



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Fernando José Oliveira Silva

A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

MODELO PARA UMA AUTORIDADE REGULADORA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves.

Coimbra, 2015

AGRADECIMENTOS

À Ilda, à Beatriz e ao Gonçalo,

À minha mãe Teresa.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo uma reflexão sobre a importância da regulação dos contratos públicos enquanto instrumento de realização dos princípios da prossecução do interesse público e da concorrência.

O estudo parte da análise da situação presente, em matéria de governação dos contratos públicos, aflorando o estado da arte em Portugal, na União Europeia e noutras partes do Mundo, detendo-se, no final, sobre uma proposta concreta, e realista, de modelo de autoridade reguladora para os contratos públicos, em linha, diga-se, com o defendido pela Comissão Europeia.

Pelo meio fica uma análise - embora breve - à teoria e à prática da regulação económica, debruçando-se, em particular, sobre as autoridades reguladoras nacionais e os poderes de que as mesmas, efetivamente, dispõem, tendo em conta, designadamente, a nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes.

PALAVRAS-CHAVE

Contratação pública; contratos públicos; concorrência; regulação; regulação pública; regulação económica; regulação dos contratos públicos; autoridades reguladoras; autoridades reguladoras independentes.

ABSTRACT

This dissertation aims to reflect on the importance of regulation of public procurement as a tool to achieve the principles of the public interest and competition.

The study begins by analyzing the current situation in the governance of public procurement, evaluating the state of the art in Portugal, in the European Union and elsewhere in the world, holding at the end, on a concrete proposal, and realistic, about a regulatory authority for public procurement model, in line with the one advocated by the European Commission.

The middle is an analysis - albeit brief – about the theory and practice of economic regulation, addressing in particular the national regulatory authorities and the powers that they effectively have, taking into account, in particular, the new Fundamental Law on Independent Regulatory Authorities.

KEY WORDS

Procurement; public procurement; competition; regulation; public regulation; economic regulation; regulation of public procurement; regulatory authorities; independent regulatory authorities.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACM - Autoriteit Consument & Markt

AdC – Autoridade da Concorrência

AMA - Agência para a Modernização Administrativa

AMT - Autoridade da Mobilidade e Transportes

ANAC - Autoridade Nacional da Aviação Civil (Portugal)

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione (Itália)

ANACOM - Autoridade Nacional de Comunicações

ANCOM - Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații

ANCP - Agência Nacional de Compras Públicas (Portugal)

ANCP – CCE - Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

ANKO - Auftragnehmerkataster Österreich

ANMP - Associação Nacional de Municípios Portugueses

APPC – Associação Portuguesa de Projetistas e Consultores

ARAP - Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas de Cabo Verde

ARC - Act against Restraints of Competition

ARI – Autoridades Reguladoras Independentes

ASAE - Autoridade de Segurança Alimentar e Económica

ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões

AVCP - Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici

BCE – Banco Central Europeu

BKA-VD – Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst

BMWi - Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

BVA – Bundesvergabeamt

BP – Banco de Portugal

CEE – Comunidade Económica Europeia

CEGER - Centro de Gestão da Rede Informática do Governo

CCP – Código dos Contratos Públicos

CFR - Code of Federal Regulations

CGR - Contraloría General de la República

CMVM - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CPC – Conselho de Prevenção da Corrupção
CPPN - Commonwealth Public Procurement Network
CPV - Vocabulário Comum para os Contratos Públicos
CRC - Comissão de Resolução de Conflitos
CRP – Constituição da República Portuguesa
DAJ - Direction des Affaires Juridiques
DGC – Direção-Geral do Consumidor
DGO – Direção-Geral do Orçamento
DGPE – Direção-Geral do Património do Estado
ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social
ERI – Entidades Reguladoras Independentes
ERS – Entidade Reguladora da Saúde
ERSAR - Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e dos Resíduos
ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
ESPAP – Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública
EUA – Estados Unidos da América
FAR-Federal Acquisition Regulation
FMI – Fundo Monetário Internacional
GERAP - Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública
GNS – Gabinete Nacional de Segurança
GPPB - Government Procurement Policy Board
I&D – Investigação e Desenvolvimento
IDEFF – Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
IGAE - Intervención General de la Administración del Estado
IGF – Inspeção-Geral de Finanças
IGFSS – Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social
IMOPPI – Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário
IMPIC – Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção
IMT - Instituto da Mobilidade e dos Transportes
INAC - Instituto Nacional de Aviação Civil

InCI – Instituto da Construção e do Imobiliário
INCM - Imprensa Nacional-Casa da Moeda
INE – Instituto Nacional de Estatística
INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde
JCCAЕ - Junta Consultiva da Contratação Administrativa do Estado
KNAB - Korupcijas Novēršanas un Apkarošanas Birojs
KONEPS - Korea ON-line E-Procurement System
LKPP - Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah
LNEC – Laboratório Nacional de Engenharia Civil
MOPTC – Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações
NIK - Najwyższa Izba Kontroli
NPS - National Procurement Service
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development
OFPP - Office of Federal Procurement Policy
OGC - Office of Government Commerce
OGP - Office of Government Procurement
OMB - Office of Management and Budget
OOP – Observatório das Obras Públicas
PAEF - Programa de Assistência Económica e Financeira
PCM - Presidenza del Consiglio dei Ministri
PIANOo - Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor
Overheidsopdrachtgevers
PMB - Procurement Monitoring Bureau
PME – Pequenas e Médias Empresas
PPA - Public Procurement Authority
PPP – Parcerias Público-Privadas
PPPO - Public Procurement Policy Office
PPS - Public Procurement Service
SCI – Sistema de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado
SECOP - Sistema Electrónico de Contratación Pública
SIEG - Serviços de interesse económico geral

SNCP - Sistema Nacional de Compras Públicas

SPP - Swiss-Ghana Sustainable Public Procurement Project

UE – União Europeia

UGA – Unidade de Gestão de Aquisição

UMC – Unidade Ministerial de Compras

UMIC - Agência para a Sociedade do Conhecimento

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – Análise conceptual de “regulação”	17
1. Conceito de regulação	17
2. Poderes de regulação	20
2.1. Poder normativo e regulamentar	21
2.2. Poder de regulação económica <i>strictu sensu</i>	22
2.2.1. Acesso a uma atividade económica	22
2.2.2. Fixação de taxas, tarifas e preços	25
2.3. Poder de monitorização e de produção de informação estatística	26
2.4. Poder consultivo	27
2.5. Poder de inspeção e fiscalização	29
2.6. Poder sancionatório	30
2.7. Poder em matéria de defesa do consumidor	32
2.7.1. Conselho Consultivo	32
2.7.2. Análise e tratamento de queixas e reclamações	34
2.7.3. Análise da qualidade do serviço prestado	35
2.8. Poder em matéria de resolução extrajudicial de conflitos	36
3. Modalidades de regulação	38
4. A regulação dos contratos públicos e a regulação dos serviços de interesse económico geral	42
5. A regulação dos contratos públicos e a regulação da concorrência	45
CAPÍTULO II – A regulação dos contratos públicos em Portugal	49
1. Legislação portuguesa sobre contratos públicos	49
2. Competências de regulação, supervisão e fiscalização nos regimes jurídicos de contratos públicos	53
2.1. Obrigações estatísticas	53
2.2. Mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos	54
2.3. O Código dos Contratos Públicos	55

2.3.1. O Portal dos Contratos Públicos	56
2.3.2. O Observatório das Obras Públicas	60
2.3.3. A Comissão de Acompanhamento do CCP	61
2.3.4. O Regime Sancionatório do CCP	62
2.3.5. A supervisão das plataformas eletrónicas de contratação pública	64
3. Competências de regulação, supervisão e fiscalização noutros regimes jurídicos	66
3.1. O Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC) e os institutos que o antecederam	66
3.2. A Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP) e os organismos que a antecederam	69
3.3. O Sistema Nacional de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado (SCI)	72
3.4. O Tribunal de Contas	74
3.5. O Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC)	75
CAPÍTULO III – A regulação dos contratos públicos na Europa e no Mundo	77
1. A regulação dos contratos públicos na Europa	77
1.1. Análise por Estado membro da União Europeia	77
1.1.1. Alemanha	78
1.1.2. Áustria	79
1.1.3. Bélgica	80
1.1.4. Bulgária	81
1.1.5. Chipre	82
1.1.6. Croácia	82
1.1.7. Dinamarca	83
1.1.8. Eslováquia	83
1.1.9. Eslovénia	84
1.1.10. Espanha	85
1.1.11. Estónia	86
1.1.12. Finlândia	87
1.1.13. França	89
1.1.14. Grécia	90
1.1.15. Hungria	92

1.1.16. Irlanda	93
1.1.17. Itália	94
1.1.18. Letónia	96
1.1.19. Lituânia	97
1.1.20. Luxemburgo	99
1.1.21. Malta	99
1.1.22. Países Baixos	100
1.1.23. Polónia	100
1.1.24. Reino Unido	101
1.1.25. República Checa	102
1.1.26. Roménia	102
1.1.27. Suécia	103
1.2. Conclusões gerais da análise	104
2. A regulação dos contratos públicos noutras partes do Mundo	106
2.1. Metodologia de análise	106
2.1.1. Estados Unidos da América (EUA)	107
2.1.2. Colômbia	108
2.1.3. Cabo Verde	109
2.1.4. Gana	112
2.1.5. Indonésia	113
2.1.6. Filipinas	114
2.1.7. Austrália	115
CAPÍTULO IV – Modelo para uma autoridade reguladora dos contratos públicos	117
1. Enunciação do problema	117
2. Procura da solução	117
3. Modelo de autoridade reguladora dos contratos públicos para Portugal	121
3.1. Atual modelo de regulação em Portugal	121
3.2. Modelo de regulação proposto para Portugal	122
3.2.1. Tipo de entidade	122
3.2.2. Forma de criação	123
3.2.3. Ministério responsável	124
3.2.4. Organização interna	127

INTRODUÇÃO

Desde que o Estado é Estado que existe contratação pública^{1 2}. A contratação pública, enquanto manifestação de um processo de escolha do operador económico que contratará com o Estado fornecendo-lhe bens ou serviços ou executando-lhe obras (por esse motivo, consideradas “públicas”), é, e deve ser sempre, terreno fértil para a aplicação de princípios gerais que regem a atividade administrativa, tais como o princípio da legalidade, da transparência, da boa fé, mas, fundamentalmente, do princípio da prossecução do interesse público e do da concorrência³.

Afinal, trata-se de gerir e despender dinheiros públicos com compras públicas; compras essas que devem cumprir três requisitos fundamentais:

- a) Serem legais, isto é, permitidas por lei;
- b) Serem essenciais para satisfazer necessidades públicas;
- c) A escolha dos operadores económicos (adjudicatários) ser feita numa base de transparência e de publicidade do processo aquisitivo, mas também na base de uma sólida concorrência entre empresas aptas e capazes para fornecer esses bens, serviços ou obras.

O direito da contratação pública é, pois, o ramo do direito administrativo que se ocupa desta problemática das aquisições públicas. Inicialmente, um direito de cariz nacional, que

¹ Sobre a definição de contratação pública, v. SUE ARROWSMITH, *Public Procurement Regulation: An Introduction*, EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, University of Nottingham, 2010, pp. 1-2.

² A expressão inglesa “public procurement” corresponde literalmente a “aquisições públicas”. Já em França utiliza-se a expressão “marchés publics” (mercados públicos). Em Portugal são usadas expressões tão diversas como “contratação pública”, “aquisições públicas” ou “compras públicas”. Em todos os casos estamos a referir-nos ao processo de aquisição de bens, serviços e obras por parte do Estado. Numa análise jurídica mais fina podemos concretizar que a expressão “contratação pública” se refere à fase de formação dos contratos públicos; a expressão “contratos públicos” abrange quer a fase de formação, quer a fase de execução dos contratos públicos (razão pela qual o código português se designa de Código dos Contratos Públicos e não Código da Contratação Pública). Já a expressão “compras públicas” é mais usada quando associada ao Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), a cargo da Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP).

³ Sobre os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público, v. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa, Âncora Editora, 8ª ed., 2005, pp. 49-52 e 63-68; J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 2-32.

adquiriu entretanto uma dimensão europeísta⁴, na medida em que os contratos públicos à escala europeia representarão cerca de 19% do PIB europeu, elevando-se, assim, a uma das matérias a que a União Europeia passou a dedicar mais atenção, dado o peso do mercado dos contratos públicos na economia europeia, bem como o interesse transfronteiriço desse mesmo mercado⁵.

Percebe-se assim que a revisão das diretivas europeias sobre contratos públicos tenha sido considerada uma das doze ações-chave do “Acto para o Mercado Único”⁶, tendo em vista alavancar o crescimento e o emprego na Europa: *«Tendo em conta o grande número de bens, serviços e obras que são objecto de contrato, os contratos públicos oferecem oportunidades de aumentar a procura de bens, serviços e obras respeitadores do ambiente, socialmente responsáveis e inovadores. Por outras palavras, os contratos públicos podem servir de ferramenta para fomentar o desenvolvimento de um mercado interno mais ecológico, social e inovador. Também é necessário analisar de que modo se podem simplificar e flexibilizar os procedimentos, a fim de aumentar a eficácia dos contratos públicos. Ao mesmo tempo, essa simplificação não deverá conduzir a uma limitação do acesso aos mercados, à escala europeia. Pelo contrário, o acesso ao mercado deve tornar-se ainda mais fácil, em particular para as PME e para o comércio transfronteiras, inclusive nas aquisições comuns por diferentes entidades adjudicantes. Com efeito, a percentagem de contratos públicos atribuídos a empresas de outro Estado-Membro continua a ser relativamente baixa, em especial quando comparada com a taxa de penetração nos mercados privados»*. É que os contratos públicos podem constituir, de facto, uma mola impulsora de desenvolvimento de outras políticas europeias, tais como a inovação, a proteção do ambiente, a inclusão social, o apoio às PME e ao mercado transfronteiriço.

A temática da regulação dos contratos públicos eleva-se, nos dias de hoje, como um pilar decisivo para a boa aplicação das regras da contratação pública e, também, para a boa

⁴ Fenómeno que MARIA JOÃO ESTORNINHO apelida de “desafio da europeização”, referindo-se a um *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Cf., M. J. ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 8.

⁵ Neste sentido, EUROPEAN COMMISSION, “Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation”, Part 1, *SEC(2011) 853 final*, Bruxelas, 2011, p. i.

⁶ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, “Acto para o Mercado Único: Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua, «Juntos para um novo crescimento»”, *COM(2011) 206 final*, Bruxelas, 2011, pp. 19-20.

execução ou performance dos contratos públicos⁷. Diria mesmo que a necessidade de uma regulação efetiva dos contratos públicos aumenta na mesma medida em que diminui a intervenção do Estado na economia, gerando, pois, a necessidade de um Estado menor e com menos funcionários⁸. De um Estado prestador passámos para um Estado comprador⁹ ou Estado contratante (*contracting state*)¹⁰. A contratação externa de serviços (*outsourcing* ou *contracting out*) é, assim, geradora de maior volume de contratos públicos, o que, naturalmente, exige um melhor acompanhamento e monitorização, de modo a garantir boas compras públicas.

Não é, pois, de estranhar que as novas Diretivas europeias de contratação pública (de 2014) trilhem hoje um caminho no sentido de uma melhor governação dos contratos públicos¹¹.

Procurando descobrir que caminho é esse e onde nos levará, é objetivo desta dissertação avaliar, em primeiro lugar, o que se deve entender por regulação na perspetiva dos contratos públicos, distinguindo o conceito do que é normalmente associado ao de regulação pública, conceito tradicionalmente ligado aos serviços de interesse económico geral. Em segundo lugar, abordaremos a forma como os contratos públicos têm sido regulados em Portugal, na Europa e noutras partes do Mundo, com vista a identificar pontos de confluência entre eles. Finalizaremos com uma proposta de modelo de autoridade reguladora para os contratos públicos em Portugal, proposta essa que, como mais adiante veremos, passará indubitavelmente pela governação dos contratos públicos

⁷ Neste sentido, DAVID S. JONES, no artigo “*PUBLIC PROCUREMENT IN SOUTHEAST ASIA: CHALLENGE AND REFORM*”, publicado no JOURNAL OF PUBLIC PROCUREMENT, VOLUME 7, ISSUE 1, 3-33, p. 7, refere que «(...) *One of the factors contributing to the failings in public procurement in Southeast Asia has been the absence of central procurement authorities to oversee procurement policy and practices, to review procurement rules, draft bidding documents, advertise intended procurements, and monitor compliance to the rules. A further role of central procurement authorities is to undertake bulk purchasing and provide training for procurement officials. Several countries in Southeast Asia have now established or enlarged the powers of central procurement authorities with a view to performing some or all of the functions mentioned above. (...)*»

⁸ O que VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS designam de “desintervenção do Estado na economia”, cfr. VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projecto de lei-quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

⁹ Também chamado “Estado contratualizante”, na aceção de HARDEN (1992) e VICENT-JONES (2006), citados por LUÍS VALADARES TAVARES, *A Gestão das Aquisições Públicas: Guia de Aplicação do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, OPET - Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia, 2008, p. 8.

¹⁰ Sobre o conceito de “contracting state” vide PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 330, citando JODY FREEMAN, “The Contracting State”, p. 155 e ss.

¹¹ A que poderemos chamar, por comparação, uma “euro-regulação”, na terminologia adotada por MCGOWAN & SEABRIGHT (1992), citado por VITAL MOREIRA, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 46.

assente numa entidade reguladora independente, em linha, aliás, com o pensamento inicial do legislador europeu, que transpareceu no anteprojecto da Diretiva europeia dos setores clássicos – que corresponde à Diretiva 2014/24/UE - mas que, por pressão de alguns dos Estados mais influentes da União Europeia, acabou por não vingar.

Entendemos, porém, que é apenas uma questão de tempo. A regulação independente chegará num futuro próximo aos contratos públicos europeus, tal como chegou a outros domínios da atividade económica. A razão está do seu lado: é que, como refere VITAL MOREIRA, «*Se o regulador e o gestor de serviços públicos não estão separados, os organismos públicos ou as empresas encarregados da gestão ficam numa posição de domínio, o que é incompatível com as regras da concorrência. Ao actuar no mercado ao mesmo tempo que dita as regras, o Estado pode ser tentado a distorcê-las em seu favor*»¹². Por outras palavras, o Estado contratualizante precisa de uma regulação independente para que não caia na tentação de ser simultaneamente jogador e árbitro no tabuleiro complexo que é o xadrez dos contratos públicos¹³.

¹² Cf. VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras...*, ob. cit., p. 11.

¹³ A propósito da regulação independente para os contratos públicos refere PETER TREPTE, in *Regulating Procurement*, Oxford: Oxford University Press, 2004., p. 54, que «*Procurement monitoring offices/unit can become truly independent of the government (even though they are a branch of the government) and can act as regulators or watchdogs of government activities*».

CAPÍTULO I

ANÁLISE CONCEPTUAL DE REGULAÇÃO

1. Conceito de regulação

No plano etimológico, o termo “regulação”¹⁴ é, como refere VITAL MOREIRA, “essencialmente ambivalente”, pois, conforme explica, *«por um lado, designa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema ou mecanismo; por outro lado, aponta para o estabelecimento de regras (regulamentos) a serem observadas num determinado comportamento ou situação, tendo precisamente como objetivo garantir ou repor o seu equilíbrio e/ou a regularidade do seu funcionamento»*¹⁵.

O evento da regulação está indubitavelmente ligado à alteração verificada no papel do Estado perante a sociedade e a economia¹⁶. O fenómeno emerge nos Estados Unidos, nos finais do séc. XIX, associado à privatização de setores do Estado, em larga escala, por um lado, e a uma visão liberalizadora da economia, por outro lado¹⁷. A uma menor intervenção do Estado na condução dos negócios e da atividade económica, assiste-se a um surgimento e reforço de entidades incumbidas da regulação e supervisão desses novos mercados. Essa regulação desenvolveu-se eminentemente nos mercados que constituíam verdadeiros monopólios de Estado e que, entretanto, foram privatizados; os chamados serviços de interesse económico geral, também muitas vezes designados “serviços de rede”, como é o caso dos tradicionais setores dos transportes, da água, da energia, das telecomunicações, dos mercados e serviços bancários, financeiros e de seguros e ainda, mais recentemente, dos serviços de saúde.

