

A regulação do mercado da contratação pública

[publicado na *Revista de Contratos Públicos* (Belo Horizonte), n.º 3, 2013, 201-208]

Pedro Costa Gonçalves

É sabido que o Estado e as administrações públicas recorrem ao mercado para efetuarem compras com a finalidade imediata da obtenção dos meios necessários ao desempenho das respetivas missões. Em muitos casos, a esta finalidade imediata acresce a procura de realização de finalidades secundárias, já não diretamente relacionadas com os benefícios das prestações contratuais, mas com o contexto da celebração do contrato. A contratação pública pode, portanto, representar uma oportunidade para o Estado desenvolver finalidades políticas (em sentido lato), cruzando-se, assim, as facetas do Estado Contratante e do Estado Regulador. A procura pública pode efetivamente surgir como instrumento de regulação, no quadro da implementação das designadas políticas secundárias ou, como alguns preferem, políticas horizontais (v.g., prossecução de objetivos sociais, ambientais, de proteção das pequenas e médias empresas) ⁽¹⁾. A doutrina alude, neste contexto, a um uso estratégico da contratação pública. Esta revela-se uma dimensão das interseções entre contratação pública e regulação pública. Uma outra correlação entre ambos os termos ocorre na compreensão da regulação pública como uma espécie de contrato implícito entre regulador e regulados (“regulação *como* contrato”). A esses casos de *interplay* entre regulação e contrato podemos acrescentar os

1

¹ Aludindo, a este respeito, ao uso instrumental da contratação pública, cf. P. Trepte, *Regulating procurement*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 133 e segs. Neste mesmo sentido, sobre o fenómeno que se traduz em participar no mercado “but *regulating it at the same time*”, cf., com grande interesse para a compreensão deste tema, C. McCrudden, *Buying social justice — equality, government procurement, & legal change*, Oxford, Oxford University Press, 2007. No direito europeu, suscita controvérsia a questão de, na contratação pública, se prosseguirem finalidades públicas não relacionadas com o contrato em questão — embora se admita a consideração de objetivos sociais e ambientais (cf., sobre o assunto, S. Arrowsmith/P. Kunzlik, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009). Neste ponto, a situação europeia contrasta com a norte-americana, onde está generalizado um uso do “procurement for political goals”; cf. A. C. L. Davies, *The public law of government contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 60. Em Portugal, sobre as designadas *políticas secundárias*, cf. Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos (um Olhar Português)*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 56 e segs.

que decorrem de o contrato se apresentar como um instrumento de desenho e de fixação da regulação (regulação por contrato) ⁽²⁾.

Sem descurar a importância prática e dogmática de todas as situações expostas, interessa-nos agora chamar a atenção para uma outra manifestação das interseções entre regulação e contratação pública. Trata-se agora de perspetivar a contratação pública como um mercado, quer dizer, um local em que se encontram a demanda (procura) e a oferta de bens e de serviços. Sobretudo por razões ligadas ao estatuto dos agentes que nele atuam do lado da demanda (Administração Pública em sentido lato), trata-se de um mercado que carece de regulação.

Analisemos de forma mais pormenorizada o sentido e o âmbito da regulação (do mercado) da contratação pública.

Em geral, a alusão à regulação da contratação pública envolve dois aspetos:

(i) Por um lado, a regulação normativa ou regulamentação dos procedimentos de contratação ou de licitação, que corresponde a um sistema completo de normas de direito administrativo que disciplina a adjudicação de contratos e a escolha de cocontratantes da Administração Pública (“direito da contratação pública”).

Este primeiro segmento de regulação apresenta sobretudo um perfil normativo, assenta na estipulação de princípios gerais de direito (v.g., princípios da concorrência, da igualdade, da transparência), bem como na formulação de regras jurídicas de carácter legislativa e administrativa destinados, uns e outras, a orientar as condutas das entidades adjudicantes. Por força deste sistema normativo, que forma o direito da contratação pública, a “função administrativa de compras públicas” surge como atividade pública regulada, sobretudo em vista da concretização da igualdade do acesso à contratação e, já no âmbito do procedimento, da igualdade do tratamento dos agentes económicos (“igualdade concorrencial”: *Wettbewerbsgleichheit* ⁽³⁾).

Está aqui envolvida uma regulação normativa típica do Direito Administrativo clássico, voltada para entidades da Administração e que se destina a disciplinar a ação destas nas suas relações com terceiros.

