

BENEFÍCIOS DA CONCORRÊNCIA PARA A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Margarida Matos Rosa¹

RESUMO

ABSTRACT

A promoção e a proteção da concorrência na contratação pública assumem particular relevância em contextos de recuperação económica e de inflação para maximização dos benefícios decorrentes da despesa pública. A AdC definiu e tem implementado uma estratégia de defesa e promoção da concorrência no âmbito dos contratos públicos. O plano estratégico de ação compreende, por um lado, o combate ao conluio na contratação pública e, por outro lado, a promoção da eficiência dos procedimentos. A atuação da AdC no que respeita à promoção da concorrência traduz-se em iniciativas de sensibilização das entidades adjudicantes, bem como em recomendações que visam promover a concorrência na contratação pública. Com igual importância, na vertente da defesa da concorrência, a AdC tem atuado de forma ativa contra práticas anticoncorrenciais, como os cartéis, que têm um impacto negativo no erário público e no bem-estar dos cidadãos. Neste âmbito, salienta-se também a importância da colaboração interinstitucional para promoção de uma contratação pública que oferece mais e melhor aos cidadãos.

¹ Presidente da Autoridade da Concorrência e Vice-Presidente da Rede Internacional de Concorrência. Anteriormente, exerceu funções na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), dirigindo o Departamento de Supervisão da Gestão do Investimento Coletivo. Durante vários anos, dedicou a sua carreira ao setor financeiro, tendo passado pelo BNP Paribas, Santander Investment e o UBS Bank. Licenciou-se em Economia na Université Catholique de Louvain (magna cum laude) e detém um Master in Public and International Affairs (MPA) na Princeton University.

1. A IMPORTÂNCIA DE UMA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EFICAZ

A contratação pública constitui uma parte significativa da atividade económica em Portugal, correspondendo a cerca de 10% do PIB e 20% da despesa pública¹.

No âmbito desta atividade, a concorrência desempenha um papel basilar para que a contratação pública possa alcançar o objetivo de “*value for money*”. É através da pressão concorrencial entre os participantes do concurso que a entidade pública pode obter benefícios como preços competitivos, maior inovação e melhor qualidade dos bens e serviços.

Para além do referido objetivo, um sistema de contratação pública eficaz possibilita a obtenção de uma multiplicidade de benefícios para a sociedade e para a economia como um todo. Entre estes benefícios mais amplos contam-se, designadamente, oportunidades para empresas emergentes, o desenvolvimento de políticas ambientais, de sustentabilidade social, da criação de infraestruturas, entre outros.

Numa outra perspetiva, sendo o setor público uma dimensão relevante da procura em determinados setores, tais como o da energia, dos transportes, da defesa, das tecnologias de informação ou da prestação de serviços de saúde, é ainda notória a sua importância para fomentar a competitividade – e, em consequência, a produtividade e inovação – nesses mercados².

A existência de um ambiente concorrencial é condição “*sine qua non*” da eficácia da contratação pública. Contudo, é condição que nem sempre se verifica. Em Portugal, a maioria dos contratos públicos é ainda realizada na sequência de ajuste direto e consulta prévia. No seu conjunto, representaram cerca de 76% do número de contratos públicos celebrados em 2021³. Comprometem-se, assim, os benefícios que poderiam ser alcançados caso se tivesse optado por procedimentos mais concorrenciais, tais como concursos públicos.

Por outro lado, mesmo com procedimentos concorrenciais, por vezes os resultados alcançados situam-se aquém do esperado, devido a limitações no desenho dos procedimentos concursais.

¹ Conforme dados da OCDE para 2020. Disponíveis em <https://doi.org/10.1787/888934258363>

² Comissão Europeia, Ficha Temática do Semestre Europeu – Contratos Públicos (2017), p. 1, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_pt.pdf

³ IMPIC (2021), [Workspace Síntese Mensal da Contratação Pública](#). Note-se que em valor, estes contratos representaram cerca de 32% do total.

Um outro fator prejudicial prende-se com a existência de práticas corruptivas e/ou anticoncorrenciais. Note-se que, pela sua complexidade, pela dimensão de fluxos financeiros que gera e ainda pela interação próxima entre entidades públicas e privadas que por vezes implica, a contratação pública revela especial vulnerabilidade a desperdícios financeiros, fraudes, corrupção e outras ilegalidades.⁴

Um sistema de contratação pública onde a concorrência é assegurada implica procedimentos mais participados que, por sua vez, tendem a resultar numa redução do preço a pagar pela entidade adjudicante⁵ e, conseqüentemente, numa redução da despesa pública⁶.