Essa regulação pretende, por um lado, assegurar uma sã concorrência setorial, mediante a aprovação das regras do jogo por parte do regulador, e, por outro lado, garantir uma

¹⁴ “Regulação” é o acto ou efeito de regular. E “regular”, enquanto verbo, significa: encaminhar segundo a regra; sujeitar a regras; regulamentar; esclarecer ou facilitar, por meio de disposições, a execução da lei; mas também, moderar; reprimir; regularizar. Enfim, tudo conceitos que têm pleno enquadramento na missão das entidades reguladoras. Cfr. CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Vol. II, Bertrand Editora, 1991, pp. 874-875.

¹⁵ Cf. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação ...*, ob. cit., p. 21.

¹⁶ A regulação que aqui nos ocupa é, pois, a “regulação económica” e não a “regulação social”. Sobre a distinção v. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação ...*, ob. cit., p. 39.

¹⁷ Neste sentido, cf. VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras ...*, ob. cit., p. 17.

omnipresente monitorização e fiscalização desse mesmo jogo, como se de um árbitro se tratasse. No fundo, trata-se de garantir “um funcionamento equilibrado de um sistema”¹⁸.

PEDRO GONÇALVES considera, a este propósito, que a regulação pública é o principal instrumento de ação do Estado Administrativo de Garantia na realização do interesse público¹⁹. E essa regulação deve, no seu entender, ser uma regulação forte: «*Esta incumbência de regulação não se resume nem se esgota na definição das condições normativas que facilitem o funcionamento do mercado; tem um objectivo mais ousado, de cumprir a função de corrigir o mercado: o direito da regulação do Estado de Garantia não é, pois, um “facilitative law”, mas, antes, um “market correcting law”*».^{20 21}

Uma das definições mais utilizadas, atualmente, para definir “regulação” é-nos dada por SELZNICK: regulação significa um controlo sustentado e focado, exercido por uma agência pública, com base num mandato legislativo, sobre atividades que são socialmente valorizadas²². Controlo é aqui entendido não numa visão restrita de fiscalização, mas sim numa acepção mais ampla, de monitorização e supervisão. De qualquer forma, trata-se, a nosso ver, de um conceito incompleto na medida em que, como refere PETER TREPTE (in *Regulating Procurement*, ob. cit. p. 45), destaca apenas uma das finalidades da regulação, as falhas de mercado (regulação da concorrência), quando, na realidade, a regulação, para além duma vertente económica, também tem uma vertente social (defesa do consumidor).

Já PAZ FERREIRA e LUÍS MORAIS acrescentam-lhe uma dimensão jurídica: «*O conceito geral de regulação jurídica da economia pode ser enunciado como o “desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva – indirecta, porque se exclui a participação pública directa na actividade empresarial – incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação*

¹⁸ Cf. VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras ...*, ob.cit., p. 14.

¹⁹ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 12.

²⁰ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões ...*, ob. cit., p. 13.

²¹ Estado de Garantia ou *modelo de Regulação* corresponde a um ponto intermédio entre dois modelos extremados – o *modelo de Mercado* e o *modelo de Estado*. Sobre estes três modelos, cf. FRANZIUS, *Gewährleistung*, pp. 25 e ss, citado por PEDRO GONÇALVES, *Reflexões ...*, ob. cit., p. 55.

²² SELZNICK, “Focusing Organizational Research on Regulation” in Noll (ed), *Regulatory Policy and The Social Sciences*, University of California Press, 1985, p. 363, citado por PETER TREPTE, *Regulating ...*, ob. cit., p.45: «*sustained and focused control exercised by a public agency, on the basis of a legislative mandate, over activities that are socially valued*».

daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos”»²³.

A importância que a regulação tem nos dias de hoje está bem patente na forma como a Comissão Europeia, no âmbito do *Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal*, inscreveu no respetivo *Memorando de Entendimento*²⁴ duas medidas (7.20 e 7.21) impondo ao Estado português que assegurasse que a Autoridade da Concorrência disporá de meios financeiros suficientes e estáveis para garantir o seu funcionamento eficaz e sustentável e que as Autoridades Reguladoras Nacionais terão a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades²⁵. Consequentemente, foi aprovada pela Assembleia da República a Lei nº 67/2013, de 28 de agosto (lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo), com a qual se conformarão obrigatoriamente os estatutos das entidades abrangidas²⁶.

Para que essas entidades reguladoras possam desempenhar a sua missão com total independência, elas devem dispor de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, de poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações e ainda da criação de instrumentos que assegurem a proteção dos direitos e interesses dos consumidores.

²³ Cf. EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, *Revista de Concorrência e Regulação*, N.º 1, Autoridade da Concorrência e IDEFF, 2010, p. 33.

²⁴ Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (Memorandum of Understanding – MoU), de 17 de maio de 2011, disponível no Portal do Governo, em http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf (acedido em 30.01.2015).

²⁵ Segundo PEDRO GONÇALVES «o direito da União Europeia revela uma inclinação clara no sentido das autoridades reguladoras independentes: compreende-se esta opção, coerente com a dinamização de um federalismo administrativo no interior da União Europeia, que resulta da atribuição à Comissão Europeia (ou, no futuro, a agências de execução) de uma supremacia funcional sobre as autoridades administrativas nacionais; ora, a afirmação desta supremacia casa especialmente bem com uma autoridade administrativa nacional independente ou desgovernamentalizada». Cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões ...*, ob. cit., p. 83.

²⁶ A criação de entidades administrativas independentes, em Portugal, encontra-se prevista, desde a 4ª Revisão Constitucional (de 1997) no nº 3 do artigo 267.º da nossa Lei Fundamental (CRP - Constituição da República Portuguesa). De igual modo, a própria CRP prevê a existência de uma entidade reguladora para a Comunicação Social, tendo em vista garantir o direito de liberdade de imprensa e o direito à informação, por um lado, e assegurar a não concentração da titularidade dos meios de comunicação social, por outro (artigo 39.º).

2. Poderes de regulação

O conceito de regulação compreende, geralmente, poderes de natureza bem distinta e de grande amplitude, nomeadamente poderes de âmbito normativo ou regulamentar, poderes de acompanhamento, monitorização e supervisão e poderes de natureza inspetiva, fiscalizadora e contraordenacional, só para citar os mais comuns^{27 28}. Existe alguma geometria variável na forma como estes poderes são exercidos por cada entidade reguladora, consoante a missão que a mesma prossegue, sendo que, nuns casos, são acentuados os poderes de regulação na vertente económica e financeira (regulação da Banca, dos Valores mobiliários e dos Seguros), noutros a vertente mais técnica (regulação dos transportes terrestres, marítimos e aéreos), e noutros a da proteção do consumidor (regulação da saúde e das águas e resíduos)²⁹.

O próprio conceito de “supervisão” surge, normalmente, lado a lado com o poder de regulação, enquanto manifestação complementar e não enquanto subelemento deste³⁰, existindo, porém, casos em que se sobrepõe inclusive ao próprio poder de regulação. É o que se passa com as entidades que tutelam a banca³¹, o mercado de valores mobiliários e os seguros e fundos de pensões³², que se intitulam autoridades de supervisão.

²⁷ Segundo VITAL MOREIRA, *Auto-regulação Profissional ...*, ob. cit., pp. 36-37, citando VAN WAARDEN, 1984, «Um processo de regulação implica tipicamente as seguintes fases: formulação de orientações da regulação; definição e operacionalização das regras; implementação e aplicação das regras; controlo da aplicação das regras; sancionamento dos transgressores; decisão dos recursos. Condensando e agregando estes diversos níveis, podem ser reunidos em três etapas essenciais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações. É por a regulação poder conjugar estes três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina norte-americana refere as “comissões reguladoras independentes” como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial)».

²⁸ PEDRO GONÇALVES associa a regulação a «um sistema de influência, de orientação e de controlo de processos e de comportamentos ou condutas de pessoas; esse sistema pode revelar-se de uma forma positiva (na feição de comandos, diretrizes ou recomendações) ou de uma forma negativa (na veste de proibições, limitações ou advertências) e utiliza, no seu instrumentarium, a edição de normas, bem como a adoção de medidas de implementação e de reação à infração do que aquelas normas estabelecem». Cfr. *Reflexões ...*, ob. cit., p.95.

²⁹ Segundo VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, in *Autoridades Reguladoras ...*, ob. cit., p. 14, «a regulação pública compreende a capacidade para o estabelecimento de normas, garantir a sua aplicação e execução, bem como fiscalizar o cumprimento e efetivar a punição das infrações às referidas normas».

³⁰ É o que sucede, por exemplo, com os novos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), aprovados pelo Decreto-Lei nº 5/2015, de 8 de janeiro, segundo os quais a CMVM dispõe de poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações (artigo 1.º, nº 2, al. d)).

³¹ O Banco de Portugal dispõe de poderes de supervisão sobre as instituições de crédito, sociedades financeiras e outras entidades que lhe estejam legalmente sujeitas. Esses poderes subdividem-se em dois grandes grupos: a *supervisão prudencial* (de natureza preventiva) que tem por objetivo garantir a estabilidade

Para uma melhor compreensão do tema decidimos adotar a seguinte estrutura de poderes geralmente cometidos às entidades reguladoras, apresentados segundo uma linha que começa com poderes de âmbito legislativo, prossegue com poderes executivos e termina com poderes parajudiciais:

2.1. Poder normativo e regulamentar

O poder normativo das entidades reguladoras traduz-se, fundamentalmente, na capacidade e competência técnica para elaborar propostas de diplomas legais sobre o setor regulado. Hoje em dia grande parte dessas propostas legislativas têm na sua base a necessidade de transpor Diretivas europeias, uma vez que, fruto da nossa integração europeia, as atividades reguladas estão sujeitas a um quadro normativo supranacional.

Para além da produção legislativa referida (concretizando, de produção de projetos de diplomas legais), as entidades reguladoras dispõem ainda, geralmente, de um amplo leque de poderes regulamentares, de carácter geral ou particular, traduzidos na elaboração de regulamentos com eficácia externa, sem sujeição a prévia aprovação governamental, carecendo tão só de publicação no Diário da República³³.

No âmbito do exercício de um poder normativo e regulamentar as entidades reguladoras têm ainda a possibilidade de tomar decisões injuntivas para os respetivos destinatários, sob a forma de recomendações, ordens e instruções vinculativas³⁴, cujo incumprimento implica a nulidade dos atos praticados pelas entidades reguladas³⁵, o que demonstra, de facto e de direito, o poder interpretativo-legal ao dispor das entidades reguladoras. Trata-

financeira das instituições e a segurança dos fundos que lhes foram confiados; e a *supervisão comportamental* que se traduz no acompanhamento, por meio do exercício de poderes de regulação e supervisão, da atuação pública da conduta das instituições nos mercados financeiros a retalho.

³² Nesse sentido, v. Estatutos da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), aprovados pelo Decreto-Lei nº 1/2015, de 6 de janeiro, que acentuam o termo supervisão sobre o de regulação, o que está em coerência com a nova designação da entidade: de facto, o artigo 7.º, nº 1, al. a) dos Estatutos refere que a ASF tem como atribuição, entre outras, «Supervisionar e regular a atividade seguradora (...)».

³³ Veja-se, a título de exemplo, os regulamentos aprovados pelo Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC) relacionados com a regulação das atividades aeronáuticas, disponíveis em <http://www.inac.pt/vPT/Generico/LegislacaoRegulamentacao/RegulamentosINAC/Paginas/RegulamentosdoINAC.aspx>.

³⁴ Vide, por exemplo, as recomendações da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), disponíveis em <http://www.cmvm.pt/cmvm/recomendacao/recomendacoes/Pages/default.aspx>.

³⁵ Cf. A título de exemplo, o caso da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT): Artigo 36.º, nº 2 dos Estatutos da AMT aprovados em anexo ao Decreto-Lei nº 78/2014, de 14 de maio.

se, no fundo, de um poder de legislar por via administrativa, o que corrobora, de alguma forma, a tese perfilhada pelos autores que consideram que estas autoridades dispõem dos três tipos de poderes do Estado: legislativo, executivo e (para)judicial.

2.2. Poder de regulação económica *strictu sensu*

Como manifestações principais deste poder de regulação económica, em sentido estrito, tomamos como exemplos, por um lado, o poder de definir e aplicar regras de acesso a uma determinada atividade económica, e, por outro lado, o poder de fixar taxas, tarifas e preços a praticar pelos operadores económicos do setor regulado.

2.2.1. Acesso a uma atividade económica

A maioria das entidades nacionais com funções de regulação, gozem ou não de estatuto de independência, exercem este poder de zelar pelo acesso a uma determinada atividade económica e que se concretiza na emissão de licenças, autorizações ou registos para o exercício dessa atividade³⁶. Vejamos, pois, em concreto, os principais exemplos, começando pelas entidades reguladoras independentes:

- a) *Banco de Portugal (BP)*: compete-lhe autorizar o acesso à atividade e respetivo exercício por parte das instituições de crédito e das sociedades financeiras³⁷;
- b) *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM)*: compete-lhe, designadamente, assegurar o registo de auditores aptos a exercer a atividade de auditoria em Portugal, o registo das Sociedades de Notação de Risco, o registo para o exercício da atividade de intermediação financeira, o registo para o exercício da atividade dos consultores para investimento³⁸,

³⁶ A autorização para o exercício de uma determinada atividade pode estar condicionada a um número limite de autorizações disponíveis. Essa limitação assentará na escassez de recursos naturais (escassez natural) – v.g., na exploração de recursos hídricos; por razões de ordem técnica ou por razões de interesse geral, tais como o ordenamento do território, a proteção da saúde, dos consumidores, do ambiente ou do património. Neste sentido, cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões ...*, ob. cit., pp. 196 e ss.

³⁷ Nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, sucessivamente alterado por inúmeros diplomas, sendo o último o Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro.

³⁸ Artigos 9.º, 12.º, 295.º e 301.º do Código dos Valores Mobiliários.

- c) *Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC)*: compete-lhe autorizar o exercício de diversas atividades relacionadas com a aviação civil (v.g., a exploração de serviços aéreos regulares extracomunitários³⁹), licenciar o pessoal aeronáutico (v.g., piloto, técnico de voo ou técnico de manutenção de voo⁴⁰), registar aeronaves no Registo Aeronáutico Nacional, entre outras;
- d) *Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)*: compete-lhe autorizar o acesso à atividade seguradora e resseguradora em Portugal⁴¹, a atividade gestora de fundos de pensões⁴² e a atividade de mediação de seguros e resseguros⁴³;
- e) *Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)*: compete-lhe atribuir os títulos para o exercício da atividade postal e de telecomunicações⁴⁴;
- f) *Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)*: compete-lhe autorizar o exercício de atividades no âmbito do SEN - Sistema Elétrico Nacional e do SNGN - Sistema Nacional de Gás Natural;
- g) *Entidade Reguladora da Saúde (ERS)*: compete-lhe instruir e decidir os pedidos de licenciamento de estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde⁴⁵;
- h) *Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)*: compete-lhe atribuir os títulos habilitadores do exercício da atividade de rádio e televisão⁴⁶.

A Autoridade da Concorrência (AdC), pelo seu especial estatuto e missão, não desempenha quaisquer funções diretas de regulação, nem de poderes de licenciamento para o exercício

³⁹ Cf. Artigo 3.º do Decreto-Lei nº 116/2012, de 29 de maio.

⁴⁰ Cf. Artigo 3.º do Decreto-Lei nº 17-A/2004, de 16 de janeiro.

⁴¹ Cf. Decreto-Lei nº 94-B/98, de 17 de abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei nº 2/2009, de 5 de janeiro, que regula as condições de acesso e de exercício da atividade seguradora e resseguradora no território da Comunidade Europeia, incluindo a exercida no âmbito institucional das zonas francas, com exceção do seguro de crédito por conta ou com a garantia do Estado, por empresas de seguros com sede social em Portugal, bem como as condições de acesso e de exercício da atividade seguradora e resseguradora em território português, por empresas de seguros sediadas em outros Estados membros.

⁴² Cf. Decreto-Lei nº 12/2006, de 20 de janeiro (alterado pelo Decreto-Lei nº 18/2013, de 6 de fevereiro, pelo Decreto-Lei nº 357-A/2007, de 31 de outubro e pelo Decreto-Lei nº 180/2007, de 9 de maio), que regula a constituição e o funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões.

⁴³ Cf. Decreto-Lei nº 144/2006, de 31 de julho (alterado pela Lei nº 46/2011, de 24 de junho e pelo Decreto-Lei nº 359/2007, de 2 de novembro), que regula as condições de acesso e de exercício da atividade de mediação de seguros ou de resseguros, no território da União Europeia, por pessoas singulares ou coletivas, respetivamente, residentes ou cuja sede social se situe em Portugal, bem como as condições de exercício da atividade de mediação de seguros ou de resseguros, no território português, por mediadores de seguros ou de resseguros registados em outros Estados membros da União Europeia.

⁴⁴ Cf. Artigo 9.º, nº 1, al. c) dos Estatutos da ANACOM, aprovados em anexo ao Decreto-Lei nº 39/2015, de 16 de março.

⁴⁵ Cf. Artigo 11.º, al. b) dos Estatutos da ERS, aprovados em anexo ao Decreto-Lei nº 126/2014, de 22 de agosto.

⁴⁶ Cf. Artigo 24.º, nº 3, al. e) dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei nº 53/2005, de 8 de novembro.

de uma determinada atividade económica. Porém, no exercício dos seus poderes de supervisão, compete-lhe instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas⁴⁷. Ou seja, não licencia o acesso à atividade, por exemplo, da construção (que é competência do IMPIC - Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção), mas deve pronunciar-se sobre as operações de concentração, resultantes da intenção de fusão entre duas grandes empresas construtoras, nos termos do artigo 41.º do regime jurídico da concorrência (aprovado pela Lei nº 19/2012, de 8 de maio).

Já a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) e a AMT⁴⁸ não desempenham quaisquer atividades de licenciamento.

Analisemos agora os poderes de licenciamento a cargo de outras entidades com funções de regulação, mas que não possuem o estatuto de independência:

- a) *Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC)*: compete-lhe atribuir os títulos habilitantes às empresas que pretendam exercer a atividade de construção ou de mediação imobiliária⁴⁹ e, futuramente, emitir licenças para o exercício da atividade de gestão de plataformas eletrónicas de contratação pública⁵⁰;
- b) *Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT)*: compete-lhe, designadamente, autorizar o exercício de atividades de transporte terrestre e complementares e certificar os profissionais dos transportes terrestres⁵¹;
- c) *INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde*: compete-lhe autorizar a produção, distribuição e comercialização dos

⁴⁷ Cf. Artigo 6.º, nº 3, al. a) dos Estatutos da AdC, aprovados em anexo ao Decreto-Lei nº 125/2014, de 18 de agosto.

⁴⁸ No caso dos transportes, com a criação da AMT as funções de licenciamento ficaram atribuídas ao Instituto da Mobilidade e dos Transportes (cf. Decreto-Lei nº 77/2014, de 14 de maio).

⁴⁹ Cf. Lei nº 15/2013, de 8 de fevereiro, quanto ao acesso à atividade de mediação imobiliária; e a Lei nº 41/2015, de 3 de junho, quanto ao acesso à atividade de construção em Portugal.

⁵⁰ Cf. Proposta de Lei nº 320/XII/4.ª (GOV) - Regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública.

⁵¹ Cf. Estatutos do IMT aprovados em anexo ao Decreto-Lei nº 236/2012, de 31 de outubro, alterados pelo Decreto-Lei nº 77/2014, de 14 de maio.

medicamentos de uso humano e dos produtos de saúde, incluindo dispositivos médicos e produtos cosméticos e de higiene corporal⁵²;

- d) *Instituto do Turismo de Portugal* – compete-lhe efetuar o registo e a classificação dos empreendimentos e atividades turísticas⁵³.