(ii) Por outro lado, a regulação jurídica dos operadores económicos que participam nos procedimentos ou mercados de contratação pública, desde a respetiva

² Em geral, sobre as interseções entre regulação pública e contrato público, *cf.*, da nossa autoria, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra Editora (CEDIPRE), 2013, p. 119 e segs..

³ Sobre a concorrência como um valor jurídico-constitucional, com dimensões no plano da igualdade e da liberdade, *cf.* Walter LEISNER, *Wettbewerb als Verfassungsprinzip*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, *passim*.

admissão até à eventual exclusão, passando pela possibilidade de aplicação de sanções aos agentes económicos infratores.

Este segundo segmento, além da dimensão normativa, conhece já um momento aplicativo, com a adoção de medidas e de decisões que atingem os agentes económicos envolvidos: exclusão do procedimento, ordenação da proposta, adjudicação, não adjudicação, aplicação de sanções.

Precisamente por existir, no segundo cenário, um momento aplicativo (de tomada de decisões concretas, em aplicação das leis e dos regulamentos), podemos identificar as instâncias com função de regulação, que são, por um lado, a entidade administrativa responsável pelo procedimento de licitação e cujos órgãos praticam muitos dos atos acima referidos, e, por outro lado, o Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica – dois institutos públicos da administração indireta do Estado –, quanto à aplicação de sanções aos agentes económicos, e ainda a Autoridade da Concorrência, à qual são comunicados todos os atos e práticas dos referidos agentes económicos que sejam suscetíveis de falsear as regras de concorrência ⁽⁴⁾.

⁴ Embora a legislação dos contratos públicos nada estabeleça sobre o assunto, convém recordar que há ainda outros atores da contratação pública cuja atividade carece de regulação: eis o caso das entidades gestoras de plataformas eletrónicas, que atuam de forma praticamente desregulada num mercado de prestação de serviços essenciais para o funcionamento eletrónico dos procedimentos de contratação.

A opção legislativa no sentido da *desmaterialização dos procedimentos de contratação pública* determinou o aparecimento de novos atores na área da contratação pública: as *entidades gestoras de plataformas eletrónicas*.

Trata-se de entidades privadas (em regra, sociedades comerciais) que prestam às entidades adjudicantes o serviço de disponibilização de plataformas eletrónicas. Apesar de as entidades adjudicantes poderem desenvolver plataformas próprias, o modelo de “contracting out” impôs-se com alguma naturalidade neste setor. As entidades gestoras de plataformas eletrónicas surgem assim como organismos contratados, que têm de estar certificadas por uma “entidade supervisora” (função confiada ao CEGER, Centro de Gestão da Rede Informática do Governo), e de designar um “auditor de segurança”, com a responsabilidade de atestar a conformidade da plataforma eletrónica com as exigências legais e regulamentares.

Apesar de não intervir no procedimento de formação de contratos públicos *enquanto entidade autónoma*, a entidade gestora da plataforma eletrónica é responsável pela condução técnica do sistema e pelas aplicações informáticas necessárias ao funcionamento das formalidades eletrónicas.

Os interessados, candidatos e concorrentes têm o direito de acesso à plataforma eletrónica sem custos, estando previsto que a entidade gestora da plataforma eletrónica não pode cobrar nenhuma quantia pelo acesso ao sistema de contratação eletrónico disponibilizado na plataforma eletrónica e para a utilização das funcionalidades estritamente necessárias à realização de um procedimento de formação de um contrato público total e completo – isto não significa, porém, que toda a forma de participação seja gratuita, pois há custos relacionados com a *assinatura eletrónica* dos documentos e respetiva certificação digital, desde logo quanto à apresentação de candidaturas ou de propostas; por outro lado, o acesso às peças do procedimento também pode estar dependente do pagamento de um preço adequado.

Neste âmbito, “regulados” são os agentes económicos, quer dizer, as empresas e as pessoas singulares que participam em procedimentos de contratação pública, do lado da oferta. Na verdade, a regulação do mercado da contratação – que disciplina, em termos concretos, o acesso ao mercado, isto é, aos procedimentos de contratação, bem como as condutas dos agentes nesse mercado – incide efetivamente apenas sobre os agentes económicos.

O modelo em vigor mostra-nos, pois, uma regulação assimétrica do mercado da contratação pública: a regulação incide sobre os protagonistas da oferta, mas revela-se apenas normativa em relação aos protagonistas da procura (as entidades adjudicantes) e quase não existe em relação a outros atores com intervenção relevante no setor.