Compreende-se, assim, que a promoção e proteção da concorrência e da eficácia dos contratos públicos assumam particular relevância em contextos de crise económica, de inflação e de tensões nas cadeias de abastecimento – como aquele em que atualmente nos encontramos – que exigem uma melhor gestão da despesa pública e uma alocação eficiente de recursos.

2. ESTRATÉGIA DE PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Com vista a contribuir para uma recuperação económica ágil e resiliente, a Autoridade da Concorrência (AdC) definiu como uma das suas prioridades a implementação de uma contratação pública mais concorrencial⁷. Neste sentido, desenvolveu um plano estratégico de ação, que passa quer pelo combate ao conluio, quer pela promoção da eficiência dos procedimentos. Este plano estratégico tem vindo a ser executado através de iniciativas de *advocacy*, assim como pela atividade de *enforcement*.

⁴ OECD (2013), Public Procurement Review of the Mexican Institute of Social Security: Enhancing Efficiency and Integrity for Better Health Care, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, p.22. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264197480-en>.

⁵ Limi (2006) estima que um aumento de 1% no número de participantes diminui a proposta/preço de equilíbrio em cerca de 0,2% (v. Autoridade da Concorrência, Concorrência na Implementação da Estratégia de Recuperação Económica (2021), p. 6 <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/2021-Contributo-AdC-recuperacao-economica.pdf>).

⁶ Recorrendo a exemplo empírico, note-se que a introdução de procedimentos competitivos na contratação de equipamento médico duradouro nos EUA resultou numa redução de 47,2% da despesa, maioritariamente pela redução do preço em 44,8% (v. Autoridade da Concorrência, Concorrência na Implementação da Estratégia de Recuperação Económica (2021), p. 6 <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/2021-Contributo-AdC-recuperacao-economica.pdf>).

⁷ AdC (2022) Prioridades de política de concorrência para 2022. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/Prioridades%20de%20pol%C3%ADtica%20de%20concorr%C3%Aancia%202022.pdf>

A AdC lançou a estratégia de divulgação “Combate ao Conluio na Contratação Pública – Jogar Limpo Não é Segredo Para Ninguém”, no âmbito da qual encetou um conjunto de ações para a promoção da eficiência na contratação pública. Esta estratégia foca-se na sensibilização, quer para os benefícios da concorrência, visando torná-la num objetivo de todos os *stakeholders*, quer para os custos associados ao conluio, de forma a alinhar incentivos ao seu combate.

Concretamente, e para além da emissão e divulgação do “Guia de Boas Práticas no Combate ao Conluio na Contratação Pública”⁸, foram estabelecidos canais de comunicação próximos com as entidades adjudicantes, capacitando-as, essencialmente, nas duas dimensões de reação e de prevenção⁹.

Assim, por um lado, e como linha de reforço para a ação sancionatória da AdC, as entidades foram esclarecidas acerca do que é o conluio, os mecanismos através dos quais pode ser concretizado, os setores mais propícios a este tipo de comportamento e de que forma podem detetar indícios de colusão.

Note-se que o impacto desta estratégia se refletiu num aumento do número de denúncias recebidas relativas a indícios de conluio na contratação pública. Cerca de 80% dessas denúncias têm origem em entidades adjudicantes ou com poderes de monitorização e fiscalização na contratação pública, cobrindo a administração central, local e autónoma, bem como entidades reguladoras.

Por outro lado, a AdC tem procurado robustecer a capacidade das entidades para a prevenção de práticas colusivas e para a promoção da eficiência e da concorrência na contratação, designadamente através da otimização do desenho e monitorização de procedimentos que promovam a concorrência.

Esta sensibilização ganhou recentemente acrescida relevância no contexto da recuperação económica. Neste sentido, em junho de 2021, a AdC emitiu, no âmbito do seu Relatório “Concorrência na implementação da Estratégia de Recuperação Económica”, um conjunto de recomendações de promoção da concorrência e eficiência na contratação pública, que inclui: i) dar primazia a procedimentos concorrenciais; ii) evitar a previsibilidade dos procedimentos; iii) estabelecer requisitos e regras do procedimento objetivos e claros; iv) assegurar a neutralidade concorrencial e tecnológica no procedimento; v) fixar prazos adequados para a apresentação de propostas; vi) evitar estabelecer requisitos de qualificação restritivos e desnecessários; vii) alargar a

⁸ Cf. site da AdC em <https://www.concorrenca.pt/pt/combate-ao-conluio-na-contratacao-publica>.

