

Pronúncia da Autoridade da Concorrência à audição pública promovida pela ESPAP, relativa à Contratação Pública de serviços de comunicação de voz e dados

I. Enquadramento prévio

1. A eSPap submeteu a consulta pública um documento intitulado “Discussão estratégica: Contratação pública de serviços de comunicação de voz e dados”, para comentários até às 17:00 do dia 30 de maio de 2014.
2. Naquele documento, a eSPap explica pretender configurar “lotes de aquisição atendendo às especificidades da tipologia do serviço a prestar, procurando refletir, nas opções tomadas, uma maior abrangência da prestação dos serviços por forma a garantir uma maior cobertura das necessidades das entidades adquirentes”.
3. Uma das tipologias de serviços apresentada pela eSPap consiste num lote de “Serviços de comunicações unificadas (fixas e móveis)”, o qual tem uma abrangência nacional.
4. Está em causa uma eventual alteração de comportamento da Administração Pública que, até ao presente, tem promovido a aquisição em lotes separados de serviços de telecomunicações fixos e de serviços de telecomunicações móveis, e que pretende agora introduzir a possibilidade de aquisição agrupada de lotes de serviços de telecomunicações fixas e móveis.
5. Acresce que o documento de discussão estratégica prevê que o lote de serviços de comunicações unificadas tenha um âmbito nacional, deixando, por conseguinte, de existir uma segmentação geográfica para a componente de comunicações fixas.
6. Com o documento submetido a consulta pública, a eSPap considera ter seguido as recomendações da APRITEL, apresentadas no âmbito dos contributos à consulta pública relativa à preparação do primeiro quadro de serviços de comunicações de voz e dados em local fixo, indicando ainda estar “em linha com as novas diretivas propostas (que visam substituir a 2004/18/CE e 2004/17/CE) para o melhor acesso ao mercado por parte das PME e das empresas em fase de arranque”, incluindo “medidas concretas para eliminar os obstáculos ao acesso das PME ao mercado, designadamente a divisão em lotes”.
7. Sublinhe-se que, em 2004, a Autoridade da Concorrência (doravante designada como AdC) emitiu a Recomendação n.º 1/2004, relativa à aquisição de serviços de comunicações pela Administração Central do Estado. Nesta recomendação, a AdC reconhece que o Estado é um comprador importante de serviços de comunicações, com interesse numa redução de custos associados à aquisição dos referidos serviços. Nesse contexto, “o Estado pode contribuir para estruturar o mercado, através da legislação para aquisição de bens e serviços, e para promover a concorrência no sector das comunicações, fator crucial para aumentar a eficiência económica e melhorar a competitividade da economia nacional”.
8. Com o objetivo de o Estado dar uma contribuição efetiva para aumentar a concorrência no sector das comunicações, a AdC recomendou, como uma das orientações principais a seguir na aquisição de serviços de comunicações pela Administração Central do Estado, a

desagregação das propostas por lotes, de modo a maximizar o número de concorrentes para tipo de serviço (dando como exemplo, telefonia fixa, móvel, transmissão de dados, serviços de Internet e aluguer de circuitos).¹

9. Também a Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, vem dar apoio a que, sempre que tal seja possível, os contratos públicos sejam adjudicados em lotes, de modo a incentivar a participação de Pequenas e Médias Empresas (PME):²

“(78) Os contratos públicos deverão ser adaptados às necessidades das PME. As autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a aplicar o código de boas práticas constante do documento de trabalho dos serviços da Comissão, de 25 de junho de 2008, intitulado «Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos», que fornece diretrizes sobre a aplicação do enquadramento dos contratos públicos de uma forma que facilita a participação das PME. Para esse efeito, e para aumentar a concorrência, as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão. Esta divisão poderá ser feita numa base quantitativa, adaptando melhor a dimensão dos contratos individuais à capacidade das PME, ou numa base qualitativa, em função dos diferentes setores comerciais e de especializações envolvidos, adaptando mais estreitamente o conteúdo dos contratos individuais aos setores especializados de PME e/ou em função das diferentes fases subsequentes do projeto.