Quanto à ausência de regulação (aplicativa) que incida sobre as entidades públicas adjudicantes, é certo que pode dizer-se que existe um controlo *ex post*, do Tribunal de Contas e dos tribunais administrativos. Além disso, pode acrescentar-se, o que, em relação a essas entidades, sucede no domínio da contratação pública é equivalente ao que ocorre em geral em todas as áreas da respetiva intervenção, a qual se pauta por regras jurídicas (de direito administrativo) e não por uma regulação aplicada no terreno.

Percecionamos contudo uma particularidade da atuação da Administração Pública no domínio da contratação pública: trata-se de uma atuação que, embora reconduzida aos modelos típicos das formas de atuação administrativa unilateral e de autoridade (v.g., regulamento e ato administrativo), evidencia, em termos reais, um claro recorte económico, próprio de uma atuação de mercado. De facto, a compra de bens e produtos no mercado constitui, por força da natureza das coisas, um momento de intervenção no mercado e de contacto com os agentes que aí oferecem bens e prestam serviços. Mais: cada procedimento de adjudicação ou de licitação que uma entidade pública inicia corresponde, de certo modo, à criação de um mercado, em que há um determinado bem em disputa (o contrato a celebrar) e um conjunto, mais ou menos amplo, de agentes em competição por aquele bem.

Além disso, e referimo-nos agora a um aspeto central, a *função de compras públicas* é exercida por todo o universo da Administração Pública (“entidades adjudicantes”), uma vez que todas as entidades administrativas carecem de bens e de serviços para desenvolver as suas missões e competências.

Ora, esta função de segunda linha, instrumental ou auxiliar assume, do ponto de vista económico, um relevo decisivo, uma vez que corresponde a uma parte significativa do gasto público.

Neste contexto, afigura-se-nos conveniente refletir sobre a instituição de uma regulação do Estado Contratante, servida por agentes profissionais, a qual cumpriria o objetivo de esclarecimento e de orientação das condutas das entidades adjudicantes no sentido da adoção das melhores práticas, quer no campo da integridade e da ética na contratação, quer no domínio das melhorias na própria função de compra (qualidade, criatividade, inovação, etc.). O papel de consulta e de pedagogia sobre os modelos adequados de contratação e sobre as soluções concretas a adotar seria fundamental para muitos organismos da Administração Pública (v. g., municípios), tantas vezes aliciados para a opção por contratos mais sofisticadas que não sabem negociar e que, depois, não sabem gerir ⁽⁵⁾.

Na nossa compreensão, uma instância reguladora da contratação pública deveria concentrar a função de regulação de todo o setor económico da contratação pública, pelo que os regulados deveriam ser, claro, os operadores económicos (sobretudo no domínio da aplicação de sanções), bem como outros atores do setor (entidades gestoras de plataformas eletrónicas), mas também as entidades adjudicantes: em relação a estas, a instância reguladora teria, pelo menos, poderes de recomendação, de aconselhamento, bem como de supervisão, no sentido de se garantir a observância da lei e dos princípios da contratação pública. Seria também responsável pela gestão do portal dos contratos públicos. Na condição de “ponto de contacto”, teria a incumbência de cooperar com organismos da União Europeia (v. g., na elaboração de relatórios estatísticos e no cumprimento de outras obrigações de informação). Além disso, responsabilizar-se-ia pelo acompanhamento das práticas internacionais em matéria de contratação e teria a função de propor soluções legislativas e regulamentares nesta área. Poderia porventura pensar-se inclusivamente na instituição de uma câmara de arbitragem a funcionar sob a responsabilidade desta instância de regulação (eventualmente impondo às entidades

⁵ Nos EUA, em relação aos perigos das concessões municipais e à conveniência de as minutas dos contratos serem revistas por um organismo público independente, cf. J. ZIEGLER, “The dangers of municipal concession contracts: a new vehicle to improve accountability and transparency”, *PCLJ*, vol. 40, 2, 2011, pp. 571 e segs. – o Autor formula propostas no sentido indicado depois de considerar que os governos locais ao longo do País “are legally ill-equipped to enter into high-value, long-term concession contracts” (p. 573).

adjudicantes a adesão a esse sistema para a resolução de conflitos no domínio da contratação).

A criação de uma instância reguladora no domínio da contratação pública seria uma solução bem-vinda no direito português. Em Itália, a *Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture* corresponde, em linhas gerais, ao modelo que aqui se preconiza ⁽⁶⁾.