⁹ Até junho de 2022, haviam sido realizadas perto de 60 sessões de capacitação das entidades públicas, nas quais participaram mais de 3300 profissionais.

participação no procedimento ao maior número de potenciais participantes possível, não excluindo potenciais participantes por não terem participado em outros procedimentos; viii) equacionar a divisão do procedimento em lotes, se necessário para promover a participação, tendo em consideração que a forma de divisão do contrato em lotes deve mitigar o risco de conluio; ix) reduzir os custos de elaboração de propostas incorridos pelos participantes; e x) estabelecer requisitos de desempenho e requisitos funcionais claros e objetivos.

Além destas ações de cariz geral, a AdC tem vindo, igualmente, a promover a concorrência na contratação pública a nível setorial. A título de exemplo, refiram-se as recomendações de boas práticas de concorrência no desenho de procedimentos para a atribuição de concessões, tendo em vista, particularmente, determinados setores. Um deles foi o setor da exploração publicitária de mobiliário urbano¹⁰, onde a AdC identificou um conjunto de aspetos que dificultam a participação de operadores de menor dimensão e de novos operadores nos concursos, tais como a longa duração dos contratos, a definição demasiado abrangente do contrato ou a manutenção e exploração publicitária de mobiliário urbano no mesmo contrato de exploração em exclusivo.

Também o setor da prestação de serviços portuários foi objeto de recomendações¹¹. Entre estas, destaca-se a recomendação de serem privilegiados novos procedimentos concursais em detrimento da renegociação de contratos de concessão, assim como o modelo de licenciamento em detrimento da atual atuação da administração portuária e a concessão, uma vez que o primeiro exerce uma maior pressão concorrencial exercida sobre cada prestador de serviços. Foi ainda recomendada uma redefinição do modelo de governação dos portos, considerando a AdC fundamental uma separação das atividades das administrações portuárias de regulação, administração e prestação de serviços e exploração de terminais portuários, de forma a mitigar o risco de conflitos de interesses entre estas.

O plano de ação da AdC envolve ainda uma significativa vertente de cooperação institucional. Tem particular relevância a atividade do Grupo Informal para a Inovação e Eficiência do Sistema Nacional de Compras Públicas, que se reúne com regularidade para partilha de experiências e perspetivas sobre a contratação pública. Além da AdC, integram o Grupo Informal a Entidade dos Serviços Partilhados da Administração Pública (eSPAP), o Tribunal de Contas (TdC), a Inspeção-

¹⁰ AdC (2020) - Recomendação de boas práticas no âmbito das concessões de exploração publicitária de mobiliário urbano. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos_e_decisoes/epr/2020/2020%2520-2520Recomenda%C3%A7%C3%A3o%2520de%2520boas%2520pr%C3%A1ticas%2520no%2520%C3%A2mbit o%2520das%2520concess%C3%B5es%2520de%2520explora%C3%A7%C3%A3o%2520publicit%C3%A1ria%25 20de%2520mobili%C3%A1rio%2520urbano.pdf

¹¹ AdC – Comunicado 21/2018. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/portos-adc-apresenta-tres-recomendacoes-ao-governo-e-administracoes-para-melhorar>

Geral de Finanças (IGF) e o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC).

3. A AÇÃO CONTRA PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A relevância do combate ao conluio prende-se com os efeitos nefastos que a prática provoca, já que introduz distorções no funcionamento do mercado, compromete a eficiência da alocação dos recursos económicos do Estado e afeta o erário público de forma significativa.

As estimativas conservadoras de sobrecustos dos cartéis vão desde 10 a 15% do valor contratual¹². Estes sobrecustos traduzem-se num desperdício, já que os montantes que o Estado gasta a mais, não vão poder ser utilizados para adquirir ou desenvolver outros bens e recursos essenciais.

Assim, esta prática não só impacta os contribuintes, que possivelmente verão como consequência um aumento da sua carga fiscal para compensar as perdas do Estado, como também prejudica o desenvolvimento económico-social e o bem-estar dos cidadãos.

Note-se ainda que, em Portugal, a relevância do combate ao conluio na contratação pública se revela também no facto de esta prática ser não só sancionável pelo direito da concorrência, mas também poder, em determinadas circunstâncias, ser sujeita a sanções criminais, ao abrigo do artigo 230.º do Código Penal. Isto, apesar de os cartéis que não atuem na contratação pública serem, ao abrigo da Lei da Concorrência portuguesa, infrações administrativas¹³.