A dimensão e o objeto dos lotes deverão ser determinados livremente pela autoridade adjudicante que, de acordo com as regras aplicáveis em matéria de cálculo do valor estimado dos contratos públicos, deverá também ser autorizada a adjudicar alguns dos lotes sem aplicar os procedimentos da presente diretiva. A autoridade adjudicante deverá ter por obrigação considerar se convém dividir contratos em lotes, sem deixar de poder decidir livremente e de forma autónoma, com base em qualquer motivo que considere pertinente, e sem estar sujeita a controlo administrativo ou judicial. Sempre que a autoridade adjudicante decida que não convém dividir o contrato em lotes, o relatório individual ou os documentos do concurso deverão conter uma indicação das principais razões para a sua escolha. A autoridade adjudicante poderá, nomeadamente, considerar que essa divisão é suscetível de restringir a concorrência ou de tornar a execução do contrato excessivamente onerosa ou tecnicamente difícil, ou que a necessidade de coordenar os diferentes adjudicatários dos lotes poderá comprometer seriamente a correta execução do contrato.”

10. A Comissão Europeia, no código de boas práticas constante do documento de trabalho, de 25 de junho de 2008, intitulado “Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso

¹Disponível em:

http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Paraceres/Anexos-Recomendacoes/05_recomendacao1-2004.pdf.

² Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE, J.O.U.E. L 94, de 28.3.2014, p. 65. Nos termos do n.º 1 do artigo 90.º da mesma Diretiva, os Estados-membros devem adotar as necessárias medidas de transposição até 18 de abril de 2016.

das PME aos contratos públicos”³, refere-se à criação de “acordos quadro” com vários operadores, e não apenas com um fornecedor único como uma forma de promoção da intervenção das PMEs no mercado:

“Os processos de adjudicação de contratos públicos dão às entidades adjudicantes a possibilidade de celebrar um acordo-quadro com vários operadores económicos e de organizar «mini-concursos» abertos às partes no acordo-quadro à medida que as necessidades da entidade adjudicante vão efectivamente surgindo. Contrariamente aos concursos tradicionais, nos quais a entidade adjudicante solicita o fornecimento da totalidade dos bens para determinado período por um único fornecedor, o que pode favorecer as empresas maiores, o acordo-quadro pode dar às PME a possibilidade de concorrer em relação a contratos que estão em condições de executar. É o que acontece particularmente quando um acordo-quadro inclui um grande número de operadores económicos, estando ele próprio subdividido em lotes, ou quando os contratos baseados no acordo-quadro são adjudicados por lotes.

De qualquer modo, as entidades adjudicantes devem, sobretudo assegurando-se da proporcionalidade dos critérios de selecção, zelar por que as PME não sejam dissuadidas de participar, sabendo-se que estão muitas vezes convencidas de que a dimensão de um acordo-quadro as impede de participar e que o processo de apresentação de propostas é, nesse caso, mais complexo e demorado e de organizar”.

II. Avaliação de impacto concorrencial

11. A aquisição agrupada de serviços de comunicações fixas e móveis proposta pela eSPap põe em causa o princípio da neutralidade concorrencial da intervenção pública nos mercados, podendo introduzir uma “limitação do número ou variedade de fornecedores no mercado”, limitando “a certo tipo de fornecedores, a capacidade para a prestação de bens ou serviços no mercado”⁴, com impacto tanto no processo concursal como no submercado em que as empresas pré-seleccionadas no concurso público oferecem os seus serviços às entidades públicas.
12. Concretizando, são de destacar os seguintes impactos previsíveis na concorrência:
 - Diminuição do número de concorrentes nos serviços de telecomunicações fixas para a Administração Pública, na medida em que as entidades adjudicantes favoreçam as ofertas agrupadas, com impacto nos concursos para a celebração do Acordo Quadro e, posteriormente, nos procedimentos lançados nesse âmbito pelas entidades adjudicantes;
 - Eventual diminuição do grau de concorrência nos serviços de telecomunicações móveis para a Administração Pública, na medida em que o favorecimento dos operadores que conjuguem comunicações fixas e móveis possa conferir uma

³ Disponível em:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_pt.pdf.

⁴ Por referência à tabela de avaliação de impacto concorrencial de políticas públicas da OCDE. Ver *Guia de Avaliação de Concorrência – Volume I - Princípios*, OCDE, Paris, 2011, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf>.

posição privilegiada ao maior operador no mercado de serviços de comunicações fixas devido à cobertura nacional da respetiva rede, mesmo relativamente aos outros dois operadores integrados;

- Eventual exclusão do mercado de comunicações fixas empresariais de operadores de menor dimensão, na medida em que se verifique um efeito de encerramento do mercado de serviços de telecomunicações fixas para a Administração Pública a tais operadores como consequência do favorecimento de ofertas agrupadas;
- Eventuais efeitos coordenados resultantes da redução do número de operadores no segmento de ofertas agrupadas de comunicações fixas e móveis.