Por outro lado, desde 2012, o Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., já assume uma parte importante da “regulação da contratação pública”. Estabelece-se em diploma legal que cabe a esse instituto público, no domínio da contratação pública: a) apresentar ao Governo projetos legislativos e regulamentares relacionados com os contratos públicos e dar parecer sobre quaisquer outros projetos legislativos que, neste âmbito, lhe sejam submetidos; b) dar parecer sobre projetos de transposição de diretivas europeias relativas a contratos públicos, assim como desenvolver ou participar na elaboração de projetos legislativos de adequação da legislação nacional aos princípios europeus; c) assegurar a representação nacional, em matéria de contratos públicos, junto das instâncias europeias e internacionais relevantes; d) instaurar processos de contraordenação e aplicar coimas por infração ao Código dos Contratos Públicos, quando o objeto do contrato abranja prestações típicas dos contratos de empreitada ou de concessões de obras públicas; e) gerir o portal dos contratos públicos; f) gerir o Observatório das Obras Públicas; g) elaborar e remeter anualmente à Comissão Europeia relatórios estatísticos relativos aos contratos de empreitada de obras públicas celebrados pelas entidades adjudicantes no ano anterior. O caminho para a autonomização de uma função de regulação da contratação pública já começou a ser percorrido. Importa continuar, com o intuito de chegar mais longe e, sobretudo, de alcançar melhorias económicas e de qualidade, no ambiente de uma contratação pública pautada por critérios éticos e de integridade.

As atuais diretivas europeias da contratação pública, num preceito com a epígrafe “mecanismo de acompanhamento”, estipulam que, em vista de garantir a aplicação das diretivas por meio de mecanismos eficazes, abertos e transparentes, os Estados-Membros podem designar ou estabelecer um órgão independente (cf. artigos 72.º da Diretiva 2004/17/CE e 81.º da Diretiva 2004/18/CE). Recentemente, a proposta

⁶ Sobre esta entidade, cf. S. PIGNATARO, *L'Authority di vigilanza nel codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

de Diretiva relativa aos Contratos Públicos, de revisão das diretivas de 2004 ⁽⁷⁾, acolhia um artigo (84.º) – inserido num título designado *Governança* – com a epígrafe *fiscalização pública* ⁽⁸⁾. Vários Estados reagiram contra o teor desse preceito, alegando que o mesmo violava o princípio da subsidiariedade, ao impor aos Estados-Membros um modelo obrigatório de organização de uma função administrativa. Assim, o preceito foi abolido, o que, naturalmente, não significa que o direito português não possa adotar a solução ali pensada, por exemplo, através do reforço dos atuais poderes de regulação da contratação pública confiados ao Instituto da Construção e do Imobiliário.

⁷ Proposta apresentada em 20/12/2011: COM(2011) 896 final.

⁸ Transcrevem-se a seguir alguns excertos desse preceito: “Os Estados-Membros nomeiam um único organismo independente responsável pela fiscalização e coordenação das atividades de execução (a seguir designado «organismo de fiscalização»”. “Todas as autoridades adjudicantes estão sujeitas a essa fiscalização”. “O organismo de fiscalização é responsável pelas seguintes funções: (a) acompanhar a aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos e práticas conexas pelas autoridades adjudicantes, em especial pelas centrais de compras; (b) fornecer aconselhamento jurídico às autoridades adjudicantes sobre a interpretação das regras e dos princípios de adjudicação de contratos públicos e sobre a sua aplicação em casos específicos; (c) emitir pareceres de iniciativa e orientações sobre questões de interesse geral relacionadas com a interpretação e a aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos, sobre questões recorrentes e sobre dificuldades sistémicas relacionadas com a aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos, à luz das disposições da presente Diretiva e da jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia; (d) estabelecer e aplicar sistemas abrangentes de indicadores de alerta que possam ser acionados com vista a prevenir, detetar e comunicar adequadamente os casos de fraude, corrupção, conflitos de interesses e outras irregularidades graves no domínio dos contratos públicos; (e) chamar a atenção das instituições nacionais competentes, incluindo as autoridades de auditoria, para violações específicas detetadas e para problemas sistémicos; (f) analisar queixas de cidadãos e empresas sobre a aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos em casos específicos e transmitir a análise às autoridades adjudicantes competentes, que serão obrigadas a tê-la em conta nas suas decisões ou, nos casos em que a análise não seja seguida, a explicar as razões para tal”. “Os Estados Membros conferem poderes ao organismo de fiscalização para recorrer ao tribunal competente, nos termos do direito nacional, para a interposição de recursos contra as decisões das autoridades adjudicantes, relativamente a uma violação detetada no decurso da sua atividade de acompanhamento e de aconselhamento jurídico”.