Uma ameaça distinta à integridade da celebração de contratos públicos são as práticas de favoritismo e corrupção, sendo que estas últimas ocorrem, exemplificativamente, quando é estabelecido um acordo entre um dos concorrentes e um membro da entidade adjudicante, em que este manipula o processo de contratação a favor do primeiro, em troca de benefícios ilícitos. Mas também aqui a concorrência tem um papel a desempenhar.

Embora consistam em fenómenos distintos, a corrupção e a colusão alimentam-se e reforçam-se mutuamente¹⁴ e podem mesmo ocorrer em simultâneo. O ponto de interseção entre ambas situa-se

¹² Davies & Ormosi, 2016.

¹³ Cf. OECD Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement – Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies – Note by Portugal (2020). Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2020\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2020)21/en/pdf)

¹⁴ Compte et al (2005, RJE) refere que um potencial efeito da corrupção é o de facilitar mecanismos de colusão e mostra também que o efeito da corrupção pode ser bastante mais significativo do que somente a transferência de rendas (i.e., vantagem indevida/suborno) da entidade pública para o funcionário público ao induzir um aumento do preço que excede de forma significativa a vantagem indevida (i.e., o suborno).

geralmente no domínio da contratação pública. Isto porque, atente-se, a corrupção e a concorrência estão inversamente relacionadas. Baixos níveis de concorrência estão associados a altos níveis de corrupção¹⁵, enquanto que a presença de corrupção interfere negativamente sobre a concorrência do mercado¹⁶. Assim, ações de promoção da concorrência em concursos públicos terão um impacto direto na luta anticorrupção¹⁷, assim como medidas anticorrupção terão impacto na promoção da concorrência, devendo ser implementadas em complementaridade¹⁸.

Esta dicotomia é importante por uma outra razão. A prevenção da corrupção na contratação pública implica exigências de transparência, que por sua vez podem facilitar o conluio entre os concorrentes¹⁹ (v.g., transparência quanto à identidade e custos dos concorrentes ou quanto ao preço máximo do procedimento).

O conluio na contratação pública pode assumir formas muito diversas. Pode concretizar-se, designadamente, através de esquemas de rotatividade da proposta vencedora, de esquemas de repartição de mercados, da apresentação de propostas fictícias ou de cobertura com um preço mais elevado. Pode ainda ocorrer através da supressão de propostas, sendo que, como contrapartida pela facilitação da contratação da proposta da empresa pré-determinada, esta concorda em repartir os ganhos que vier a obter (v.g., pagamento de compensações pelo adjudicatário às restantes empresas em conluio), podendo subcontratar a(s) outra(s) ou, a partir de certa altura, ceder-lhes a sua posição contratual.

Com base no conhecimento destes mecanismos de conluio, é possível às entidades adjudicantes estarem atentas à identificação de padrões – de preço, geográficos, desistências, propostas conjuntas, propostas condicionadas, documentos apresentados –, que poderão constituir indícios de conluio, comunicando-os à Autoridade da Concorrência para investigação dos mesmos.

¹⁵ Bur Ades e Di Tella (1999, AER) mostram, recorrendo a dados de 1980/1990, que países com mais barreiras à entrada de empresas estrangeiras têm níveis de corrupção mais elevados. Burguet e Che (2004, RJE) mostram que a corrupção limita a concorrência entre preços e é responsável por alocações ineficientes.

¹⁶ Burguet e Che (2004, RJE) mostram que a corrupção limita a concorrência entre preços e é responsável por alocações ineficientes.

¹⁷ *“O modo mais eficaz para as autoridades da concorrência contribuírem para a resolução do problema da corrupção é através do foco na contratação pública”* (OCDE, 2014)

¹⁸ Ryvkin e Serra (2020, JEBO) mostram através de uma “experiência de laboratório” que a promoção de concorrência reduz a corrupção.

¹⁹ *“There may be a trade-off between controlling collusion and controlling corruption and political favouritism. It may be possible to control corruption and favouritism without full transparency by limiting disclosure to designated procurement-oversight agencies” – OECD, 2011 Competition and Procurement.* Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48315205.pdf>

Entre as decisões condenatórias mais recentes da AdC, inclui-se a condenação em março de 2020 de cinco empresas e cinco titulares de órgãos de administração e direção que constituíram um cartel na manutenção ferroviária²⁰ em concursos públicos lançados pela Infraestruturas de Portugal em 2014 e 2015. Os primeiros indícios foram detetados e reportados à AdC pelo Tribunal de Contas e a investigação resultou numa coima 3,4 milhões de euros.

As cinco empresas combinaram entre si deixar os concursos desertos para que fossem lançados novos concursos com preço base superior, tendo depois repartido o mercado no procedimento concursal seguinte, com o preço de adjudicação próximo do preço base.