2.2.2. Fixação de taxas, tarifas e preços

Um outro poder de regulação económica, em sentido estrito, é o que permite à entidade reguladora fixar taxas, tarifas e preços a praticar no respetivo setor regulado. É o que sucede, por exemplo, com o poder de regulação comportamental em matéria económica de que a ERSAR dispõe para «fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, assim como supervisionar outros aspetos económico-financeiros das entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal»^{54 55}. Poder idêntico é o detido pela ERSE, em matéria de tarifas e preços da eletricidade e do gás natural.

Podemos encontrar outras manifestações deste tipo de poder quando a entidade reguladora assegura, nas atividades baseadas em redes, o acesso equitativo e não discriminatório às mesmas por parte dos vários operadores⁵⁶, ou quando atua como garante do cumprimento, por parte dos operadores, das «obrigações de serviço público»⁵⁷ ou «obrigações de serviço universal»⁵⁸.

⁵² Cf. Artigo 3.º, nº 2, al. b) da Lei orgânica do INFARMED, aprovada pelo Decreto-Lei nº 46/2012, de 24 de fevereiro.

⁵³ Cf. Artigo 3.º, nº 2, al. i) da Lei orgânica do Turismo de Portugal, aprovada pelo Decreto-Lei nº 129/2012, de 22 de junho.

⁵⁴ Cf. Artigo 5.º, nº 3, al. a) da Lei nº 10/2014, de 6 de março, que aprovou os Estatutos da ERSAR.

⁵⁵ Este poder da ERSAR – relativamente às autarquias locais – é contestado por alguns AA. que consideram, por exemplo, que «O que a lei confere à ERSAR é, pois, um poder hierárquico-administrativo sobre as autarquias locais, muito para além daquilo que a figura da tutela administrativa admite e a anos-luz do que a Constituição permite». Cf. BRUNO MARTELO, “Descalça vai para a fonte – A ERSAR no caminho da Autonomia Local”, *Publicações CEDIPRE Online* – 23, www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, agosto de 2014, p. 35.

⁵⁶ É o que sucede, por exemplo, quando a ANACOM garante, nos termos da Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro), que a concessionária do serviço público de telecomunicações - atualmente, a PT Comunicações, SA - disponibiliza, por acordo, às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público o acesso a condutas, postes, outras instalações e locais de que seja proprietária ou cuja gestão lhe incumba, para instalação e manutenção dos seus sistemas, equipamentos e demais recursos.

⁵⁷ Trata-se de uma obrigação de serviço público aquela que a ANAC impõe às transportadoras aéreas de assegurar determinada rota para cuja exploração lhe tenha sido concedida uma licença (ex: Açores e Madeira), e de adotar todas as medidas necessárias para garantir a prestação de um serviço que satisfaça

2.3. Poder de monitorização e de produção de informação estatística

A posição estratégica que as entidades reguladoras ocupam no respetivo setor de atividade, associada às obrigações de comunicação de informação que impendem sobre os operadores regulados, permite-lhes deter, de forma sistemática e agregada, um conjunto de dados e informações que possivelmente mais nenhuma entidade terá sobre o mesmo setor, nem mesmo as instâncias políticas (Parlamento e Governo)⁵⁹. Isso permite-lhes desenvolver e divulgar relatórios estatísticos de interesse geral, quer para as empresas, quer para os consumidores, mas também efetuar ações de monitorização, controlo e cruzamento de dados importantes não só para a sua própria tomada de decisões, no âmbito da função regulatória, mas inclusive para municiar o Governo com propostas de políticas públicas para o setor em causa, devidamente sustentadas e fundamentadas. Tais ações de monitorização e cruzamento de dados – só possíveis com as novas tecnologias de informação e comunicação – podem ser reforçadas com mecanismos automáticos de alerta, que permitem mais facilmente detetar indícios de irregularidades que poderão ser posteriormente encaminhados para as entidades competentes.

A título de exemplo, vide o artigo 20.º do Decreto-Lei nº 126/2014, de 22 de agosto (que aprovou os Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde), no qual se estabelece, a este propósito, que a ERS pode realizar estudos de mercado e inquéritos por áreas de atividade que se revelem necessários para a prossecução da sua missão. Esses estudos e inquéritos têm em vista não apenas a supervisão e o acompanhamento dos mercados regulados, mas também verificar a eventual existência de distorções ou restrições à concorrência, ao acesso aos cuidados de saúde, à legalidade de funcionamento dos prestadores de cuidados de saúde, à transparência do seu funcionamento ou da relação entre estes com entidades financiadoras ou com os utentes de cuidados de saúde, ou ainda relativamente aos direitos destes últimos. A mesma norma legal prevê que a prestação das informações solicitadas

normas estabelecidas de continuidade, regularidade, capacidade e fixação de preços, normas essas que as transportadoras aéreas eventualmente não respeitariam se atendessem apenas aos seus interesses comerciais (cf. Decreto-Lei nº 138/99, de 23 de abril).

⁵⁸ A título meramente exemplificativo, compete à ANACOM garantir o serviço postal universal, que consiste na oferta de serviços postais, com qualidade especificada, disponível de forma permanente em todo o território nacional, a preços acessíveis a todos os utilizadores, visando as necessidades de comunicação da população e das atividades económicas e sociais (cf. Artigo 10.º da Lei nº 17/2012, de 26 de abril, alterada pelo Decreto-Lei nº 160/2013, de 19 de novembro e pela Lei nº 16/2014, de 4 de abril).

⁵⁹ Tem aqui plena aplicação a famosa frase “informação é poder”, proferida por STEVE JOBS, fundador da APPLE.

pela ERS às empresas e outras entidades destinatárias da sua atividade tem natureza obrigatória, assegurando-se, deste modo, a obtenção de informações e garantindo a sua veracidade, sob pena de cominação legal.

No que aos contratos públicos diz respeito, podemos destacar os relatórios anuais da contratação pública elaborados pelo InCI - Instituto da Construção e do Imobiliário (futuramente, IMPIC), disponíveis no Portal BASE⁶⁰, e que constituem um bom exemplo de monitorização da informação sobre contratos públicos obtida precisamente graças às novas tecnologias, no caso, o resultado da parceria existente entre as plataformas eletrónicas de contratação pública (nas quais se realizam os procedimentos de formação dos contratos) e o portal BASE, no qual os dados mais pertinentes desses contratos são divulgados ao público.

2.4. Poder consultivo

A própria lei-quadro das entidades reguladoras, aprovada pela Lei nº 67/2013, de 28 de agosto, prevê, no seu artigo 12.º, nº 2, que estas entidades podem exercer funções de apoio técnico e de consulta à Assembleia da República e ao Governo. O próprio Banco de Portugal, não estando abrangido por essa lei, desempenha uma função consultiva junto do Governo. Compete-lhe, nos termos do artigo 12.º, al. e) da respetiva Lei Orgânica, *«Aconselhar o Governo nos domínios económico e financeiro, no âmbito das suas atribuições»*. Também a ERC dispõe de uma competência consultiva (obrigatória), nos termos da qual se pronuncia *«sobre todas as iniciativas legislativas relativas à sua esfera de atribuições, que lhe são obrigatoriamente submetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo, e pode, por sua iniciativa, sugerir ou propor medidas de natureza política ou legislativa nas matérias atinentes às suas atribuições»*⁶¹.

Note-se, porém, que o exercício de uma função consultiva perante o Governo por parte de uma autoridade reguladora independente – no caso, a ANACOM - foi questionado pelo Tribunal de Contas, por considerar que a função de coadjuvação ao Governo na definição das linhas estratégicas e das políticas gerais das comunicações, prevista no artigo 8.º, nº 2,

⁶⁰ V. por exemplo, o relatório referente a 2013, disponível em <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Relatorios>.

⁶¹ Cf. Artigo 25.º, nº 1 dos Estatutos da ERC.

al. b) dos Estatutos da ANACOM, poderia afetar a transparência na relação entre o Governo e a Autoridade das Comunicações⁶². Em sede de contraditório, o Gabinete do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações retorquiu que a preocupação do Tribunal de Contas estará acautelada uma vez que *«a prestação de apoio ao Governo não constitui qualquer forma de submissão ou perda de independência perante este; significa, bem pelo contrário que, por se tratar de um organismo especializado em matéria de comunicações, naturalmente se apresenta como o melhor colocado (mesmo no seio do MOPTC) para auxiliar o Governo na definição das políticas de comunicações e na preparação de projectos de diplomas sobre o sector»*.

A segunda perspetiva com que podemos encarar esta função consultiva envolve não o Governo ou o Parlamento, mas os próprios *players* do mercado regulado (empresas e consumidores). Pode exercer-se, por exemplo, através da aprovação e homologação de códigos de conduta, guias orientadores⁶³ e manuais de boas práticas aplicáveis ao respetivo setor regulado e aos consumidores, de modo a densificar e harmonizar a aplicação das leis e regulamentos por parte dos operadores económicos abrangidos e a informar convenientemente os consumidores sobre os seus direitos e deveres⁶⁴. Esta é uma função reguladora cada vez mais frequente; o consumidor está hoje melhor informado sobre o funcionamento dos mercados e é cada vez mais exigente nesta matéria. A utilização das tecnologias de informação e comunicação facilitam o contacto entre regulador e consumidor, como é, o caso, por exemplo, do novo portal do consumidor, disponível no sítio da internet da ANACOM, no qual é possível obter o guia “Problemas com o seu operador? Saiba o que fazer e a quem recorrer”⁶⁵.

⁶² Cf. Relatório de Auditoria nº 37/06 – 2ª secção, do Tribunal de Contas, intitulado *Auditoria à Regulação no Sector das Comunicações*, disponível no sítio da internet do Tribunal de Contas.

⁶³ Veja-se, por exemplo, o *Guia de Seguros e Fundos de Pensões*, elaborado pelo então Instituto de Seguros de Portugal (ISP), disponível em <http://www.isp.pt/NR/exeres/DC513DEB-5E88-436A-8301-9D1B8E0C27D2.frameless.htm?NRMODE=Published>.

⁶⁴ Vide, a título de exemplo, o artigo 14.º, al. d) do Decreto-Lei nº 126/2014, de 22 de agosto, que aprova os Estatutos da ERS.

⁶⁵ Cf. <http://www.anacom-consumidor.com/>.

2.5. Poder de inspeção e fiscalização

As entidades reguladoras possuem geralmente um corpo de técnicos altamente especializados e preparados para verificar, à distância ou *in loco*, o cumprimento dos deveres legais e regulamentares a que se encontram sujeitos os destinatários das suas atividades⁶⁶. Essa fiscalização é exercida por meio de ações de inspeção, auditoria, inquérito, averiguações ou exames, as quais podem ter natureza ordinária (devidamente planeada e prevista em plano de atividades da respetiva entidade reguladora) ou extraordinária (atuação em caso de queixas ou denúncias).

Para o bom sucesso da sua missão estes técnicos dispõem geralmente de poderes de autoridade, tais como:

- a) Aceder às instalações, equipamentos e serviços das entidades visadas;
- b) Requisitar para análise ou junção aos autos de processos de documentos, equipamentos ou quaisquer outros elementos ou materiais relevantes para investigação ou como meio de prova;
- c) Identificar quaisquer pessoas ou entidades que violem disposições legais e regulamentares;
- d) Levantar autos de notícia pelas infrações detetadas;
- e) Proceder à apreensão de objetos, documentos e equipamentos que sejam necessários para a prova de ilícitos praticados;
- f) Executar sanções acessórias, quando tal seja da sua competência, tais como encerramento do estabelecimento.

Podem ainda requisitar a colaboração de autoridades públicas e policiais, sempre que tal se revele necessário, nomeadamente em caso de oposição ou obstrução ao exercício da função fiscalizadora por parte das entidades reguladoras.

⁶⁶ A título de exemplo, o InCI/IMPIC dispõe, na sua estrutura orgânica, de uma Direção de Inspeção; o Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT) dispõe de uma Direção de Serviços de Inspeção, Fiscalização e Contraordenações; o Banco de Portugal possui um Departamento de Supervisão Comportamental.

2.6. Poder sancionatório

Em caso de infração aos deveres e obrigações conexos com as atividades reguladas, as entidades reguladoras têm o poder de desencadear o respetivo procedimento contraordenacional ou sancionatório, detendo igualmente competência para aplicar coimas, sanções acessórias e medidas cautelares. Podemos encontrar manifestações destes poderes na grande maioria das entidades reguladoras, independentes ou não⁶⁷. Começamos pelas entidades independentes:

- a) *BP*: o poder de processar as contraordenações previstas na respetiva Lei orgânica e aplicar as correspondentes sanções⁶⁸;
- b) *AdC*: o poder de proceder à instrução e decisão dos processos que lhe incumbam e de aplicar as respetivas sanções⁶⁹;
- c) *ASF*: o poder de desencadear procedimentos sancionatórios e aplicar as respetivas sanções e medidas cautelares⁷⁰;
- d) *AMT*: o poder de instaurar e instruir processos de inquérito e levantar autos de contraordenação e aplicar as respetivas coimas, custas processuais e sanções acessórias⁷¹;
- e) *ANAC*: o poder de instaurar e instruir procedimentos sancionatórios e processos de contraordenação e aplicar coimas⁷²;
- f) *ANACOM*: o poder de instaurar e instruir processos sancionatórios e punir as infrações que sejam da sua competência⁷³;
- g) *ERC*: o poder de processar e punir a prática de contraordenações em matéria de comunicação social⁷⁴;

⁶⁷ Sobre o tema v. HELENA MAGALHÃES BOLINA, “O Regime dos Processos de Contra-ordenação dos Reguladores Independentes”, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 738 e ss.

⁶⁸ Artigo 10.º, n.º 4 da Lei Orgânica do BP, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 118/2001, de 17 de abril, Decreto-Lei n.º 50/2004, de 10 de março, Decreto-Lei n.º 39/2007, de 20 de fevereiro, Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro e Decreto-Lei n.º 142/2013, de 18 de outubro.

⁶⁹ Artigo 6.º, n.º 2 dos Estatutos da AdC aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

⁷⁰ Artigo 16.º, n.º 5, alíneas. a) e c) dos Estatutos da ASF, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro.

⁷¹ Artigo 5.º, n.º 1, al. r) dos Estatutos da AMT, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio.

⁷² Artigo 35.º, n.º 1 dos Estatutos da ANAC, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de março.

⁷³ Artigo 9.º, n.º 1, al. p) dos Estatutos da ANACOM, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março.

- h) *ERSE*: o poder sancionatório da ERSE consta de diploma próprio⁷⁵;
- i) *ERSAR*: o poder de processar as contraordenações e aplicar as coimas correspondentes⁷⁶;
- j) *ERS*: o poder de desencadear os respetivos procedimentos sancionatórios e de adotar as necessárias medidas cautelares e aplicar as devidas sanções⁷⁷.

Vejamos agora algumas entidades reguladoras não independentes:

- a) *Turismo de Portugal*: o poder de determinar a instauração de processos e a aplicação de penalidades pela prática de infrações à legislação que disciplina a atividade de jogo⁷⁸;
- b) *InCI/IMPIC*: o poder de instaurar processos de contraordenação e aplicar as respetivas coimas⁷⁹.

As sanções aplicadas pelos reguladores são impugnáveis, sendo competente para o julgamento das mesmas o novel “*Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*”. Trata-se de um tribunal de competência especializada, criado pela Lei nº 46/2011, de 24 de junho, instituído pelo Decreto-Lei nº 67/2012, de 20 de março, e instalado por força da Portaria nº 84/2012, de 29 de março, com sede em Santarém. Apresenta como grande vantagem – tal como se pode ler no preâmbulo do diploma criador – “uma jurisprudência uniforme visando acautelar as entidades reguladoras em presença”.

Compete a este Tribunal conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente

⁷⁴ Artigo 67.º dos Estatutos da ERC, aprovados em anexo à Lei nº 53/2005, de 8 de novembro.

⁷⁵ No caso, a Lei nº 9/2013, de 28 de janeiro, que aprova o regime sancionatório do setor energético, transpondo, em complemento com a alteração aos Estatutos da ERSE, as Diretivas n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelecem regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural e revogam as Diretivas n.ºs 2003/54/CE e 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003.

⁷⁶ Artigo 10.º dos Estatutos da ERSAR, aprovados em anexo à Lei nº 10/2014, de 6 de março.

⁷⁷ Artigo 22.º dos Estatutos da ERS, aprovados em anexo ao Decreto-Lei nº 126/2014, de 22 de agosto.

⁷⁸ Artigo 7.º, nº 3, al. h) da Lei orgânica do Turismo de Portugal, aprovada pelo Decreto-Lei nº 129/2012, de 22 de junho.

⁷⁹ Artigo 3.º, nº 2, al. q) da Lei Orgânica do InCI, aprovada pelo Decreto-Lei nº 158/2012, de 23 de julho.

suscetíveis de impugnação das entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão⁸⁰.

2.7. Poder em matéria de defesa do consumidor

Não obstante exista uma entidade pública de natureza transversal especialmente vocacionada para o tema da defesa do consumidor⁸¹, certo é que as entidades reguladoras, devido ao conhecimento especializado que têm do sector regulado e das normas que o regem, bem como dos poderes regulatórios que possuem sobre os operadores económicos regulados, estão bem colocadas para apreciar as queixas e reclamações dos consumidores sobre a matéria e, bem assim, propor ou adotar as diligências necessárias para a regularização ou resolução dos problemas existentes.

Neste domínio, a Lei nº 67/2013, de 28 de agosto, prevê um artigo próprio (47.º) expressamente dedicado à “proteção do consumidor”, segundo o qual *«Incumbe às entidades reguladoras a adequada promoção da defesa dos serviços de interesse geral e da proteção dos direitos e interesses dos consumidores nas áreas de atividade económica sobre a qual incide a respetiva atuação»*.

2.7.1. Conselho Consultivo

O supracitado artigo 47.º da Lei-quadro estabelece que os estatutos destas entidades reguladoras independentes devem prever a representação das associações de consumidores nos respetivos órgãos de natureza consultiva e de regulação tarifária, bem como a participação nos mesmos dos destinatários da respetiva atividade e ainda a necessidade de assegurar que essas associações sejam auscultadas em processos de consulta pública previamente à tomada de decisões suscetíveis de afetar os direitos e interesses dos consumidores.

⁸⁰ Para uma melhor compreensão deste tema do contencioso das contraordenações regulatórias, v. PEDRO GONÇALVES (coord.), CATARINA GOUVEIA, ANA CLÁUDIA GUEDES, “O Contencioso da Regulação em Portugal – Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre Regulação Pública”, Publicações CEDIPRE Online – 1, www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, novembro de 2010.

⁸¹ Trata-se da Direção-Geral do Consumidor, da esfera do Ministério da Economia (cf. Decreto Regulamentar nº 38/2012, de 10 de abril), que tem como missão *«contribuir para a elaboração, definição e execução da política de defesa do consumidor com o objetivo de assegurar um nível elevado de proteção»*.

Da análise que fizemos aos estatutos das entidades reguladoras independentes, verificamos que possuem Conselho Consultivo, com participação de representantes dos consumidores, a ASF, a ERC, a ERSE, a ERSAR e a ERS.

Convém sublinhar que a representação dos consumidores nos conselhos consultivos é, tendencialmente, umas vezes assegurada pela própria Direção-Geral do Consumidor (como o caso da ERC), outras vezes apenas por representantes de associações de defesa do consumidor (caso da ERS). Caso assinalável é o da ASF, da ERSE e da ERSAR que possuem representantes quer da DGC quer das associações representativas dos consumidores^{82 83 84}.

O Banco de Portugal possui um conselho consultivo, mas o mesmo não integra qualquer representante da Direção-Geral do Consumidor ou de associações de defesa do consumidor⁸⁵. O mesmo se passa com a CMVM⁸⁶. Estranhamente, os estatutos da nova AMT não contemplam a existência de qualquer conselho consultivo, muito embora prevejam que esta autoridade «*deve cooperar com a Direção-Geral do Consumidor, bem como com as associações de consumidores, na divulgação dos direitos e interesses dos consumidores no âmbito do setor da mobilidade e do transporte terrestre, fluvial, marítimo-portuário, ferroviário e, respetivas infraestruturas*»⁸⁷, o que, ainda assim, não tem o mesmo peso e significado, dada a importância daqueles órgãos de natureza consultiva na própria vida das entidades reguladoras, enquanto integradores de parceiros estratégicos na definição das próprias linhas gerais de atuação destas entidades. Já a ANACOM e a ANAC, com a publicação dos novos Estatutos, em 2015, deixaram de ter Conselho Consultivo.