13. Estes impactos iriam incidir nos sectores de prestação de serviços de comunicações fixas e móveis no segmento empresarial sendo, em relação a estes sectores e de acordo com a prática decisória da AdC,⁵ de destacar os seguintes aspetos:

- Os serviços de comunicações móveis e fixas são distintos e são fornecidos em mercados com estruturas distintas, sendo ainda de desagregar a oferta empresarial, não residencial, da oferta residencial;
- Os serviços de comunicações fixas são distribuídos num mercado em que atuam mais do que 5 operadores, apesar da concentração de mercados remeter para uma posição significativa das três operadoras: Vodafone, Nos e Meo;
- A concorrência no fornecimento de serviços de comunicações fixas será maior nos mercados não residenciais, atendendo à presença de mais operadores no mercado;
- Os serviços de telecomunicações móveis são distribuídos num mercado em que atuam três operadores com licenças para a rede móvel, Nos, Vodafone e Meo, e três operadores móveis virtuais (MVNOs);
- Independentemente das alterações introduzidas em 2011 na regulação de acesso ao mercado de telecomunicações móveis, reconhece-se que a capacidade concorrencial dos MVNOs é limitada.⁶

14. Destes impactos sobre a concorrência pode resultar um conseqüente aumento de preços do mercado, diminuição da qualidade do serviço e entraves à inovação tecnológica.

15. Nos contactos que a AdC promoveu com os operadores de mercado, bem como com a eSPap, na preparação desta posição, foram discutidos potenciais impactos na concorrência,

⁵ Ver Decisão da AdC relativa à operação de Concentração Ccent. n.º 5/2013 (Kento*Unitel*Sonaecom/ZON*Optimus), de 26/08/2013, disponível em http://www.concorrenca.pt/FILES_TMP/2013_05_final_net.pdf.

⁶ Ver Decisão da AdC relativa à operação de Concentração Ccent n.º 5/2013, parágrafo 798: “Por outro lado, sem prejuízo da entrada no mercado por operadores virtuais ter sido facilitada pelas obrigações de acesso impostas ao abrigo do leilão multifaixa de 2011, a elevada penetração (superior a 100%) e os fortes efeitos de rede, potenciados por tarifários que discriminam entre os preços *on* e *off-net* e que prejudicam a capacidade concorrencial dos operadores de menor dimensão, tornam pouco credível que os operadores móveis virtuais, ativos ou futuros entrantes, e que estão mais focados em nichos de mercado, consigam alterar a dinâmica concorrencial do mercado.”



bem como eventuais vantagens da venda agrupada num lote unificado, tendo alguns operadores integrados (*i.e.*, a operar nos segmentos de comunicações fixas e móveis) referido que poderiam existir poupanças em termos de redução de custos de transação, ganhos em economias de escala e gama, e vantagens comerciais a transferir para as entidades adquirentes. Sublinhe-se que tais alegadas vantagens teriam, em primeiro lugar, de ser adequadamente comprovadas e, em segundo lugar, deveriam ser ponderadas face aos previsíveis impactos negativos na concorrência, acima mencionados.

16. Nem os operadores contactados nem a própria eSPap apresentaram à AdC dados concretos ou evidência sobre o funcionamento do mercado que permitissem uma avaliação rigorosa destes efeitos quanto a estas alegadas vantagens ou aos potenciais impactos sobre a concorrência atrás referidos.
17. Foi ainda considerada a possibilidade de realização de concursos em que se impusesse a apresentação simultânea de ofertas unificadas e de ofertas separadas pelos operadores integrados, impondo a estes que disponibilizassem condições de acessibilidade aos operadores que apenas estivessem em condições de concorrer com ofertas de comunicações fixas.
18. Novamente, não foram apresentados dados ou evidência do funcionamento do mercado que demonstrassem a eficiência, bem como eventuais incentivos económicos racionais para que operadores integrados que podem, num modelo como o proposto pela eSPap, fazer ofertas agregadas, se disponibilizassem a oferecer soluções economicamente eficientes de interligação a operadores não integrados. Dado que tais ofertas de interligação, ao viabilizar a participação de operadores não integrados, poderiam prejudicar comercialmente os operadores integrados, estes não dispõem de incentivos para a sua apresentação. Acresce que a racionalidade económica de tais ofertas estaria dependente da existência de economias de escala específicas a uma componente da operação, as quais não foram demonstradas.
19. No documento submetido a consulta pública, a eSPap indica que o acesso à aquisição do serviço unificado deve ser fundamentado pelas entidades adquirentes com base em “razões verificáveis de eficiência e operacionalidade, nos termos do Decreto-Lei n.º 107/2012 de 18 de maio”.
20. O diploma citado não refere, no entanto, no seu articulado, quaisquer parâmetros de eficiência e operacionalidade, indicando apenas um conjunto de elementos a avaliar, entre os quais o “desalinhamento possível entre os objetivos do projeto e os objetivos estratégicos” (n.º 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 107/2012).
21. A eSPap avança, no documento em apreço, um conjunto de fatores a ponderar na concretização de tais “razões verificáveis de eficiência e operacionalidade”:

“[D]evem as entidades adquirentes, em concordância com as características do seu serviço, das suas competências, da sua missão, perfil de atuação e objetivos, apresentar as vantagens decorrentes da operacionalização, no seu caso concreto, das funcionalidades das comunicações unificadas, de acordo, entre outras, com as que seguidamente se referem:



- Mobilidade dos colaboradores - justificando com a % de colaboradores que atualmente já usufruem de telefonia móvel e, desse grupo, quais aqueles que beneficiam, para efeitos operacionais, das características deste tipo de serviço;
 - Flexibilização do trabalho - aplicações atualmente em utilização com capacidades de instant messaging e conferência à distância que beneficiem dos serviços apenas oferecidos com esta tipologia de contratação e sua relevância para a missão da organização;
 - Reduções de cargas de trabalho de gestão e administração pela otimização da infraestrutura de comunicações.”
22. Tais fatores representam vantagens abstratas e não quantificadas, e são passíveis, de resto, numa interpretação mais liberal dos mesmos, de ser reunidos por qualquer entidade da Administração Pública. Acresce ainda que nada indica que tais vantagens não possam ser obtidas mediante soluções de integração compatíveis com a manutenção do atual quadro de segregação por lotes de comunicações fixas e móveis.
23. Face ao potencial impacto negativo na concorrência, com alteração da estrutura dos mercados e eventual exclusão de concorrentes, e atendendo em particular à dificuldade em reverter tal situação, a solução de ofertas unificadas deveria ser sujeita a uma avaliação de indispensabilidade e proporcionalidade para a prossecução do interesse público e do aproveitamento das economias identificadas.
24. Colocar-se-ia aqui, desde logo, a questão de saber se a admissibilidade de ofertas agrupadas é indispensável e proporcional à obtenção dos benefícios acima identificados e, assim sendo, em que medida esses benefícios compensam os eventuais impactos negativos na concorrência, ponderando ainda o prazo temporal de recuperação da concorrência num cenário de exclusão.
25. Face aos elementos disponíveis, não se afigura que tais requisitos em sede de avaliação de impacto concorrencial estejam preenchidos, atendendo em particular à possibilidade de manutenção do solução atual de ofertas desagregadas, existindo já a possibilidade de disponibilização excecional de ofertas unificadas, sujeitas a avaliação caso a caso.
26. A manutenção da oferta em lotes separados permitiria que no concurso para os serviços móveis seja integrado o aproveitamento de economias com o fornecimento do serviço fixo, e garantiria a manutenção da concorrência atual no concurso para os serviços fixos.

III. Conclusão

27. Tendo sido avançados, em especial pela eSPap, diferentes argumentos que podem, por razões de eficiência económica, alterar esta avaliação, considera a AdC que seria importante o aprofundamento desta matéria e que qualquer discussão estratégica sobre a introdução de um lote unificado de comunicações fixas e móveis deve ser precedida de um estudo que permita avaliar, concreta e fundamentadamente, as vantagens e desvantagens em causa, em consideração das preocupações concorrenciais subjacentes. Tal estudo deveria ter em conta o peso relativo das comunicações fixas e das comunicações móveis na Administração Pública, tanto mais que os principais efeitos negativos previsíveis em termos concorrenciais terão maior incidência no segmento de comunicações fixas, o qual



representa, segundo as indicações recolhidas junto dos operadores, a maior parcela da despesa da Administração Pública em matéria de aquisição de serviços de comunicações.

28. Atendendo ao exposto e ponderadas as posições que foram transmitidas à AdC pelos operadores bem como pela eSPap, a AdC conclui que não existem fundamentos que justifiquem uma alteração da posição adotada na Recomendação n.º 1/2004, em defesa da concorrência e da eficiência no mercado. Assim, a AdC entende que deve ser preservada a desagregação por lotes de forma a maximizar o número de concorrentes para cada tipo de serviço, não devendo, por conseguinte, ser introduzido um lote de comunicações unificadas.