ausência de qualquer cartel. Aliás, existindo normalmente assimetrias de informação sobre os custos das empresas, é possível que o preço base esteja sobrestimado e que, conseqüentemente, as propostas não resultem tão competitivas quanto seriam na sua ausência.

Por outro lado, o preço base também contribui para facilitar esquemas de colusão expressa – vulgo, cartéis. O cartel recentemente detetado e

sancionado pela AdC, no âmbito de uma série de concursos de fornecimento de módulos pré-fabricados à Parque Escolar, constitui um exemplo eloquente disso mesmo. O cartel em causa recorria aos preços base como mecanismo de determinação do preço a licitar, através da denominada “regra dos € 1000”. As empresas que estavam “destinadas” a ganhar uma adjudicação licitavam, pelo menos, €1000 abaixo do preço base, enquanto as propostas ditas “sombra” ou fictícias se situavam €1000 acima. Ou seja, tratava-se de um cartel orquestrado e facilitado graças aos bons ofícios dos preços base...

Com isto não quero sugerir que os contraentes públicos tenham de adjudicar contratos a qualquer preço. Não deverão ter de o fazer se considerarem as propostas recebidas demasiado onerosas.

Mas porque não manterem, para o efeito, um preço máximo de reserva, que não seja objeto de divulgação nas peças concursais?

O preço base fixado e não divulgado poderia ser mantido selado na entidade adjudicante ou, alternativamente, disponibilizado em área reservada da plataforma eletrónica ou depositado junto de entidade pública terceira, sendo disponibilizado sendo o caso após a abertura das propostas.

Aliás, o mero conhecimento, por parte dos participantes no procedimento, de que existe um preço base, cujo valor exato desconhecem, com o risco inerente de eliminação da proposta que apresente preços superiores a esse valor contribuirá para introduzir disciplina adicional na estratégia de licitação, intensificando a concorrência pelo preço e levando, conseqüentemente, à apresentação de propostas mais competitivas.

Trata-se, de resto, de uma boa prática de governação em matéria de contratação pública, sendo nestes termos recomendada pelo Conselho da OCDE aos governos nacionais. A este título, a recomendação de 12 de Julho de 2012 do Conselho da OCDE, refere o seguinte: *“Recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se baseiam numa cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos. Esses preços [máximos] não devem ser publicados, antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública.”*¹

¹ <http://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.

Com esta provocação, termino a minha intervenção. Espero ter deixado algumas pistas para reflexão futura e desejável aprofundamento do princípio da concorrência na contratação pública, para maximização do bem-estar de todos.

Obrigada pela vossa atenção.

Lisboa, 5 de dezembro de 2017

Maria João Melícias