⁸² Cf. Artigo 22.º, nº 1, alíneas f) e g) dos Estatutos da ASF, aprovados pelo Decreto-Lei nº 1/2015, de 6 de janeiro.

⁸³ Cf. Artigo 41.º, nº 1. Alíneas. f) e i) dos Estatutos da ERSE.

⁸⁴ Cf. Artigo 35.º, nº 5, alíneas c) e n) dos Estatutos da ERSAR.

⁸⁵ Cf. Artigo 47.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal.

⁸⁶ Cf. Artigo 23.º dos Estatutos da CMVM, aprovados pelo Decreto-Lei nº 5/2015, de 8 de janeiro. No Conselho Consultivo não existem representantes de “consumidores” mas existem representantes de “investidores”, que, são, na prática, um tipo específico de consumidores.

⁸⁷ Cf. Artigo 9.º, nº 2 dos Estatutos da AMT, aprovados em anexo ao Decreto-Lei nº 78/2014, de 14 de maio.

2.7.2. Análise e tratamento de queixas e reclamações

Um dos eixos fundamentais da regulação é, efetivamente, o da proteção dos consumidores, razão pela qual estas entidades reguladoras devem dar especial destaque às queixas e reclamações efetuadas pelos consumidores relacionadas com a violação das leis e regulamentos, de forma direta, por parte das entidades reguladas, ou por práticas contratuais abusivas ou ainda pela falta de qualidade do serviço prestado por essas entidades.

Algumas das entidades reguladoras dedicam especial atenção a esta matéria nas respetivas leis orgânicas ou estatutárias. Por exemplo, os Estatutos da ANACOM estipulam que a entidade reguladora pode inspecionar os registos das queixas e reclamações dos consumidores apresentadas às entidades reguladas, pode ordenar a investigação das queixas ou reclamações apresentadas àquelas entidades reguladas ou diretamente à entidade reguladora e ainda recomendar ou determinar às entidades reguladas as providências necessárias à reparação das justas queixas dos consumidores⁸⁸. Norma idêntica é possível encontrar nos estatutos da ERSE⁸⁹, da AMT⁹⁰, da ERSAR⁹¹ e da ERS⁹².

No caso particular da AMT, a autoridade fica obrigada a divulgar semestralmente um quadro estatístico sobre as reclamações dos utentes ou dos consumidores, a identificação dos operadores económicos mais reclamados, bem como os resultados decorrentes da atuação da autoridade reguladora, nesta matéria⁹³.

A ERC trata com especial importância esta matéria, a qual merece inclusive direito a um “procedimento de queixa”, no âmbito dos respetivos estatutos, sujeitos a certos e determinados formalismos e prazos. Nessa linha, o artigo 55.º dos estatutos da ERC estabelece que *«qualquer interessado pode apresentar queixa relativa a comportamento suscetível de configurar violação de direitos, liberdades e garantias ou de quaisquer normas legais ou regulamentares aplicáveis às atividades de comunicação social desde*

⁸⁸ Cf. Artigo 9.º, nº 1, als. j) e k), dos Estatutos da ANACOM.

⁸⁹ Cf. Artigo 21.º dos Estatutos da ERSE.

⁹⁰ Cf. Artigo 38.º dos Estatutos da AMT.

⁹¹ Cf. Artigo 14.º, nºs 3 e 4 dos Estatutos da ERSAR.

⁹² Cf. Artigo 30.º dos Estatutos da ERS.

⁹³ Cf. Artigo 38.º, nº 4 dos Estatutos da AMT.

que o faça no prazo máximo de 30 dias a contar do conhecimento dos factos e desde que tal conhecimento não ocorra passados mais de 120 dias da ocorrência da alegada violação». A entidade visada tem, nos termos do artigo 56.º, direito de defesa, a exercer no prazo de 10 dias a contar da notificação da queixa, podendo a ERC promover, entretanto, uma audiência de conciliação entre as partes, competindo ao conselho regulador, nos termos do artigo 58.º, proferir decisão fundamentada sobre a queixa.

2.7.3. Análise da qualidade do serviço prestado

A par da missão de verificar o cumprimento das leis e regulamentos que regem a atividade regulada, muitos dos organismos reguladores desempenham ainda uma função, em defesa do consumidor, que consiste na análise da qualidade do serviço prestado pelas entidades reguladas. O conceito de qualidade de serviço aqui previsto não é um conceito meramente subjetivo (o que é qualidade para um consumidor pode não o ser para outro com padrões mais ou menos elevados que o primeiro), mas antes uma apreciação que assenta no cumprimento de requisitos mínimos estabelecidos na lei ou em regulamentos. Vejamos, pois, alguns exemplos práticos do que acabámos de referir.

A ERS tem como objetivo da sua atividade reguladora, entre outros, o de “zelar pela prestação de cuidados de saúde de qualidade”⁹⁴. E para prosseguir eficazmente este objetivo incumbe-lhe, designadamente⁹⁵:

- a) Promover um sistema de âmbito nacional de classificação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde quanto à sua qualidade global, de acordo com critérios objetivos e verificáveis, incluindo os índices de satisfação dos utentes;
- b) Garantir o direito dos utentes à prestação de cuidados de saúde de qualidade;
- c) Propor e homologar códigos de conduta e manuais de boas práticas a utilizar pelas entidades de saúde reguladas.

À ERSAR, por exemplo, compete assegurar a regulação da qualidade da água para consumo humano, tendo por base os parâmetros estabelecidos em legislação própria. Compete-lhe ainda regular a qualidade do serviço prestado aos consumidores pelas

⁹⁴ Cf. Artigo 10.º, al. d) dos Estatutos da ERS.

⁹⁵ Cf. Artigo 14.º dos Estatutos da ERS.

entidades fornecedoras, tendo por base níveis mínimos de qualidade estabelecidos em regulamentos da própria ERSAR⁹⁶.

2.8. Poder em matéria de resolução extrajudicial de conflitos

Pelas mesmas razões apontadas a propósito da defesa do consumidor também em matéria de resolução extrajudicial de conflitos as entidades reguladoras têm uma palavra a dizer. Em boa verdade, muitos dos litígios existentes, num determinado sector regulado, entre o Estado e os operadores económicos, entre os próprios operadores económicos ou entre estes e os consumidores não conseguem ser devidamente resolvidos no campo da justiça tradicional, isto é, nos tribunais comuns, não só pela morosidade e acumulação processual existente, como pela falta de conhecimento técnico especializado do julgador.

Assim, a via da resolução extrajudicial ou alternativa de conflitos⁹⁷ é terreno por excelência dos setores regulados por várias razões: em primeiro lugar porque, conforme já referido em momento anterior, as entidades reguladoras dispõem de meios humanos altamente especializados para arbitram ou mediam esses conflitos; em segundo lugar porque conhecem como ninguém toda a panóplia legislativa e regulamentar do setor, aspeto que é fundamental para dirimir tais conflitos; em terceiro lugar, porque, associado aos fundamentos anteriores, conseguem “julgar” de forma mais célere que os tribunais comuns. Por todas estas razões, este poder de regulação (por alguns chamado de “poder parajudicial”) é, sem dúvida, o que se apresenta como menos explorado pelas entidades reguladoras nacionais, existindo, pois, um longo caminho a percorrer.

Neste domínio a Lei nº 65/2013, de 28 de agosto, dispõe no citado artigo 47.º, ainda sob o tema da “proteção do consumidor”, que compete às entidades reguladoras a resolução de conflitos existentes entre operadores e entre estes e os consumidores, bem como promover a adesão das entidades reguladas aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

⁹⁶ Cf. Artigo 5.º, nº 4, alíneas b) e c) dos Estatutos da ERSAR.

⁹⁷ Sobre o tema vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2012. A expressão “resolução alternativa de litígios” deriva da expressão inglesa “*alternative dispute resolution*” (ADR). O termo “alternativa” tomou o lugar do antigo termo “extrajudicial”. Na prática, do que se trata é, em ambos os casos, de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais. Incluem-se nestes como instrumentos voluntários, a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem voluntária, e, como instrumento obrigatório, a arbitragem necessária.

Estão, assim, lançadas as bases legais para que se assista no domínio de cada setor regulado, à constituição de centros de arbitragem e mediação especializados junto de cada entidade reguladora.

A ERSE, por exemplo, tem como atribuição promover a resolução dos litígios que surjam entre os intervenientes nos setores da eletricidade e do gás natural, nomeadamente através de ações de conciliação ou mediação ou da realização da arbitragem entre os operadores ou entre estes e os consumidores.⁹⁸ No caso da arbitragem, os Estatutos da ERS concretizam que esta deve ser, em termos processuais, simples, expedita⁹⁹ e tendencialmente gratuita. Em termos práticos, a ERSE pode promover a criação de um centro especializado de arbitragem institucionalizada ou celebrar protocolos com centros já existentes, devendo, neste último caso, promover a adesão das entidades intervenientes nos setores regulados aos referidos centros de arbitragem.

Quer a ERSAR, quer a ERS possuem competências em matéria de resolução de conflitos entre as entidades reguladas e os utilizadores, idênticas às previstas para a ERSE¹⁰⁰.

Já a AMT, por exemplo, não detém competências em matéria de arbitragem. Pode, no entanto, efetuar ações de conciliação, as quais devem ser resolvidas no prazo máximo de 90 dias a contar da data de receção do pedido¹⁰¹. Também a ERC apenas prevê a existência de um mecanismo de conciliação entre as partes¹⁰².

À ANACOM compete «desenvolver as diligências necessárias ao estabelecimento de acordos de cooperação com entidades que tenham por objeto assegurar mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos ou, em alternativa, à constituição de entidades que tenham por objeto a resolução extrajudicial de conflitos de carácter especializado no setor das comunicações»¹⁰³.

⁹⁸ Cf. Artigos 3.º, n.º 2, alíneas t) e u), 20.º e 22.º, todos dos Estatutos da ERSE.

⁹⁹ Dois meses no máximo, nos termos do n.º 3 do artigo 20.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁰⁰ Cf. Artigo 14.º dos Estatutos da ERSAR e artigos 28.º e 29.º dos Estatutos da ERS.

¹⁰¹ Cf. Artigo 38.º dos Estatutos da AMT.

¹⁰² Cf. Artigo 57.º dos Estatutos da ERC.

¹⁰³ Cf. Artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março.

3. Modalidades de regulação

Quando o poder político decide que um determinado setor de atividade tem de ser regulado, três caminhos possíveis se lhe deparam: o da autorregulação, o da regulação estadual dependente ou o da regulação independente.

Por economia de espaço, mas, fundamentalmente, porque o tema já foi exaustivamente estudado pela ilustre academia¹⁰⁴, limitamo-nos nesta dissertação a apresentar sumariamente a trilogia de escolhas passíveis de serem feitas, quando temos que optar entre uma das três modalidades de regulação existentes, na perspetiva da relação entre regulador e regulados.

O primeiro dos caminhos é o da autorregulação. Assistimos a fenómenos de autorregulação quando o Estado decide confiar a função regulatória, por exemplo, às próprias associações públicas profissionais¹⁰⁵. É o que se passa com a atribuição à Ordem dos Advogados, à Ordem dos Engenheiros ou à Ordem dos Arquitectos da missão de zelar pelo acesso à profissão de advogado, engenheiro ou arquitecto, respetivamente. Fala-se, nestes casos, em autorregulação uma vez que são os próprios interessados que regulam a sua profissão, já que apenas os profissionais da área podem possuir a qualidade de membro de órgão da associação ou a qualidade de simples associado.

No plano da regulação dos contratos públicos seria impossível adotar esta via da autorregulação uma vez que não se coloca aqui a premissa de regular o acesso a uma determinada profissão ou atividade económica mas antes regular e supervisionar relações económicas que se estabelecem entre entes públicos e privados.

Em alternativa à autorregulação, isto é, a regulação pelos próprios, podemos contrapor a heteroregulação¹⁰⁶, isto é a regulação por outros, no caso a regulação pelo Estado. A

¹⁰⁴ Com especial destaque, VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional ...*, ob. cit., Coimbra, Almedina, pp. 39-91.

¹⁰⁵ Nos termos da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico das associações públicas profissionais, estas são entidades públicas de estrutura associativa representativas de profissões que devam ser sujeitas, cumulativamente, ao controlo do respetivo acesso e exercício, à elaboração de normas técnicas e de princípios e regras deontológicas específicos e a um regime disciplinar autónomo, por imperativo de tutela do interesse público prosseguido. Embora se trate de pessoas coletivas de direito público, elas não estão sujeitas a superintendência governamental nem a tutela de mérito.

¹⁰⁶ Neste sentido, VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional ...*, ob. cit., p. 52.

heteroregulação pode assumir duas modalidades diferentes. A primeira é a de regulação estadual dependente ou tutelada, por oposição à regulação estadual independente. Falamos de regulação dependente ou tutelada quando os poderes regulatórios sobre um determinado setor de atividade estão atribuídos a uma entidade pública tutelada por um membro do Governo. É o que sucede, por exemplo, com o IMPIC, com o Instituto do Turismo de Portugal ou com o INFARMED. Em Portugal, foi a modalidade de regulação mais utilizada nas últimas décadas, sendo progressivamente substituída pela regulação independente, nomeadamente nas áreas da saúde, das comunicações, dos serviços energéticos, das águas e resíduos e, mais recentemente, dos transportes, terrestres, marítimos e fluviais e da aviação civil.

A outra modalidade de heteroregulação possível é a regulação estadual independente¹⁰⁷, ou seja, aquela que é exercida por entidades administrativas não sujeitas a poderes de tutela ou superintendência por parte do Governo¹⁰⁸. É o caso do Banco de Portugal, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) e das entidades reguladoras expressamente previstas na lei-quadro das entidades reguladoras independentes.

Um bom exemplo do que significa o estatuto de independência pode ser encontrado nos estatutos da ERC: «A ERC é independente no exercício das suas funções, definindo livremente a orientação das suas actividades, sem sujeição a quaisquer directrizes ou orientações por parte do poder político, em estrito respeito pela Constituição e pela lei».

De facto, o traço que se destaca nestas entidades, face aos reguladores tutelados, não é o da estrutura organizativa propriamente dita, nem o da autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nem o dos poderes exercidos, nem o da prestação de contas. Na verdade, podemos encontrar estas mesmas características em institutos públicos de regime comum ou especial. Assim, o que verdadeiramente distingue os institutos públicos de regulação tradicionais e as novas autoridades reguladoras é o facto destas últimas serem independentes¹⁰⁹, isto é, não estarem sujeitas a poderes de tutela e de superintendência por

¹⁰⁷ Que corresponde ao modelo das “comissões reguladoras independentes” (*independent regulatory commissions*) norte-americanas, segundo VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional ...*, ob. cit., p. 48.

¹⁰⁸ Sobre a tutela e superintendência, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 716-723.

¹⁰⁹ Neste sentido VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras ...*, ob. cit., p. 25-28, que distinguem entre independência orgânica (estrutural) e funcional (quanto à atividade). A primeira tem a ver com a composição dos órgãos, modo de designação dos titulares desses órgãos e formas de destituição.

parte do Governo. Com efeito, estabelece o nº 1 do artigo 45.º da Lei-Quadro das ARI que *«As entidades reguladoras são independentes no exercício das suas funções e não se encontram sujeitas a superintendência ou tutela governamental»*. E o nº 2 reforça: *«Os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes das entidades reguladoras sobre a sua atividade reguladora nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução»*.

Há, no entanto, quem entenda que a independência destas entidades face ao Governo é mais aparente do que real. E justifica tal entendimento com o facto destas entidades terem que prestar contas ao Governo. Em boa verdade, no plano da gestão patrimonial e financeira estas entidades encontram-se sujeitas às mesmas regras que os demais organismos públicos. Efetivamente, se os nºs 1 e 2 do citado artigo 45.º apontam no sentido da independência daquelas entidades, já os nºs 3, 4 e 5 caminham no sentido inverso, pois, (nº 3) *«O membro do Governo responsável pela área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora pode solicitar informações aos órgãos das entidades reguladoras sobre a execução dos planos de atividades, anuais e plurianuais, bem como dos orçamentos e respetivos planos plurianuais»*, (nº 4) *«Carecem de aprovação prévia, no prazo de 60 dias após a sua receção, por parte dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, os orçamentos e respetivos planos plurianuais, o balanço e as contas»* e (nº 5) *«Carecem também de aprovação prévia, no prazo referido no número anterior, pelo membro do Governo responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, outros atos de incidência financeira cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos»*.

Pergunta-se, pois, se tanta aprovação ou autorização tutelar não poderia ser substituída por uma outra forma pública de prestação de contas, nomeadamente se não bastaria a mera publicitação no portal da entidade de todos esses documentos. Os defensores da atual lei dirão que se trata apenas de aprovação de documentos de gestão patrimonial e financeira; não de decisões relativas à condução do “negócio” (core business) da entidade reguladora, pelo que não estará, por esta via, posta em causa a independência dessas entidades.

A segunda está antes relacionada com o desenvolvimento da atividade sem sujeição a quaisquer ordens ou instruções e sem qualquer censura ou controlo, por parte dos governos.

Podemos contrapor que sem meios não há fins; ou seja, a não aprovação de documentos previsionais de gestão (planos de atividades e orçamentos) poderá ser encarada como uma forma de condicionamento político da atividade reguladora.

Uma outra questão que se poderá levantar – conexa com a da independência – é a da *legitimação democrática*¹¹⁰ do poder das entidades reguladoras, muitas vezes consideradas “o quarto poder”¹¹¹. Perante que entidades democraticamente eleitas respondem os reguladores? Ou, conforme sugere CATARINO, «*a questão do “controlo dos guardiões” ou do “guarda dos guardas”, tão propalada desde as Sátiras de Juvenal, tem uma importância acrescida num ambiente internacional de privatização, de desregulação e liberalização*»¹¹².

Uma coisa é certa; as autoridades reguladoras independentes estão, desde 1997, como vimos, constitucionalmente legitimadas (artigo 267.º, nº 3 da CRP) e essa legitimação foi recentemente reforçada com a aprovação, pelo Parlamento, em 2013, de uma lei-quadro que lhes confere amplos poderes e independência (orgânica, funcional e técnica).

Gozando verdadeiramente de independência técnica, elas encontram-se, porém, limitadas em termos gestionários uma vez que, nos termos da lei-quadro (artigo 5.º, nº 3), estão sujeitas ao cumprimento das regras da contratação pública do Estado e à fiscalização do Tribunal de Contas e das inspeções-gerais do Estado, ou seja, a prestar contas (*accountability*). Por outro lado, têm igualmente que prestar contas perante o Parlamento uma vez que, nos termos do artigo 49.º da Lei-quadro, devem apresentar anualmente, na Comissão Parlamentar competente, o respetivo plano de atividades e a programação do seu desenvolvimento. Finalmente, são responsáveis por uma gestão transparente, uma vez que prestam contas perante os cidadãos, nos termos do artigo 48.º da citada lei, através da respetiva página eletrónica, na internet, na qual devem disponibilizar informações atualizadas sobre a sua vida interna (incluindo atividade regulatória e sancionatória).

¹¹⁰ Cf. VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras ...*, ob. cit., pp. 41-48.

¹¹¹ Neste sentido v. VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras ...*, ob. cit., p. 19: «*Pelo elevado grau de independência de que dispõem e a natureza das funções que são chamadas a desempenhar, não faltam autores a apontarem as ARI americanas como expressão de um “quarto poder”*», citando MICHELE PASSARO, *Le Amministrazione Indipendenti*, Giappichelle Editore, Torino, 1996, p. 63.

¹¹² Cf. LUÍS GUILHERME CATARINO, “O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?”, *Publicações CEDIPRE Online – 16*, www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, fevereiro de 2014, p. 5.