Para além da coima, foi imposta a duas das empresas cartelistas uma sanção acessória de privação de participação em concursos públicos, inibindo-as de participar em procedimentos de contratação destinados exclusivamente à aquisição de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, durante um período de dois anos.

Mais recentemente, em julho de 2022, a AdC sancionou um cartel ativo na prestação de serviços de vigilância e segurança²¹. Em concursos públicos, desde 2009 até 2020, as empresas repartiram entre si clientes – que incluíam hospitais, universidades, ministérios, agências públicas e câmaras municipais – e fixaram os níveis de preços dos serviços a prestar.

Neste caso, as empresas mantiveram um acordo secreto a partir do qual combinaram a apresentação de propostas fictícias, a supressão de propostas ou até mesmo a exclusão de participação nos procedimentos, para garantirem a contratação da empresa escolhida entre elas.

O cartel foi condenado ao pagamento de uma coima num total de 41 milhões de euros. Foi ainda aplicada uma sanção acessória que exclui as empresas envolvidas – com exceção da empresa abrangida pelo programa de clemência – da participação em procedimentos de contratação pública destinados à aquisição de serviços de vigilância e segurança humana, isolados ou em combinação com outros serviços, em todo ou em parte do território nacional, por um período de seis meses.

Outros cartéis na contratação pública foram ainda sancionados em anos recentes, tais como os que constam do quadro seguinte.

²⁰ AdC – Comunicado 02/2020. Disponível em: [AdC conclui processos contra empresas de manutenção ferroviária com uma coima total de €3,4 M e inibição de participação em concursos públicos | Autoridade da Concorrência \(concorrenca.pt\)](#)

²¹ AdC – Comunicado 13/2022. Disponível em: [AdC sanciona sete empresas por participação em cartel em concursos públicos no setor da vigilância e segurança | Autoridade da Concorrência \(concorrenca.pt\)](#)

Casos de conluio com impacto no erário público	Setor	Origem do processo	Data da decisão	Sanção
Serviços de Telerradiologia	Saúde	Denúncia	2022-09-30	€ 202,3 mil
Segurança e Vigilância	Comércio & Serviços	Denúncia por parte de entidades adjudicantes	2022-07-13	€ 41,3 milhões e inibição de participação em concursos públicos
Serviços hospitalares	Saúde	Denúncia	2022-07-01	€ 191 milhões
Manutenção Ferroviária	Transportes & infraestruturas	Entidade Comunicante	2020-03-04	€ 3,4 milhões e inibição de participação em concursos públicos
Módulos Pré-Fabricados	Construção Ensino	Clemência	2015-08-10	€ 831 mil

Ainda na atuação da AdC contra as práticas de conluio na contratação pública, importa destacar o desenvolvimento de ferramentas de deteção por iniciativa da AdC.

Em 2017, a AdC assinou um Protocolo com o IMPIC, que permite o acesso direto e permanente ao portal BASE – base de dados eletrónica que contém a totalidade dos procedimentos tramitados na plataforma de contratação pública. A AdC utiliza esta plataforma para recolha de informação, despiste ou alargamento do escopo de análise dos indícios de práticas restritivas da concorrência reportados em cada uma das denúncias recebidas.

O acesso a esta base de dados é importante para uma luta eficaz contra os cartéis, podendo a informação recolhida sustentar uma decisão de início de uma investigação, bem como fundamentar um requerimento de mandado judicial para realização de diligências de busca e apreensão.

Através da combinação de diferentes estratégias de detecção, a AdC tem, assim, atingido um reforço da sua investigação no que diz respeito ao conluio na contratação pública, em especial nas áreas que representam maior despesa pública.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A salvaguarda do princípio da concorrência na contratação pública é especialmente importante pela função estratégica que esta atividade pode ter na economia e na sociedade.

Este papel é reforçado pela importância de ser maximizado o impacto da despesa pública para a recuperação económica, num contexto de inflação.

A política da concorrência reveste um papel essencial na mitigação dos riscos de práticas que comprometem a integridade nos contratos públicos. Além disso, é fundamental a implementação de medidas que atenuem as condições de mercado que facilitam o conluio, v.g. no sentido de diminuir as barreiras à entrada nos mercados, viabilizando um maior número de concorrentes.

A AdC tem assumido um papel ativo na promoção da concorrência e combate ao conluio na contratação pública. O trabalho conjunto com outras instituições tem permitido reforçar um ecossistema institucional promotor de uma contratação pública que oferece mais e melhor aos cidadãos.