Em síntese, as autoridades reguladoras independentes estão sujeitas a um acompanhamento político da sua atividade, por parte do Parlamento, traduzido num dever de informação anual; por outro lado, estão sujeitas ao controlo de legalidade dos seus atos e decisões (por via das auditorias do Tribunal de Contas e dos serviços de auditoria do Estado) e, conseqüentemente sujeitas a um “controlo jurisdicional dos seus actos”¹¹³ e, finalmente, estarão sujeitas a um acompanhamento da sua atividade por parte dos cidadãos, os quais serão, naturalmente, implacáveis na sua apreciação sobre a forma como estas entidades são geridas e como exercem os poderes de regulação de que dispõem (*Democracia Participativa*). A este propósito podemos citar como exemplo, as discussões públicas, quer na comunicação social, quer em blogs, sobre o papel dos reguladores perante a crise económico-financeira mundial e a falência do sistema financeiro (o “gap” regulatório)¹¹⁴.

4. A regulação dos contratos públicos e a regulação dos serviços de interesse económico geral

Os serviços de interesse económico geral (SIEG) – também denominados “serviços públicos básicos”¹¹⁵ (água, energia, telecomunicações, transportes coletivos, entre outros) – estão intimamente ligados ao crescimento do movimento regulatório na Europa¹¹⁶.

Na verdade, esses serviços – também conhecidos por “serviços de rede” (conceito facilmente entendível por se tratar de serviços que implicam a criação de redes físicas de fornecimento de água, de energia, de telecomunicações e de redes “imateriais” de serviços de transporte coletivo) - constituíram durante muitos anos uma espécie de reserva do próprio Estado, que os prestava ao cidadão, umas vezes diretamente (na qualidade de Estado prestador), outras indiretamente (enquanto Estado concedente). Essa reserva era, na maioria dos casos, forçada e não voluntária, apesar de alguns casos terem resultado da

¹¹³ Cf. VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras ...*, ob. cit., p. 37.

¹¹⁴ PEDRO GONÇALVES refere, a este propósito, que «*Concentrando a nossa atenção no caso português, verifica-se que a regulação pública (financeira) também deu o seu contributo para a situação de catástrofe financeira em que o País mergulhou. Todavia, o “gap” regulatório não foi agora determinado por razões ideológicas, pois, como parece ficar cada vez mais claro, encontra fundamento na incompetência dos reguladores: com efeito, só mesmo a incompetência e, porventura, a ingenuidade e a “veduta corta” podem explicar os casos Banco Português de Negócios (BPN) e Banco Privado Português (BPP)*», in *Reflexões...*, ob. cit. p. 32.

¹¹⁵ Segundo VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras ...*, ob. cit., p. 12.

¹¹⁶ Sobre a regulação dos Serviços de Interesse Económico Geral, v. J.N. CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008.

nacionalização de empresas privadas. O fornecimento de energia, de água, de telecomunicações e de transportes são serviços públicos essenciais a toda a população – e, como tal, constitucionalmente protegidos – que implicam avultados investimentos, quer na sua montagem, quer na sua exploração. Daí que, na ausência de iniciativa privada interessada em prestar esses serviços de forma geral (cobrindo toda o território e não apenas os meios urbanos mais populosos e, naturalmente, mais rentáveis), o Estado se tenha visto forçado a ocupar a “falha de mercado”¹¹⁷ existente, criando verdadeiros monopólios e assumindo a veste de Estado prestador, fornecedor ou intervencionista ou atribuindo direitos especiais e exclusivos a terceiros (concessionários).

Este modelo europeu de Estado proprietário, Estado gestor ou Estado intervencionista, acabou por entrar em crise, situada por alguns na década de 70 do século passado, resultante, em grande parte, de uma alegada ineficiência da máquina pública na gestão dessas “empreitadas”, com o conseqüente aumento da despesa pública¹¹⁸. PAZ FERREIRA refere, a este propósito, que depois das “falhas de mercado” (que justificaram a intervenção do Estado) vieram as “falhas de governo” (ineficiência na gestão), que abriram as portas à privatização de tais atividades económicas, enquadradas num movimento de liberalização¹¹⁹. Ora, foi precisamente esta mudança de paradigma (da estatização/nacionalização à privatização) que alterou o modelo de relacionamento entre o Estado e a economia, do qual germinou “*uma nova dimensão de intervenção indirecta do Estado na economia através da regulação*”^{120 121}.

A regulação económica dos SIEG tem, assim, como fundamento, num primeiro momento, abrir os serviços de rede à concorrência, e, num segundo momento, assegurar o funcionamento equilibrado desses mercados, quer na perspectiva de uma verdadeira e sã concorrência, quer na perspectiva da protecção do consumidor/cliente, mediante a prestação

¹¹⁷ Sobre o conceito de “falha de mercado”, vide EDUARDO PAZ FERREIRA et.al., *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 13-14.

¹¹⁸ Nesse sentido, cfr. PAZ FERREIRA et. Al., *Regulação em Portugal ...*, ob. cit., pp. 15-16, citando outros autores, tais como GIANDOMENICO MAJONE, “From the Positive to the Regulatory State. Causes and Consequences of Changes in the Modes of Governance”, *Journal of Public Policy*, 1997, 17(2), pp. 139 ss.; NOURIEL ROUBINI, JEFFREY SACHS, “Government Spending and Budget Deficits in Industrial Countries”, in *Economic Policy*, Issue 8, April, 1989.

¹¹⁹ Cf. PAZ FERREIRA, *Regulação em Portugal ...*, ob. cit., pp.16 e ss.

¹²⁰ Cf. PAZ FERREIRA, *Regulação em Portugal ...*, ob.cit., p. 20.

¹²¹ Sobre o mesmo tema, v. JOÃO CONFRARIA, “Falhas do Estado e Regulação Independente”, *Revista de Concorrência e Regulação*, N.º 3, Autoridade da Concorrência e IDEFF, 2010, pp. 33-52.

de serviços de qualidade. Na linha do defendido por PEDRO GONÇALVES, segundo o qual a missão regulatória tem sempre subjacente um esquema relacional de base triangular (e não bipolar ou linear) acrescentaria que, no caso da regulação dos SIEG, o esquema triangular típico existente é “regulador-empresas (regulados)-cidadãos (consumidores)”, mas também pode ser “regulador-empresas-empresas”¹²².

O modelo de evolução da regulação dos contratos públicos apresenta algumas semelhanças com o explanado quanto aos SIEG. Como já tivemos ocasião de afirmar, evoluímos neste domínio de um Estado prestador para um Estado comprador ou contratualizante. De um Estado “pesado” (em que muitas das tarefas eram asseguradas por “servidores do Estado”, como as funções de limpeza, de segurança, de gestão do parque informático, de gestão das viaturas, etc. ou, no caso das obras públicas, de funções de elaboração de projeto e realização de trabalhos – pelos “cantoneiros” municipais ou da ex-Junta Autónoma das Estradas) para um Estado “soft”, que, é, por isso mesmo, um ente contratante, comprador.

Em consequência da diminuição da despesa com pessoal e do aumento da despesa com aquisição de bens, serviços e obras, fica claro que o acompanhamento e a supervisão dos contratos públicos, quer na fase de formação do contrato, quer na fase da sua execução, se tornam tarefas imprescindíveis para assegurar a boa gestão dos dinheiros públicos.

Portanto, quanto à finalidade da regulação, se no caso dos SIEG ela visa antes de mais assegurar um mercado concorrencial entre empresas e a prestação de serviços de qualidade ao cidadão, a regulação dos contratos públicos visa, *prima facie*, assegurar a boa gestão dos dinheiros públicos (“*value for money*”), embora, vise, num segundo momento, os mesmos valores que a regulação dos SIEG, pois pretende-se que os contratos públicos sejam adjudicados com respeito pelo princípio da concorrência e que as empresas adjudicatárias executem os seus contratos públicos prestando serviços de qualidade. Portanto, buscando a lógica do esquema triangular de regulação de HELLERMANN, na regulação da contratação pública estamos, fundamentalmente, perante um esquema “regulador-entidades adjudicantes-operadores económicos”, em suma, um quadro de relacionamento diverso do apresentado quanto à regulação dos SIEG.

¹²² Sobre a dimensão triangular da regulação, cf. J. HELLERMANN, “Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht”, VVDStRL, n° 70, pp. 371 e ss., citado por P. GONÇALVES, *Reflexões...*, ob. cit. P. 13.

Quanto à natureza da entidade reguladora, no caso dos SIEG a regulação é assegurada por autoridades reguladoras independentes de natureza setorial (a título de exemplo, a ERSAR, na regulação do setor das águas e dos resíduos; a ERSE, na regulação do setor da energia; a AMT, na regulação dos transportes terrestres, marítimos e fluviais; e a ANAC, na regulação da aviação civil), tendo em conta a diversidade e a especialização das matérias em causa. Já a regulação dos contratos públicos, por se tratar de uma matéria transversal a todo o Estado, deve ser assegurada por uma autoridade reguladora única (ainda mais numa altura em que a legislação dos contratos públicos foi condensada num único Código), não se justificando, a nosso ver, que exista, por exemplo, um regulador para a área dos contratos de concessão e de empreitadas de obras públicas e um outro para os contratos de bens e serviços.

5. A regulação dos contratos públicos e a regulação da concorrência

Não tem sido fácil distinguir a fronteira que divide o direito da concorrência e o direito dos contratos públicos. Muitos autores têm considerado que se trata de duas faces da mesma moeda ou que, pelo menos, existe uma grande interdependência entre eles^{123 124}.

A regulação da concorrência é assegurada, em Portugal, pela Autoridade da Concorrência (AdC). À primeira vista não é fácil discernir o que verdadeiramente distingue esta autoridade dos restantes reguladores, tendo em conta que, como vimos, as autoridades reguladoras setoriais também têm como missão zelar pela concorrência no respetivo mercado setorial.

Analisemos, então, a razão de ser desta autoridade de âmbito horizontal ou transversal: a AdC tem como missão única «assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores»¹²⁵. Trata-se, ainda assim, de uma formulação muito genérica que tem de ser concretizada com o

¹²³ Sobre o assunto vide PEDRO GONÇALVES, *Reflexões ...*, ob. cit., p. 380 e ss.

¹²⁴ Sobre a relação entre o direito da concorrência e o direito da contratação pública, vide ainda N. CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 319 e ss.

¹²⁵ Cf. Artigo 1.º, nº 3 dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei nº 125/2014, de 18 de agosto.

auxílio de outras normas para percebermos o verdadeiro alcance dos poderes da AdC em matéria de defesa da concorrência. E nessa medida o artigo 6.º, nº 2, al. a) dos Estatutos da AdC fornecem-nos uma pista ao concretizar que a autoridade investiga e sanciona, fundamentalmente dois tipos de práticas anti concorrenciais:

- a) As práticas restritivas da concorrência: que incluem as práticas colusivas (acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas)¹²⁶, os abusos de posição dominante¹²⁷ e os abusos de dependência económica¹²⁸;
- b) As operações de concentração de empresas não autorizadas ou validadas pela AdC, nos termos do artigo 36.º e seguintes da Lei nº 19/2012¹²⁹.

Assim, o que distingue verdadeiramente esta autoridade transversal (face aos reguladores setoriais) é, em primeiro lugar, a sua elevada especialização e foco exclusivo na concorrência entre empresas, independentemente dos setores em que intervenham (público, privado, cooperativo e social), enquanto que nos reguladores setoriais a problemática da concorrência é apenas uma entre várias atribuições¹³⁰. Mas existe igualmente um segundo aspeto distintivo apontado pela doutrina: é que enquanto que a regulação setorial é, fundamentalmente, uma regulação *ex ante*, proactiva, “de feição dirigista, intrusiva”, a regulação da concorrência “apresenta contornos menos agressivos, de limitação sem intrusão, de repressão de desvios e de abusos de direitos e liberdades”, ou seja, é mais uma regulação “a posteriori” ou reativa¹³¹.

Numa análise comparativa entre a regulação da concorrência e a regulação dos contratos públicos, vejamos, pois, de forma sintética, aquilo que as une e aquilo que as separa:

¹²⁶ Nos termos do artigo 9.º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio (que aprovou o novo regime jurídico da Concorrência), práticas restritivas da concorrência são acordos entre empresas que visam impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.

¹²⁷ Cf. Artigo 11.º da Lei nº 19/2012, quanto ao conceito de “abuso de posição dominante”.

¹²⁸ Cf. Artigo 12.º da Lei nº 19/2012, quanto ao conceito de “abuso de dependência económica”.

¹²⁹ Sobre o controlo de concentrações como instrumento de regulação, vide P. GONÇALVES, *Reflexões...*, ob. cit., pp. 249 e ss.

¹³⁰ Sobre a articulação entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores setoriais v. CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado ...*, ob. cit., pp. 150 e ss. O A. defende que «a possibilidade de conflitos de competências entre os reguladores sectoriais e o regulador transversal deve ser ultrapassada através de uma leal colaboração recíproca, justificada pelo primordial objectivo comum de ser assegurado o funcionamento transparente, íntegro e eficiente de mercados livres e concorrenciais», in ob. cit., p. 152. Sobre o tema vide igualmente M. M. LEITÃO MARQUES et. Al., *Concorrência e Regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005., pp. 20 e ss.

¹³¹ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões ...*, ob. cit., p. 20.

Em primeiro lugar, os públicos-alvo são distintos. Se os agentes principais visados pela AdC são as empresas¹³² e, fundamentalmente, as do setor privado (pois é esse o domínio de eleição para a vigilância das práticas restritivas da concorrência e para o controlo das operações de concentração de empresas), já a regulação dos contratos públicos visa, antes de mais, a monitorização da atuação das entidades públicas adjudicantes (uma vez que a conduta destas é determinante para a celebração e execução de bons contratos públicos). Portanto, estamos perante a regulação de mercados diferentes: o mercado privado, no primeiro caso, o mercado público, no segundo caso. PEDRO GONÇALVES caracteriza esta distinção acentuando que o direito da concorrência regula o “lado da oferta” e o direito da contratação pública o “lado da procura”¹³³. Já PETER TREPTE clarifica que na regulação da contratação pública não se visa apenas atuar sobre as falhas de mercado (operadores económicos), mas também sobre as falhas de governo, isto é, as falhas resultantes da atuação do Estado enquanto comprador (“*failures connected with the government itself as buyer*”)¹³⁴.

Em segundo lugar, se o *omega* da regulação da concorrência é a existência de um mercado competitivo (portanto, sem monopólios ou oligopólios) e livre de práticas restritivas da concorrência, já a regulação dos contratos públicos visa, como já se disse, acima de tudo, contribuir para uma boa gestão dos dinheiros públicos, assegurando a aquisição de bens, serviços e obras numa lógica de otimização do princípio do custo-benefício¹³⁵.

¹³² Neste sentido, v. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões ...*, ob. cit., p. 381.

¹³³ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões...*, ob. cit., p. 407, citando sobre o tema, BOVIS, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford, 2006, p. 22; P. TREPTE, *Regulating Procurement*, p. 5, entre outros.

¹³⁴ Cf. P. TREPTE, *Regulating ...*, ob. cit., p. 45.

¹³⁵ A conclusão não é, no entanto, pacífica. Conforme ilustra PEDRO GONÇALVES, in *Reflexões...*, ob. cit., p. 384 e ss., «(...) para uns Autores, a regulação da contratação cumpre o objetivo precípua da economicidade, e, portanto, da procura do *best value for money*, mediante a busca da melhor proposta com o menor custo e gasto de recursos; para outros, o sentido primário dessa regulação reside na exigência, que se deve reclamar dos poderes públicos, de conceder às empresas um direito à igualdade de oportunidades ou de acesso ao “mercado dos contratos públicos”, bem como à igualdade de tratamento no âmbito do procedimento de contratação». Quanto a nós inclinamo-nos para a tese do primeiro grupo de Autores por uma razão muito concreta: é que qualquer contrato público deve visar a obtenção da proposta mais vantajosa para a satisfação do interesse público ainda que a salvaguarda da concorrência possa ser afastada ou fortemente limitada (por exemplo, quando a urgência imperiosa manda adjudicar o contrato, por ajuste direto sem consultas prévias, inexistindo, portanto, concorrência neste caso). Concordamos, porém, com a tese que defende que a concorrência é um ponto de partida para alcançar o *best value for money* na contratação pública. É conhecida a correlação entre o número de propostas e o aumento da possibilidade de escolha quanto à proposta melhor e mais vantajosa para o interesse público. Neste sentido, v. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões...*, ob. cit., p. 392.

Há, no entanto, um aspeto que as une: é precisamente o da salvaguarda da concorrência, embora encarada a níveis diferentes, como vimos. É que a regulação dos contratos públicos também tem como objetivo zelar pela existência de uma efetiva concorrência na adjudicação dos contratos públicos. Efetivamente, o princípio da concorrência é um dos princípios que as entidades adjudicantes devem assegurar na formação dos seus contratos. Salvo em casos muitos excepcionais, a adjudicação deve resultar do lançamento de procedimentos abertos à concorrência. Por outro lado, as novas regras europeias de contratação pública estimulam a adjudicação de contratos públicos a pequenas e médias empresas, potenciando, assim, um mercado aberto a todos os operadores económicos, aspeto que também deve merecer o devido acompanhamento por parte da entidade reguladora dos contratos públicos¹³⁶.

Aqui chegados, questiona-se se a entidade reguladora dos contratos públicos deve ser uma entidade distinta da autoridade da concorrência, ou se, pelo contrário, estamos perante matérias que justificam uma concentração de atribuições numa mesma entidade. Sendo certo que alguns países optaram, como veremos no capítulo III, por seguir esta última via, propendemos a considerar que somos favoráveis a não associar o que, a nosso ver, é distinto.

É que qualquer concentração que se faça nesta matéria será sempre artificial; será sempre uma concentração mais formal (organizativa) do que substancial. Na prática, teremos sempre duas organizações dentro duma mesma organização. Este é também o entendimento do Tribunal de Contas, considerando como fator crítico a junção na mesma entidade reguladora independente (ANACOM) de dois setores distintos e com práticas diferenciadas, motivando diferentes tipos de relacionamento com o Governo (referindo-se ao setor postal e ao setor das telecomunicações)¹³⁷.

¹³⁶ PEDRO GONÇALVES, in *Reflexões...*, ob. cit., pp. 372 e 373, considera, inclusive, que «o direito da concorrência e o direito da contratação pública constituem dois universos ou sistemas de normas marcados por uma mesma intencionalidade, que consiste precisamente na proteção e promoção da concorrência». Porém, mais adiante apresenta-nos, citando WALTER LEISNER, o sentido com que cada um dos regimes legais encara a problemática da concorrência: o direito da concorrência põe o acento tónico na *liberdade concorrencial* (isto é, na liberdade de empresa e de iniciativa económica privada; no livre acesso ao mercado), enquanto que o direito da contratação pública acentua a dimensão da *igualdade concorrencial* (ou seja, os operadores económicos apresentam-se à partida, perante as entidades adjudicantes públicas, em posição de igualdade).

¹³⁷ Cf. Relatório Síntese sobre a Temática da Regulação, *Relatório n.º 18/2008 (2.ª Secção)*, do Tribunal de Contas, disponível em http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_audit.shtm, p. 15.

CAPÍTULO II

A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS EM PORTUGAL

Escrever sobre o tema da regulação dos contratos públicos em Portugal constitui, na prática, um desbravar caminhos ou veredas em estado quase selvagem. Na verdade, como se referiu antes, sendo certo que desde que o Estado é Estado que existem contratos públicos, não é menos verdade que, em Portugal, a regulação dos contratos públicos se encontra ainda numa fase muito embrionária.

Efetemos, então, uma breve viagem pela legislação portuguesa e pela organização administrativa, conexas com os contratos públicos.

1. Legislação portuguesa sobre contratos públicos

Como primeira nota é importante sublinhar que até à publicação do primeiro Código dos Contratos Públicos (aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro) a legislação portuguesa sobre a matéria apresentava-se de forma bifurcada, isto é, assentava na existência simultânea de dois regimes jurídicos distintos, um para a contratação de empreitadas de obras públicas e outro para a adjudicação de contratos de fornecimento de bens ou serviços. Essa ramificação legislativa, baseada numa clara distinção entre os dois grandes tipos de contratos públicos, era também resultado de uma divisão político-administrativa que dirigia ou, pelo menos, estabelecia as regras que disciplinavam cada um desses tipos contratuais; de um lado o Ministério responsável pelas obras públicas, do outro, o Ministério das Finanças.

Sintomático dessa cisão é o facto da história da nossa legislação sobre contratos públicos apresentar marcas bem distintivas na evolução de cada um dos regimes legais. Assim, o primeiro regime jurídico de empreitadas de obras públicas (da era moderna) surgiu com um Decreto de 9 de maio de 1906, produto, portanto, do período final da monarquia em

Portugal¹³⁸. Não obstante se tratar de um diploma do período monárquico, este decreto teve vida longa, mais concretamente cerca de 63 anos, até à publicação do Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de fevereiro de 1969, atravessando, pois, o período da “Primeira República” (1910-1926), o período da “Ditadura Militar” (1926-1933), e quase todo o período do “Estado-Novo” (1933-1974). Curiosamente, este Decreto de 1969 sobreviveu à instauração da Democracia, em 1974, mantendo-se em vigor até 1986, data em que, na sequência da adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia (CEE), o regime jurídico de empreitadas de obras públicas teve que ser alterado de modo a adaptar-se às exigências do direito comunitário sobre a matéria, daí resultando o Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto. Até 2008 – data de publicação do Código dos Contratos Públicos – o regime jurídico de empreitadas de obras públicas sofreu mais duas alterações, uma vez mais motivadas pela alteração do quadro europeu de contratos públicos. Tratou-se do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro (que transpôs a Diretiva n.º 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de julho) e do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (transposição da Diretiva n.º 93/37/CE, do Conselho, de 14 de junho, e da Diretiva n.º 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro).

Em suma, em cerca de 100 anos (1906 a 2008), atravessados por regimes de Governo muito diversos, Portugal contou com cinco versões do regime jurídico de empreitadas de obras públicas, o que, ainda assim, demonstra alguma estabilidade legislativa neste domínio.

A evolução histórica do regime legal de contratação pública de bens e serviços em Portugal é um pouco diferente do que regeu a adjudicação de empreitadas de obras públicas. Numa primeira fase a celebração de “contratos de compra e venda ou fornecimento de materiais ou géneros”¹³⁹ regia-se por diferentes leis e pelo regulamento geral da contabilidade pública, conforme se pode aferir pela leitura do preâmbulo do Decreto n.º 9825, de 19 de junho de 1924, diploma, portanto, aprovado no período da 1ª República. Ao contrário do que sucedeu com o regime jurídico das empreitadas de obras públicas, marcado por alguma

¹³⁸ LÍCÍNIO MARTINS apresenta-nos, porém, como primeira referência - no âmbito da evolução do regime jurídico das empreitadas de obras públicas – a Portaria de 8 de março de 1861, que estabelecia cláusulas e condições gerais para as empreitadas de obras públicas, in *Empreitada de Obras Públicas – O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 264.

¹³⁹ O qual também se aplicava, em determinado aspetos, a contratos de empreitadas de obras públicas e de contratos de concessão.

estabilidade até à instauração da Democracia, as normas disciplinadoras da aquisição de bens e serviços pelo Estado (geralmente constantes de um quadro legal mais vasto atinente à fixação de regras de contabilidade pública) sofreram alterações frequentes, nomeadamente, as introduzidas pelo Decreto nº 18381, de 2 de maio de 1930¹⁴⁰, pelo Decreto-Lei nº 27563, de 13 de março de 1937¹⁴¹, pelo Decreto-Lei nº 41375, de 19 de novembro de 1957¹⁴², pelo Decreto-Lei nº 48234, de 31 de janeiro de 1968¹⁴³ e pelo Decreto-Lei nº 211/79, de 12 de julho.

Após a adesão de Portugal à CEE este regime foi alterado duas vezes, igualmente por necessidade de transposição da legislação comunitária: uma pelo Decreto-Lei nº 55/95, de 29 de março (transpondo as Diretivas nºs 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de junho e 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de junho) e outra pelo Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de junho (que transpôs a Diretiva n.º 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro).

Curioso é verificar que a apontada bifurcação de regimes distintivos, separando as empreitadas de obras públicas dos processos de aquisição de bens e serviços, foi-se esbatendo ao longo dos anos, numa clara demonstração de que era mais aquilo que os unia do que aquilo que verdadeiramente os separava. Dito de outro modo, não obstante existissem questões particulares relativas a cada um dos tipos contratuais¹⁴⁴, a matriz que presidia à publicitação da oferta contratual e à escolha do adjudicatário era, em linhas gerais, muito idêntica, razão pela qual já em 1999 se discutia a oportunidade de codificar a

¹⁴⁰ Neste Decreto encontramos referências à realização de despesas de aquisição de material até ao montante de 500\$ sem as formalidades de concurso público e de contrato (cfr. Artigo 14.º, §1.º).

¹⁴¹ Neste Decreto a dispensa de realização de concurso público e de celebração de contrato escrito é permitida até ao montante de 10.000\$ (cfr. Artigo 6.º, alínea c)).

¹⁴² Este diploma assume-se, na prática, como a base dum primeiro regime legal de aquisições do Estado ao apresentar, de forma estruturada, um conjunto de normas atinentes à autorização da despesa, à formação dos contratos de obras e fornecimentos e à celebração dos contratos. Curioso é o artigo 13.º estipulando o seguinte: «*O processo dos concursos público e limitado seguirá os trâmites estabelecidos pelas leis e regulamentos aplicáveis aos serviços que os abrirem. Não havendo leis e regulamentos especiais, observar-se-ão as normas que vigorarem para os serviços do Ministério das Obras Públicas*». Tal norma é ilustrativa da maior experiência que este Ministério teria ao tempo em matéria de contratação pública, mormente fruto da gestão de contratos de empreitadas e de concessões de obras públicas e de serviços públicos.

¹⁴³ Este Decreto refere-se, pela primeira vez, ao procedimento de “ajuste directo”, introduzindo uma norma bem conhecida de todos quantos se debruçam sobre as matérias da contratação pública: «*artigo 1.º, 3º: Sempre que possível, deverá o ajuste directo ser precedido de consulta a três entidades, pelo menos*».

¹⁴⁴ A título de exemplo, nas empreitadas de obras públicas existe, a montante do procedimento de escolha e adjudicação do empreiteiro, toda a problemática de concepção da obra, tipicamente chamada a fase de projeto, e a jusante, as dificuldades inerentes à execução de uma obra que é, quase sempre, encarada como um protótipo, um fazer “novo”. Pelo contrário, a aquisição de um bem trata-se, em geral, de adquirir algo que já existe no mercado, reduzindo-se, assim, a complexidade e a incerteza inerente à adjudicação.

legislação de contratação pública. Tal não veio a acontecer, tendo o Governo optado por dois regimes jurídicos distintos aprovados com apenas três meses de intervalo: em março, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (regime jurídico de empreitadas de obras públicas) e em junho, o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, o primeiro preparado pelo Ministério das Obras Públicas, o segundo, pelo Ministério das Finanças.

O desejado fundamento para a codificação da disciplina portuguesa da contratação pública foi, finalmente, encontrado no quadro europeu dos contratos públicos. Ao invés do que sucedeu em momentos anteriores, marcados por diretivas comunitárias distintas para empreitadas de obras públicas¹⁴⁵ e para os contratos de aquisição de bens e de serviços¹⁴⁶, a Diretiva n.º 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro, traçou um caminho diverso ao juntar, pela primeira vez, numa mesma Diretiva, o regime legal de aquisição de bens, serviços e empreitadas de obras públicas. Em 1999, o legislador nacional optou, como vimos, por transpor essa Diretiva com a publicação de dois regimes autónomos, mas, com a publicação da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março (vulgo, Diretiva “Clássica”), decidiu-se, finalmente, por uma transposição unificada, plasmada no Código dos Contratos Públicos. Neste Código, o legislador nacional foi bastante ambicioso, uma vez que transpôs igualmente a Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (normalmente designada por “Diretiva dos Setores Especiais”), regime até aí constante de diploma autónomo (Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de agosto).

Outra nota curiosa é que este Código acabou por estabelecer não apenas o regime jurídico atinente à fase pré-contratual, também chamada de fase de formação dos contratos públicos, mas igualmente a fase da execução dos próprios contratos, ali enquadrada por um regime substantivo dos contratos públicos, na linha do que sucedia com o regime jurídico de empreitadas de obras públicas. Por essa razão é um Código dos Contratos Públicos e não um Código da Contratação Pública.

¹⁴⁵ Cf. Diretiva n.º 71/304/CEE do Conselho, de 26 de julho; Diretiva n.º 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho; Diretiva n.º 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de julho; Diretiva n.º 93/37/CE, do Conselho, de 14 de junho.

¹⁴⁶ Cf. Diretiva n.º 92/50/CEE, do Conselho de 18 de junho; Diretiva n.º 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de junho de 1993.

2. Competências de regulação, supervisão e fiscalização nos regimes jurídicos de contratos públicos

Os regimes jurídicos anteriormente citados estabelecem o quadro normativo que rege a fase de formação do contrato (desde a publicitação do anúncio ou envio do convite até à adjudicação do contrato) e a fase de execução ou gestão do contrato (desde a sua celebração até ao seu termo, incluindo o período de garantia), mas não definem qualquer quadro regulatório sobre o acompanhamento e monitorização de tais fases atinentes à vida dos contratos públicos.

A primeira manifestação – digna desse nome, ainda que embrionária – da constituição de um quadro regulatório para os contratos públicos, em Portugal, foi dada pela Lei Orgânica do XIX Governo Constitucional, que, pela primeira vez, consagrou formalmente a existência de um Ministério responsável pela “regulação dos contratos públicos”, no caso o Ministério da Economia¹⁴⁷. Consequentemente, foi aprovada a Lei Orgânica do Ministério da Economia, segundo a qual, o InCI passa a denominar-se IMPIC (com a novidade resultante da expressão “mercados públicos”), sendo a entidade responsável pela regulação dos contratos públicos em Portugal¹⁴⁸.

Vejam, pois, de que forma evoluiu o nosso quadro legal, em matéria de funções regulatórias, até chegarmos ao momento atual.

2.1. Obrigações estatísticas

Com a adesão à CEE, Portugal ficou, à semelhança dos restantes Estados membros, responsável por remeter anualmente a Comissão Europeia determinados dados estatísticos relativos a contratos públicos de bens, serviços e empreitadas, conforme determinado nas sucessivas diretivas europeias sobre a matéria. Essa função tem sido exercida, de forma

¹⁴⁷ Cf. Artigo 16.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 86-A/2011, de 12 de julho, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 119/2013, de 21 de agosto.

¹⁴⁸ Cf. Artigo 17.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 11/2014, de 22 de janeiro.

repartida, por serviços do Ministério das Finanças¹⁴⁹ e do Ministério das Obras Públicas^{150 151}, consoante o tipo de contratos em causa.

Nos termos do artigo 472.º do CCP, essas obrigações estatísticas encontram-se, atualmente, sob responsabilidade conjunta do InCI/IMPIC (para os contratos de empreitadas e de concessão de obras públicas) e da ESPAP (para os contratos de aquisição e locação de bens e aquisição de serviços). Estas entidades obrigam-se a elaborar e remeter à Comissão Europeia, até 31 de outubro de cada ano, um relatório estatístico relativo aos contratos públicos celebrados no ano anterior. Os dados estatísticos a incluir no relatório estão, no caso português, identificados na Portaria nº 701-D/2008, de 29 de julho e referem-se, basicamente, ao tipo de contratos (por CPV), ao número de contratos celebrados por tipo de procedimento pré-contratual, acima e abaixo dos limiares comunitários, incluindo os respetivos montantes e ainda à nacionalidade dos adjudicatários. Em suma, trata-se apenas de recolha de informação quantitativa que não espelha qualquer análise ou monitorização de dados por parte dos Estados membros, no pressuposto de que essa análise será realizada pelos próprios serviços da Comissão.

2.2. Mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos

Os regimes jurídicos de empreitadas de obras públicas (desde o Decreto-Lei nº 48871, de 19 de fevereiro de 1969 até ao Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de março, inclusive) previam a existência dum mecanismo extrajudicial (ou alternativo) de resolução de conflitos relacionados com a interpretação, validade ou execução de contratos de empreitadas de obras públicas, mediante o recurso obrigatório a uma tentativa de conciliação extrajudicial, realizada perante uma comissão presidida por um membro do Conselho Superior de Obras

¹⁴⁹ De acordo com o artigo 102.º do Decreto-lei nº 55/95, de 29 de março, a Direcção-Geral do Património do Estado era a entidade responsável pela elaboração dos relatórios estatísticos previstos no artigo 39.º da Diretiva nº 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de julho, e no artigo 31.º da Diretiva nº 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de junho. Essa competência manteve-se na Direcção-Geral do Património, com a publicação do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de junho (cf. artigo 200.º). Trata-se, em concreto, dos relatórios estatísticos relativos a contratos de aquisição de bens e serviços.

¹⁵⁰ O artigo 276.º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de março, estabelecia como competência do Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI) – atual InCI (futuramente, IMPIC) – produzir os relatórios estatísticos sobre contratos de empreitadas e concessões de obras públicas a remeter anualmente, à Comissão Europeia.

¹⁵¹ No XIX Governo Constitucional, o Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações foi extinto, tendo os respetivos serviços, organismos e empresas sido transferidos para a esfera do Ministério da Economia (cf. Artigo 21.º do Decreto-Lei nº 86-A/2011, de 12 de julho).

Públicas e Transportes, em momento anterior à propositura de ação no tribunal administrativo competente. Este mecanismo funcionou até 2008, não tendo sido acolhido no Código dos Contratos Públicos, muito embora continue a ser reclamado pelos agentes do setor como um método eficaz de resolução de litígios, essencialmente dos associados a diferendos assentes em questões técnicas da execução do contrato de empreitada.

A Lei orgânica do InCI prevê, como atribuição deste instituto, «*Desenvolver ações conducentes ao fomento da mediação e arbitragem voluntárias para a resolução de conflitos emergentes das atividades do setor (...)*»¹⁵². No entanto, tal atribuição legal ainda não se encontra materializada.

2.3. O Código dos Contratos Públicos

O Código dos Contratos Públicos de 2008 (englobando o extenso quadro regulamentar que o complementa¹⁵³) surge, na verdade, como o primeiro diploma que não se limita a estabelecer as regras condutoras da formação e da execução dos contratos (sob a perspetiva das entidades adjudicantes, dos candidatos e concorrentes e dos adjudicatários), apresentando, pois, outras normas que, de alguma maneira, podemos considerar apanágio duma embrionária visão regulatória sobre a matéria. No entanto, essas normas são, como iremos ver, apresentadas de forma dispersa ao longo do Código e não de forma agregada, num capítulo próprio, o que ilustra a visão ainda frágil que o legislador de 2008 teve sobre o assunto.

¹⁵² Cf. Artigo 3.º, n.º 2, al. n) do Decreto-Lei n.º 158/2012, de 23 de julho.

¹⁵³ Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho (comunicações eletrónicas) e as Portarias n.ºs 701-A/2008, de 29 de julho (modelos de anúncios), 701-B/2008, de 29 de julho (Comissão de Acompanhamento do CCP), 701-C/2008, de 29 de julho (atualização dos limiares comunitários), 701-D/2008, de 29 de julho (modelos de dados estatísticos), 701-E/2008, de 29 de julho (modelos de blocos técnicos de dados e de relatórios de formação e execução dos contratos), 701-F/2008, de 29 de julho (Portal BASE), 701-G/2008, de 29 de julho (plataformas eletrónicas), 701-H/2008, de 29 de julho (Projeto de execução de obras), 701-I/2008, de 29 de julho (Observatório das Obras Públicas) e 701-J/2008, de 29 de julho (Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Projetos de I&D associados a contratos públicos).

2.3.1. O Portal dos Contratos Públicos

Elemento importante para a materialização dessa visão regulatória sobre a contratação pública é a ideia de criação de um portal oficial dos Contratos Públicos (Portal BASE), constante do artigo 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (que aprovou o CCP):

«Por portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças, das obras públicas e da ciência e tecnologia, são aprovadas as regras de constituição, de funcionamento e de gestão de um portal único da Internet dedicado aos contratos públicos».

O portal único dos contratos públicos, entretanto denominado “Portal BASE”, assentou a sua estrutura jurídica inicial na Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho. Aspeto central desse regime legal é o de que o Portal é um espaço multifuncional destinado a disponibilizar a informação sobre a formação e a execução dos contratos públicos sujeitos à disciplina do CCP.

O Portal BASE apresenta-se como instrumento de publicitação de contratos públicos, funcionando, assim, como um verdadeiro mecanismo de *accountability*, acessível por todos os cidadãos, que desse modo – exercendo uma democracia participativa - podem “vigiar” a gestão dos contratos públicos nas suas diversas variáveis (o quê, a quem, quando, onde, por quanto). A gestão do portal foi inicialmente (e formalmente) atribuída de forma partilhada, ao InCI e à Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP), muito embora, em termos práticos, essa gestão tenha sido apenas assegurada pelo InCI, entidade que também foi responsável pela conceção do portal.

O Portal BASE começou por ser, essencialmente, um portal de publicitação de contratos celebrados na sequência do procedimento de “ajuste direto”, sendo tal publicitação condição de eficácia dos respetivos contratos, nos termos do disposto no artigo 127.º do CCP (portal de transparência). Porém, cedo se percebeu a sua enorme potencialidade, pelo que surgiram várias iniciativas propondo o seu *upgrade*, de forma a que este se assumisse verdadeiramente como um portal de todos os contratos públicos, não apenas para fins de transparência, mas inclusive de tratamento da informação (portal de monitorização).

A primeira iniciativa pertenceu ao Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) que, através da sua Deliberação de 6 de maio de 2009, propôs ao Governo que promovesse «o reforço dos mecanismos de transparência na contratação por ajuste direto mediante a introdução no Portal da Internet dedicado aos contratos públicos de mecanismos mais eficientes e alargados de busca e de relacionamento de dados, permitindo o cruzamento de informação relevante, tanto a nível nacional como regional ou autárquico, relativamente a contratações por ajuste direto, nomeadamente:

- i. *Explicitação mais precisa e completa dos bens, serviços ou obras objeto do ajuste direto;*
- ii. *Identificação dos demais concorrentes consultados (nome, sede e número fiscal) e, em particular, dos concorrentes reclamantes ou impugnantes;*
- iii. *Possibilidade de articulação ou de relacionamento dos dados disponibilizados no dito Portal com os dados fornecidos pelo portal da Justiça do Ministério da Justiça;*
- iv. *Possibilidade de busca automática dos adjudicantes, dos adjudicatários e dos demais concorrentes consultados e sua relação, bem, serviço ou obra a partir de palavras ou termos (v.g., denominações, número fiscal, sócios, sede ou estabelecimento, bem, serviço ou obra);*
- v. *Obtenção de dados estatísticos por adjudicante, por adjudicatário ou por contrato;*
- vi. *Estudo e implementação de metodologias de análise, visando detectar indícios de corrupção ou infrações conexas (v.g., despistagem de valores anormalmente elevados, concentração dos mesmos adjudicatários, desdobramentos de contratos para tornear o limite legal de isenção dos ajustes diretos, derrapagem de custos).»*

A segunda iniciativa traduziu-se na Resolução nº 17/2010 da Assembleia da República, de 28 de janeiro de 2010, que, com vista a aumentar a transparência dos procedimentos de adjudicação, recomendou ao Governo:

«1 – A introdução, no Portal dos Contratos Públicos, de mecanismos mais eficientes e alargados de busca e de relacionamento de dados, permitindo o cruzamento de informação relevante, tanto a nível nacional como regional ou autárquico.

2 - A alteração da Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de Julho, no sentido de tornar obrigatória a disponibilização dos seguintes elementos informativos, relativamente a todos os procedimentos administrativos para a formação de contratos públicos regidos pelo Código dos Contratos Públicos:

- a) *Explicitação mais precisa e completa dos bens, serviços ou obras objecto do contrato;*
- b) *Publicação do contrato, respectivos anexos e eventuais aditamentos;*
- c) *Identificação dos demais concorrentes — com indicação de nome, sede e número de identificação fiscal — e, em particular, dos concorrentes reclamantes ou impugnantes.*

3 - A reconfiguração do Portal dos Contratos Públicos, com o objectivo de introduzir a possibilidade de busca automática dos adjudicantes, dos adjudicatários e dos demais concorrentes e sua relação com o bem, serviço ou obra a partir de palavras ou termos — designadamente denominação, número fiscal, sócios, sede ou estabelecimento, bem, serviço ou obra.

4 - A reconfiguração do Portal dos Contratos Públicos no sentido de o dotar das ligações necessárias ou suficientes para a obtenção de dados estatísticos por adjudicante, por adjudicatário ou por contrato.»

Ora, uma leitura atenta e conjugada da Deliberação do Tribunal de Contas citada e desta Resolução da Assembleia da República permite-nos perceber que a segunda se baseou na primeira. Existem, no entanto, duas novidades: a primeira é a de que essa reconfiguração técnica do portal deve ser previamente sustentada na alteração da Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho, que, como referimos, constitui a base legal da constituição do referido portal. A segunda novidade é a de que a Assembleia da República propõe um nível mais elevado de transparência associado aos contratos públicos, que já não se limita a propor a publicitação de novos dados sobre os contratos públicos; propõe igualmente a publicitação de cópia dos próprios contratos, dos respetivos anexos e eventuais aditamentos.

Pois bem, como não há duas sem três, em 2011, Portugal depara-se com um Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), estabelecido entre o Governo português e as três instituições conhecidas como TROIKA¹⁵⁴: o Fundo Monetário Internacional (FMI), o

¹⁵⁴ Expressão que deriva de um termo russo “Troika” que significa um comité de três membros.

Banco Central Europeu (BCE) e a Comissão Europeia, que se traduziu na necessidade de cumprir um Memorando de Entendimento composto por um conjunto de medidas em vários domínios. Do memorando original (versão de maio de 2011), no capítulo reservado aos contratos públicos, constou a Medida 7.28. assim redigida: «*Atualizar o portal de Contratação Pública (Portal Base) com base na Resolução n.º 17/2010 da Assembleia da República, de 1 de Março, de modo a aumentar a transparência dos procedimentos de adjudicação*»¹⁵⁵. Veja-se, pois, a importância que o Portal BASE já assumia no plano internacional, em 2011, para merecer destaque enquanto medida fundamental para melhorar a transparência nos contratos públicos, sendo curioso o facto de tal portal ser uma iniciativa nossa, de Portugal, e não resultar de qualquer exigência do quadro jurídico-legal europeu que, verdadeiramente, pelo menos em matéria de contratos públicos, nos rege.

O Portal foi efetivamente melhorado, em linha com o proposto pelo Conselho de Prevenção da Corrupção, recomendado pela Assembleia da República e exigido pela TROIKA, tendo sido lançada em 2012 uma nova versão. A Portaria de enquadramento do novo Portal apenas foi publicada em 2013 (Portaria nº 85/2013, de 27 de fevereiro), destacando-se os seguintes aspetos:

A gestão do portal passou a ser da responsabilidade exclusiva do InCI (futuramente IMPIC), naquilo que se pode designar por ajustamento da lei à realidade. É eliminada a referência à publicitação dos ajustes diretos, sendo esta substituída pela obrigatoriedade de disponibilização de informação sobre a formação e execução de todos os contratos públicos regidos pelo CCP, à exceção da informação referente à execução dos contratos de concessão. Passa a ser obrigatória a publicação de cópia dos próprios contratos, tal como recomendado pela Assembleia da República, embora com uma exceção: não são publicitados os contratos que possam ser declarados secretos nos termos do disposto na alínea f) do nº 1 do artigo 24.º do CCP, nem as informações constantes dos demais contratos que se relacionem com segredos de natureza comercial, industrial, militar ou outro, conforme previsto no artigo 66.º do mesmo diploma e ainda das informações que digam respeito a dados pessoais, cuja divulgação se encontre regulada pela legislação relativa à respetiva proteção.

¹⁵⁵ Cf. “*Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*”, versão em língua portuguesa, de 17 de maio de 2011, disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf, p. 35.

Este portal é hoje considerado unanimemente como uma das mais inovadoras manifestações práticas, inclusive a nível mundial, do princípio da transparência associado aos contratos públicos. E como refere TREPTE, «*Transparency is a tool used by the government to guarantee knowledge of the facts for the purposes of verification and administrative control*»¹⁵⁶. Não são conhecidos muitos casos em que um portal oficial, central, informe o cidadão/contribuinte, de forma totalmente aberta, sobre a adjudicação e a execução de contratos públicos. A mais valia deste portal mereceu especial destaque por parte da Comissão Europeia, designadamente na Comunicação (COM) 453 final, de 26.06.2013, intitulada “*Contratação pública eletrónica do princípio ao fim para modernizar a administração pública*”, na qual se pode ler: «*(...) a digitalização facilita o controlo da contratação pública e, por conseguinte, de uma parte significativa das despesas públicas. Em Portugal, o portal para a contratação pública «Base» permite controlar as despesas com contratos públicos e o respetivo volume, bem como obter estatísticas sobre o tipo de aquisições, concursos ganhos pelas empresas, etc.*».

2.3.2. O Observatório das Obras Públicas

A previsão legal para a criação de um Observatório das Obras Públicas (OOP) consta do artigo 466.º do CCP. Ao contrário do que à primeira vista possa parecer, o OOP não é um organismo ou uma entidade pública ou privada¹⁵⁷. É antes um sistema de informação (interligado com o Portal BASE) que assenta numa base de dados especializada no tratamento e divulgação de dados estatísticos no domínio das empreitadas de obras públicas. Através da Portaria nº 701-I/2008, de 29 de julho, foram estabelecidas as regras de constituição e funcionamento do OOP, o qual é, tal como o Portal BASE, gerido pelo InCI/IMPIC. Depois da sua constituição legal, o OOP passou a ter existência física, no endereço <http://www.base.gov.pt/Oop/pt/Homepage>, a partir de julho de 2009.

Trata-se, tal como o portal BASE, de um sistema absolutamente inovador em termos internacionais. O OOP possui, inclusive, uma funcionalidade da maior importância, do ponto de vista da “*accountability*” das obras públicas: é que não se limita a publicitar os

¹⁵⁶ Cf. PETER TREPTE, *Regulating Procurement ...*, ob. cit., p. 5.

¹⁵⁷ Ao contrário, por exemplo, do Observatório do Comércio (criado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 54/98) ou do Observatório da Ciência e do Ensino Superior (criado pelo Decreto-Lei nº 121/2003).

contratos celebrados; compara inclusive o contrato celebrado com o contrato realmente executado, o que nos permite, desde logo, verificar os desvios em termos de preços e prazos e as razões desses desvios. Esta é, pois, uma ferramenta não só de publicitação de informação, mas também disciplinadora da atuação dos gestores públicos, na medida em que estes, certamente, cuidarão de planear/projetar melhor as suas obras públicas, a fim de minimizar os desvios potenciais entre o que contratam e o que, efetivamente, executam e pagam.

2.3.3. A Comissão de Acompanhamento do CCP

A criação de uma comissão de acompanhamento foi uma das boas medidas previstas no Código dos Contratos Públicos¹⁵⁸. Está-lhe subjacente uma lógica de monitorização e de avaliação do impacto e da efetividade das medidas legislativas. A Comissão de Acompanhamento do CCP foi criada pela Portaria n.º 701-B/2008, de 29 de julho, competindo-lhe, concretamente, recolher os elementos relativos à aplicação do CCP tendo em vista avaliar o seu impacto e propor eventuais alterações que se revelem necessárias à garantia ou à melhoria da eficácia das soluções nele consagradas.

A composição da Comissão de Acompanhamento integrava, inicialmente, representantes do Governo (Ministério das Finanças e Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações), das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, das autarquias locais (ANMP), de três instituições públicas com funções de relevo em matéria de contratos públicos (InCI/IMPIC, ANCP/ESPAP e AdC), de operadores económicos do setor das obras públicas e, por fim, das plataformas eletrónicas de contratação pública.

Quinze meses após a sua constituição inicial, com a publicação da Portaria n.º 1265/2009, de 16 de outubro, passaram a integrar a Comissão de Acompanhamento representantes do LNEC, das Ordens Profissionais dos Engenheiros e dos Arquitetos e da Associação Portuguesa de Projetistas e Consultores (APPC).

A Comissão iniciou funções, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 701-B/2008, de 29 de julho, no dia da entrada em vigor do CCP, precisamente o dia 29 de julho de 2008,

¹⁵⁸ Medida prevista no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o CCP.

mantendo-se em funcionamento por cinco anos, podendo o seu mandato ser renovado por despacho ministerial. Ora, como tal despacho não foi publicado, a Comissão terá cessado formalmente as suas funções em 29 de julho de 2013.

Entendemos, porém, que no âmbito do processo de revisão do CCP em curso deve ser salvaguardada a existência duma Comissão deste tipo, a qual, no entanto, carece de ser reconfigurada em termos de composição, na medida em que é necessário reforçar a presença de representantes de entidades públicas adjudicantes, nomeadamente de donos de obras públicas e de entidades compradoras de setores públicos mais relevantes, como o setor da saúde e o da defesa, bem como de representantes de operadores económicos de setores de atividade relacionados com o fornecimento de bens e de prestação de serviços.

2.3.4. O Regime Sancionatório do CCP

Os regimes jurídicos de aquisição de bens e serviços e de empreitadas de obras públicas anteriores ao CCP não incluíam quaisquer disposições de natureza contraordenacional que pudessem ser acionadas em caso de infração aos referidos regimes. Efetivamente, o CCP foi inovador nessa matéria ao incluir, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico de contratação pública, uma parte – a Parte IV – denominada “Regime Contraordenacional”.

É de sublinhar, no entanto, que este poder contraordenacional visa essencialmente operadores económicos e não entidades adjudicantes. É essa leitura que ressalta do facto de as únicas situações passíveis de configurarem contraordenações dizerem respeito a ações ou omissões praticadas pelos candidatos, concorrentes participantes em procedimentos de formação de contratos públicos. Vejamos:

Nos termos dos artigos 456.º a 458.º é considerada contraordenação:

- a) A participação de candidatos ou concorrentes na fase de formação de contratos públicos quando se encontrem impedidos de o fazer, nos termos do artigo 55.º;
- b) A falta de apresentação, pelo adjudicatário, dos documentos de habilitação ou de documentos comprovativos da titularidade de habilitação profissional específica;
- c) A apresentação de documentos falsos ou de prestação de falsas declarações, por parte dos candidatos ou concorrentes;

- d) A falta de prestação de caução pelo adjudicatário;
- e) A não comparência do adjudicatário, no dia e hora marcada pela entidade adjudicante, para outorga do contrato;
- f) O facto de os membros de um agrupamento adjudicatário não se associarem na modalidade jurídica exigida, antes da celebração do contrato;
- g) O facto de os membros de um agrupamento candidato ou concorrente integrarem, no mesmo procedimento, outro agrupamento candidato ou concorrente.

Este regime contraordenacional visa, pois, candidatos, concorrentes e adjudicatários pelo que, na prática, ele pode aplicar-se a quaisquer pessoas singulares ou coletivas que assumam essa posição jurídica, ou seja, no limite, também se aplicará a pessoas coletivas públicas quando estas assumam a “veste” de candidato, concorrente ou adjudicatário num determinado procedimento de formação de um contrato.

Ora, se, como vimos, um regime contraordenacional pode aplicar-se a pessoas coletivas públicas ou privadas, podemos questionar por que razão o legislador não cuidou de prever um regime contraordenacional para as entidades adjudicantes que violem as normas do CCP. A resposta poderá ser encontrada no facto de a violação das normas legais em matéria de contratação pública poder constituir infração de natureza financeira, sancionável pelo Tribunal de Contas¹⁵⁹, pelo que o legislador terá querido impedir a duplicação de sanções de natureza financeira, isto sem prejuízo da responsabilidade disciplinar ou eventualmente penal que possa existir.

As coimas previstas no CCP variam entre um máximo de 44.800€ e um mínimo de 500€ sendo competentes para a instauração dos processos de contraordenação:

- a) O InCI (futuramente IMPIC), quando o objeto do contrato a celebrar abranja prestações típicas dos contratos de empreitada ou de concessão de obras públicas;
- b) A Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), nos restantes contratos.

¹⁵⁹ Cf. Artigo 65.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aprovada pela Lei nº 98/97, de 26 de agosto (alterada pelas Leis n.ºs 48/2006, de 29 de agosto; 35/2007, de 13 de agosto; 3-B/2010, de 28 de abril; 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.

No caso de infração grave a aplicação da coima pode ser acompanhada da aplicação de uma sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos públicos durante um período não superior a dois anos.

Segundo dados recolhidos junto do InCI, entre 2008 e 2014 foram instaurados 357 processos de contraordenação por violação do CCP, tendo sido aplicadas coimas no montante total de 241.000 euros. A violação legal mais frequente foi a não prestação da caução (91 processos instaurados) e a não apresentação dos documentos de habilitação (190 processos instaurados). Até ao momento não foi, no entanto, aplicada a sanção acessória prevista no artigo 460.º do CCP.

2.3.5. A supervisão das plataformas eletrónicas de contratação pública

O modelo português de contratação pública eletrónica assenta na existência de um mercado privado de plataformas eletrónicas. Segundo podemos verificar através do Portal BASE existem atualmente sete plataformas certificadas. Assim, para a montagem inicial deste sistema inovador foi fundamental construir um regime jurídico específico que se baseia nos seguintes diplomas regulamentadores do CCP:

- a) Decreto-Lei nº 143-A/2008, de 25 de julho, que veio estabelecer os princípios e as regras a que devem obedecer as comunicações, trocas e arquivo de dados e informações por meios eletrónicos;
- b) Portaria nº 701-E/2008, de 29 de julho, que aprovou os modelos de blocos técnicos de dados e dos relatórios de formação e de execução dos contratos a comunicar ao portal BASE;
- c) Portaria nº 701-F/2008, de 29 de julho, que regulou a constituição, funcionamento e gestão do portal BASE;
- d) Portaria nº 701-G/2008, de 29 de julho, que definiu os requisitos e condições de utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública.

Através do Despacho nº 32639-A/2008, de 26 de dezembro, foi atribuída ao Centro de Gestão da Rede Informática do Governo (CEGER) a função de entidade supervisora das plataformas eletrónicas previstas no CCP. Esta entidade tem desempenhado, fundamentalmente, uma função de verificação técnica e de segurança das plataformas, não

possuindo quaisquer poderes mais amplos de monitorização e acompanhamento do mercado.

A experiência de seis anos de contratação pública eletrónica em Portugal veio demonstrar que o modelo português, apesar de elogiado internacionalmente¹⁶⁰, continha diversas falhas de regulação, que se traduziram num esmagamento dos preços praticados junto das entidades adjudicantes e na penalização dos operadores económicos participantes em procedimentos de contratação pública, as quais se viram a braços com custos excessivos associados ao pagamento de serviços diversos, tais como o fornecimento de selos temporais necessários à validação cronológica das propostas.

Assim, para colmatar este vazio legislativo que se traduzia na ausência de um verdadeiro regime regulador das plataformas eletrónicas de contratação pública, o Governo aprovou uma Proposta de Lei (PL nº 320/XII/4.^a (GOV)), que institui o IMPIC como entidade responsável pelo licenciamento, pela monitorização e pela fiscalização das plataformas eletrónicas e o Gabinete Nacional de Segurança (GNS) como entidade competente para assegurar a credenciação, em termos de segurança, das referidas plataformas.

¹⁶⁰ Cf. “Livro Verde relativo ao alargamento da utilização da contratação pública electrónica na EU”, *COM (2010) 571 final*, de 18.10.2010; Comunicação da Comissão Europeia - *COM (2012) 179 final*, de 20.04.2012, “Uma estratégia para a contratação pública eletrónica; Comunicação da Comissão Europeia - *COM (2013) 453 final*, de 26.06.2013, “Contratação pública eletrónica do princípio ao fim para modernizar a administração pública”; Relatório “*A Europa pode fazer melhor*”, elaborado pelo Grupo de Alto Nível de Peritos Independentes sobre os Encargos Administrativos, constituído junto da Comissão Europeia, 2012.

3. Competências de regulação, supervisão e fiscalização noutros regimes jurídicos

3.1. O Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC) e os institutos que o antecederam

Em 1999, através do Decreto-Lei nº 60/99, de 2 de março, foi criado o Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI) que, nos termos dos respetivos estatutos, tinha como missão, promover e orientar os mercados de obras públicas e particulares e do imobiliário, fomentar e acompanhar a regulação e regulamentação destes setores e assegurar o cumprimento das disposições legais a eles referentes. Para esse efeito, o IMOPPI possuía, com especial relevo para os mercados públicos, as seguintes competências:

- a) Colaborar na definição, execução e avaliação das políticas referentes aos mercados de obras públicas;
- b) Promover, orientar e disciplinar os mercados de obras públicas;
- c) Desenvolver e elaborar projetos normativos e dar pareceres sobre o ajustamento da legislação nacional às diretivas emanadas da União Europeia;
- d) Assegurar a representação nacional junto das instâncias comunitárias e internacionais;
- e) Conceder certificados de classificação de empreiteiro de obras públicas às empresas do setor, bem como verificar as condições de permanência nas respetivas atividades;
- f) Exercer a competência sancionatória nos termos da legislação aplicável;
- g) Estudar e propor os indicadores económicos e as fórmulas de revisão de preços a aplicar em contratos de empreitadas.

Oito anos depois, em 2007, o IMOPPI foi reestruturado passando a designar-se Instituto da Construção e do Imobiliário (InCI)¹⁶¹. A acrescer às atribuições já referidas o InCI passa a contar formalmente com as seguintes funções:

¹⁶¹ Cf. Decreto-Lei nº 144/2007, de 27 de abril.

- a) Assegurar a realização e divulgação de estudos e análises periódicas do comportamento dos agentes económicos e da evolução do setor, identificando fontes de informação, recolhendo dados, por si ou em colaboração com outras entidades, designadamente através da criação ou participação em observatórios dos mercados abrangidos pelo setor;
- b) Assegurar o cumprimento das obrigações de informação periódica, relativa às empreitadas de obras públicas, junto de instâncias comunitárias;
- c) Desenvolver ações conducentes à promoção de tentativas de conciliação obrigatórias e fomento da mediação e arbitragem voluntária para a resolução de conflitos emergentes das atividades do setor da construção e do imobiliário, incluindo, portanto, os contratos de empreitadas de obras públicas.

De realçar que, desta lei orgânica de 2007, ressalta alguma anarquia na forma como são elencadas as atribuições do instituto nas duas grandes áreas reguladas, a da construção e do imobiliário e a da contratação pública. Assim, em 2012, foi publicada nova lei orgânica do InCI, que separou formalmente as competências do instituto, nas duas áreas referidas, clarificando-as. O artigo 3.º, nº 3 do Decreto-Lei nº 158/2012, de 23 de julho apresenta, de forma ordenada, as competências do instituto em matéria de 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.

Percorrido novo ciclo de oito anos, em 2015, o InCI é novamente reestruturado e redenominado Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC).¹⁶²

De acordo com o previsto no preâmbulo do projeto de Lei Orgânica do IMPIC, a red denominação não é mera operação de cosmética, visando antes permitir uma melhor perceção da missão do instituto nas duas áreas em que atua. Efetivamente, concordamos que a anterior designação não era suficientemente clarificadora uma vez que se limitava a uma referência à área da construção e do imobiliário, sendo completamente omissa quanto à área dos contratos públicos.

A reestruturação significa ainda – de acordo com o projeto de lei orgânica - um alargamento de competências em linha com as exigências ditadas pelas novas diretivas europeias de contratação pública. São, assim, novidades as seguintes funções:

- a) Assegurar o licenciamento, a monitorização e a fiscalização das plataformas eletrónicas de contratação pública;
- b) Emitir pareceres, circulares e orientações, bem como produzir manuais de boas práticas e minutas documentais, tendo em vista auxiliar as entidades adjudicantes e os operadores económicos na interpretação e na aplicação corretas das regras de adjudicação e execução de contratos públicos;
- c) Acompanhar e monitorizar a aplicação das regras de adjudicação e execução de contratos públicos, bem como elaborar e divulgar os consequentes relatórios de análise e monitorização;
- d) Estabelecer e aplicar sistemas 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;

¹⁶² Cf. Artigo 31.º, n.º 2, al. d) do Decreto-Lei n.º 11/2014, de 22 de janeiro, que aprovou a Lei Orgânica do Ministério da Economia.

- e) Comunicar às autoridades nacionais competentes, designadamente aos organismos de inspeção e auditoria do Estado, a quem compete a fiscalização dos contratos públicos, violações específicas detetadas ou indiciadas e problemas sistémicos no âmbito da adjudicação e execução de contratos públicos;
- f) Produzir relatórios estatísticos sobre contratos públicos;
- g) Analisar queixas e denúncias de cidadãos e empresas, assim como participações de entidades públicas sobre a aplicação das regras de adjudicação e execução de contratos públicos;
- h) Instaurar processos de contraordenação e aplicar coimas por infração ao Código dos Contratos Públicos e ao regime jurídico das plataformas eletrónicas de contratação pública;
- i) Desenvolver ações conducentes ao fomento da mediação e arbitragem voluntárias na resolução de conflitos relacionados com os contratos públicos.

De realçar que, com a aprovação desta lei, pela primeira vez, se assumirá, em Portugal, a existência de um organismo com funções de regulação de contratos públicos, concretizando, assim, a missão que a Lei Orgânica do Governo já tinha, no final de 2013, atribuído ao Ministério da Economia.

3.2. A Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP) e organismos que a antecederam

O Ministério das Finanças tem sido, a par com o Ministério responsável pelo setor das obras públicas, um dos ministérios responsáveis pela tutela específica de matérias relacionadas com os contratos públicos, designadamente com as relativas à centralização das compras públicas. Assim, em 1979, através do Decreto-Lei nº 507/79, de 24 de dezembro¹⁶³, é criada, no seio do Ministério das Finanças, a Central de Compras do

¹⁶³ A leitura do preâmbulo deste diploma enriquece-nos acerca das vantagens da centralização das compras públicas:

«1. O aproveitamento das potencialidades inerentes à qualidade de consumidor fornece ao Estado um meio de disciplinar a actividade económica. A programação, coordenação e conveniente orientação das aquisições podem contribuir significativamente para o cumprimento da política económica e financeira global e sectorialmente definida.

Minimiza-se, porém, tradicionalmente, a importância da função «compras», à qual tem sido reservado um papel pontual e, mesmo assim, sem efectiva garantia do seu cumprimento.

Estado, que tinha como objetivo “*superintender, orientar e coordenar o abastecimento estatal*”.

Porém, em 1983, por força do Decreto-Lei nº 129/83, de 14 de março, a Central de Compras do Estado foi integrada na Direção-Geral do Património do Estado (DGPE). No que se refere às aquisições públicas as atribuições desta Direção-Geral cingem-se, fundamentalmente, à racionalização e minimização dos custos das aquisições públicas, por via das aquisições agregadas e centralizadas.

Depois dum longo período de anos em que a gestão dos processos de aquisição centralizada de compras do Estado esteve a cargo de organismos do Ministério das Finanças com a natureza de Direção-Geral, em 2007 é criada a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP), entidade pública de natureza empresarial, que tem como objetivo «*Conceber, definir, implementar, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, à simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à protecção do ambiente*»¹⁶⁴.

Em 2012, a ANCP é extinta, sendo integrada, conjuntamente com a GERAP¹⁶⁵ e o Instituto de Informática do Ministério das Finanças, numa nova entidade: a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP)¹⁶⁶.

Nos termos do nº 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei nº 117-A/2012, de 14 de junho, são atribuições da ESPAP, no âmbito das compras públicas:

A descoordenação e diversidade de centros e critérios de decisão quanto às aquisições, aliadas à ausência de padrões de consumo na Administração Pública, conduzem muitas vezes a situações em que é o próprio Estado, através das suas aquisições, a contrariar as directrizes de natureza económica e financeira que definiu.

Ora, sendo o Estado, no complexo institucional em que se desdobra, o maior consumidor do País, compreende-se facilmente o papel que uma política de compras coerente pode desempenhar na resolução de problemas de conjuntura e até de estrutura.

Aliás, tal perspectiva não é inovadora. Países em melhor situação económica que a nossa têm em funcionamento centrais de compras ou sistemas programados de aquisições, com resultados muito positivos».

¹⁶⁴ Cf. Artigo 1.º, nº 2, al. a) dos Estatutos da ANCP, aprovados pelo Decreto-Lei nº 37/2007, de 19 de fevereiro.

¹⁶⁵ GERAP é a sigla da Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública.

¹⁶⁶ Cf. Decreto-Lei nº 117-A/2012, de 14 de junho.

- a) Negociar e celebrar acordos quadro ou outros contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços destinados às entidades públicas adjudicantes compradoras;
- b) Acompanhar e apoiar as Unidades Ministeriais de Compras (UMC) nas negociações dos contratos públicos a celebrar ao nível ministerial;
- c) Agregar e tratar a informação relativa às compras públicas;
- d) Definir, desenvolver e implementar estratégias de compra e negociação para as aquisições centralizadas, preservando e incrementando os níveis de concorrência nos respetivos setores de atividade;
- e) Elaborar propostas de legislação, de procedimentos e de adoção de sistemas de informação de suporte relacionados com as compras públicas;
- f) Apoiar o membro do Governo da tutela na definição de políticas e linhas de orientação para as compras públicas;
- g) Coordenar e apoiar os serviços, organismos e entidades públicas e seus fornecedores na adoção das normas e procedimentos definidos para o aprovisionamento público;
- h) Promover a adoção de procedimentos de natureza normativa relativos à aquisição e utilização de sistemas informáticos de suporte ao aprovisionamento público;
- i) Implementar e manter uma plataforma que permita assegurar o suporte ao ciclo integral de compras, privilegiando o relacionamento desmaterializado entre as empresas fornecedoras e a Administração Pública;
- j) Gerir as aplicações centralizadas que integram o Sistema de Compras Públicas Eletrónicas;
- k) Adotar práticas e privilegiar a aquisição de bens e serviços que promovam o equilíbrio adequado entre a eficiência financeira e a proteção do ambiente;
- l) Avaliar permanentemente o desempenho do Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), designadamente mediante a promoção da realização de auditorias pelos serviços de inspeção e controlo competentes para o efeito.

Em síntese, podemos afirmar que a ESPAP é não só um operador ativo no mercado das compras públicas, como será, porventura, um dos atores públicos com maior impacto no mercado, enquanto gestor do Sistema Nacional de Compras Públicas e, conseqüentemente, enquanto detentor de um grande poder de influência na determinação das regras do jogo de

grande parte das aquisições públicas, sobretudo das respeitantes a entidades públicas compradoras vinculadas.

Essa é a principal razão pela qual a ESPAP não deverá, a nosso ver, desempenhar funções de regulação de contratos públicos, na medida em que o seu especial papel de contraente público (seja em nome próprio, seja em nome de terceiros, por via dos acordos quadro que celebra) retira-lhe, inevitavelmente, a distância que qualquer regulador deve ter face ao mercado que regula. Valem, aqui, uma vez mais, as palavras de VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS sobre a separação de funções de gestão e de regulação.¹⁶⁷

3.3. O Sistema Nacional de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado (SCI)

O Sistema Nacional de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado (SCI) foi criado pelo Decreto-Lei nº 166/98, de 25 de junho, e é constituído pelas inspeções-gerais dos diferentes Ministérios, pela Direcção-Geral do Orçamento (DGO), pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS) e pelos órgãos e serviços de inspeção, auditoria ou fiscalização que tenham como função o exercício do controlo interno.

Em termos de estrutura, o SCI apresenta três níveis, do mais para o menos elevado:

- a) O *controlo estratégico* – que consiste na verificação, acompanhamento e informação, perspectivados sobre a avaliação do controlo operacional e do controlo setorial, bem como sobre a realização das metas traçadas nos instrumentos provisionais, designadamente o Programa do Governo, as Grandes Opções do Plano e o Orçamento do Estado. É exercido pela Inspeção-Geral de Finanças (IGF), pela DGO e pelo IGFSS.
- b) O *controlo setorial* – que consiste na verificação, acompanhamento e informação perspectivados sobre a avaliação do controlo operacional e sobre a adequação da inserção de cada unidade operativa e respectivo sistema de gestão, nos planos globais de cada ministério ou região. É exercido pelos órgãos setoriais e regionais de controlo interno, designadamente pelas inspeções-gerais.

¹⁶⁷ Cf. VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras...*, ob. cit., p. 11.

- c) O *controle operacional* - consiste na verificação, acompanhamento e informação, centrados sobre decisões dos órgãos de gestão das unidades de execução de ações. É exercido pelos órgãos e serviços de inspeção, auditoria ou fiscalização inseridos no âmbito da respetiva unidade.

A criação do SCI visou, acima de tudo, a satisfação dos princípios da suficiência, da complementaridade e da relevância, razão pela qual os órgãos de controlo que o integram devem articular e coordenar entre si as respetivas intervenções, tendo em vista evitar sobreposições ou falhas de atuação. Para assegurar o normal funcionamento do SCI existe um Conselho Coordenador, presidido pelo inspetor-geral de finanças e integrado pelos demais inspetores-gerais, pelo diretor-geral do orçamento e pelo presidente do IGFSS.

Se tomarmos como referência a atuação da IGF, verificamos que uma das mais importantes áreas de auditoria e controlo em que esta atua é precisamente a área dos contratos públicos. Efetivamente, a IGF tem como missão *«assegurar o controlo estratégico da administração financeira do Estado, compreendendo o controlo da legalidade e a auditoria financeira e de gestão, bem como a avaliação de serviços e organismos, atividades e programas, e também a de prestar apoio técnico especializado, abrangendo todas as entidades do setor público administrativo, incluindo autarquias locais, entidades equiparadas e demais formas de organização territorial autárquica, e empresarial, bem como dos setores privado e cooperativo, neste caso quando sejam sujeitos de relações financeiras ou tributárias com o Estado ou com a União Europeia ou quando se mostre indispensável ao controlo indireto de quaisquer entidades abrangidas pela sua ação.»*¹⁶⁸ Não existindo uma referência expressa ao controlo das aquisições públicas, esse controlo acaba por estar implícito na norma que prevê como atribuição da IGF *«Exercer, no âmbito da administração financeira do Estado, a auditoria e o controlo nos domínios orçamental, económico, financeiro e patrimonial, de acordo com os princípios da legalidade, da regularidade e da boa gestão financeira, contribuindo para a economia, a eficácia e a eficiência na obtenção das receitas públicas e na realização das despesas públicas, nacionais e europeias»* (sublinhado nosso).

A intervenção da IGF e das demais inspeções-gerais em matéria de contratos públicos cinge-se a um controlo formal dos procedimentos de formação dos contratos públicos,

¹⁶⁸ Cf. Artigo 2.º, nº 1 da Lei Orgânica da IGF, aprovada pelo Decreto-Lei nº 96/2012, de 23 de abril.

normalmente feito *a posteriori*, isto é, depois dos atos praticados e, a maioria das vezes, depois dos processos concluídos. Já quando se trata de auditoria e controlo de fundos comunitários é frequente o acompanhamento e verificação de processos de contratação pública ainda em curso, ou cujos contratos se encontram ainda em fase de execução. Acresce referir que se trata essencialmente de uma verificação administrativa e financeira e não técnica, isto é, não compete às inspeções-gerais auditar se a obra foi tecnicamente bem executada, já que essa é uma competência do próprio dono da obra. Mas já será da competência da IGF, por exemplo, atuar, em sede de inquérito, quando verifique que existem fortes indícios de que existe desconformidade entre a obra e o projeto, com vista a apurar a eventual existência de responsabilidades por parte de responsáveis ou funcionários do dono da obra.

3.4. O Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas é uma entidade pública de grande relevância no seio da Administração Pública portuguesa e de natureza muito peculiar. Por um lado, é um órgão de soberania, por se tratar de um Tribunal previsto na nossa Lei Fundamental¹⁶⁹, com funções jurisdicionais nomeadamente no âmbito do julgamento das contas que a lei prevê. Mas por outro lado, é um órgão de controlo do Estado português denominado, nos termos do n.º 1 do artigo 214.º da CRP, «*órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas*»¹⁷⁰. E para o caso em análise é esta segunda dimensão que nos interessa. A organização e o funcionamento do Tribunal de Contas regem-se pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto¹⁷¹, merecendo destaque o artigo 1.º, n.º 1 segundo o qual «*O Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efectiva responsabilidades por infracções financeiras*». Quer isto dizer que a fiscalização do Tribunal de Contas não é de “mera legalidade”, isto é, de verificação

¹⁶⁹ Cf. Artigo 209.º, n.º 1, al. c), conjugado com o artigo 110.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa.

¹⁷⁰ Nesse sentido, referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que «*O Tribunal de Contas (...) é um tribunal especial não apenas quanto à sua competência híbrida, que não se limita a funções jurisdicionais (artigo 214.º), mas também quanto à forma de designação do respetivo presidente, sendo o único juiz nomeado pelo PR (artigo 133.ºm)*». Cf. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, p. 549.

¹⁷¹ Sucessivamente alterada pelas Leis n.ºs 48/2006, de 29 de agosto; 35/2007, de 13 de agosto; 3-B/2010, de 28 de abril; 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.

da conformidade dos atos com a lei, sendo igualmente de “mérito”, isto é, da sua conveniência, do ponto de vista da boa gestão pública, tendo em conta os princípios da economia, da eficiência e da eficácia¹⁷².

Ora, é precisamente no âmbito da fiscalização da despesa pública que o Tribunal de Contas fiscaliza os contratos públicos. E fiscaliza-os sob duas formas:

- a) Através da submissão dos contratos públicos à fiscalização prévia do Tribunal, isto é, a “visto”, nos termos do artigo 5.º, nº 1, al. c) da Lei nº 98/97, de 26 de agosto¹⁷³;
- b) Através da realização de auditorias a contratos públicos, no âmbito da chamada fiscalização sucessiva, realizada pelos serviços de auditoria do Tribunal.

De realçar a importância que o Tribunal atribui à fiscalização dos contratos públicos ao ponto de fazer constar expressamente do seu Plano Estratégico para o triénio 2014-2016, no âmbito do Objetivo Estratégico 2 “*Intensificar o controlo financeiro nas áreas de maior risco para as finanças públicas*”, como linha de ação estratégica 2.10 a desenvolver: “*Controlar contratos públicos e a respetiva execução*”¹⁷⁴. JOSÉ TAVARES sublinha, inclusive, «*que a contratação pública é uma área nobre e fundamental da intervenção do Tribunal de Contas, como tribunal financeiro, uma vez que, repita-se, é enorme a sua relevância financeira, inclusive em termos de sustentabilidade das finanças públicas*»¹⁷⁵.

3.5. O Conselho de Prevenção da Corrupção

O Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) foi criado pela Lei nº 54/2008, de 4 de setembro. Trata-se de uma entidade administrativa independente, a funcionar junto do

¹⁷² Neste sentido vide CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. citada, p. 577: «*A articulação da legalidade com o controlo material da “boa gestão” depende do tipo de fiscalização. Assim, enquanto que fiscalização prévia e fiscalização concomitante («sistema de visto») têm por fim verificar se os atos, contratos ou instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directos ou indirectos, estão em conformidade com as leis e com os limites de endividamento. Já no sistema de fiscalização sucessiva os princípios da economia, eficácia e eficiência pressupõem a análise da gestão financeira tendo em conta os fins, os resultados e a execução do programa de despesas contido no orçamento do Estado*».

¹⁷³ Sobre a problemática em torno da decisão de recusa do visto do Tribunal de Contas não ser passível de recurso, vide JOSÉ PUJOL, “A quem presta contas o Tribunal de Contas?”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 6, Coimbra, CEDIPRE, 2012, pp. 41-74.

¹⁷⁴ Cf. Plano Trienal 2014-2016, do Tribunal de Contas, (Extracto), obtido a partir do sítio do Tribunal na internet em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/outros/pt-2014-2016-extracto.pdf>.

¹⁷⁵ Cf. JOSÉ TAVARES, “Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Cedipre, 2008, p. 991.

Tribunal de Contas, que desenvolve uma atividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas. A sua atividade está essencialmente virada – tal como o próprio nome indica – para a “prevenção” da corrupção. Não se trata, pois, de um órgão de controlo, de auditoria e fiscalização, nem de julgamento. Trata-se, sim, de um órgão de apoio, de estudo e de consulta sobre o tema da corrupção. Compete-lhe, no essencial, recolher e organizar informações relativas à prevenção da ocorrência de factos de corrupção ativa ou passiva, de criminalidade económica e financeira, de branqueamento de capitais, de tráfico de influência, de apropriação ilegítima de bens públicos, de administração danosa, de peculato, de participação económica em negócio, de abuso de poder ou violação de dever de segredo, bem como de aquisições de imóveis ou valores mobiliários em consequência da obtenção ou utilização ilícitas de informação privilegiada no exercício de funções na Administração Pública ou no sector público empresarial¹⁷⁶.

Ora, a área dos contratos públicos é, por natureza, uma das áreas de maior risco associado ao fenómeno da corrupção, pelo que o CPC erigiu-a como área a merecer especial destaque. Veja-se, por exemplo, a Deliberação do CPC, de 6 de maio de 2009, na qual se alerta as entidades adjudicantes para o risco associado às adjudicações por ajuste direto ou ainda para a necessidade de melhorar o Portal BASE com novos instrumentos de pesquisa, aumentando assim a transparência nas adjudicações públicas¹⁷⁷. Igualmente relevante e atual a Recomendação do CPC, de 7 de janeiro de 2015, “*Prevenção de riscos de corrupção na contratação pública*”, na qual se alerta as entidades adjudicantes para a necessidade de fundamentar sempre a escolha do adjudicatário, incentivar a formação adequada dos recursos humanos, garantir a transparência das adjudicações, instituir mecanismos de controlo de conflitos de interesse e reduzir o recurso ao ajuste direto, devendo ser fomentada a concorrência através do convite de mais do que uma entidade.

¹⁷⁶ Neste sentido, cf. Artigo 2.º, nº 1, al. a) da Lei nº 54/2008, de 4 de setembro.

¹⁷⁷ Disponível em <http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/deliberacoes/deliberacao-cpc-20090506.pdf>.

CAPÍTULO III

A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS NA EUROPA E NO MUNDO

1. A regulação dos contratos públicos na Europa

1.1. Análise por Estado membro da União Europeia

Já tivemos ocasião de sublinhar que as novas Diretivas europeias de contratação pública de 2014 inovam em matéria de governação dos contratos públicos ao estabelecer que em cada Estado membro devem estar bem identificados, do ponto de vista formal, os organismos e as entidades que desenvolvem atribuições relacionadas com os contratos públicos, nomeadamente as responsáveis pelas funções de monitorização, acompanhamento e supervisão desses contratos¹⁷⁸. Também já se referiu que a posição inicial da Comissão Europeia – aliás expressa na primeira versão das Diretivas – era mais ambiciosa nesta matéria pois defendia inclusive a exigência de, em cada Estado membro, existir um organismo nacional independente de supervisão dos contratos públicos, exigência que acabou por não vingar junto do Conselho Europeu e do Parlamento Europeu.

A posição da Comissão Europeia, que bem compreendemos, terá resultado, em grande parte da análise que efetuou na sequência do Relatório de Impacto e Efetividade da Legislação Europeia de Contratação Pública, de 2011¹⁷⁹, no qual foi feito um

¹⁷⁸ Sobre os poderes das autoridades administrativas com funções de coordenação sobre os contratos públicos, refere TREPTE, *Regulating Procurement*, in *ob. cit.* pp. 45-46, que, na maioria dos casos, trata-se de poderes mais relacionados com a definição e a clarificação das normas legais relativas a contratos públicos do que com a monitorização e controlo dos referidos contratos. Incluem ainda funções como repositórios de informação e de organização de programas de formação em contratos públicos, embora também possam exercer funções relacionadas com a supervisão dos contratos públicos. TREPTE destaca ainda que não são, normalmente, verdadeiras entidades reguladoras no sentido tradicional do termo. Curiosa é a associação que o autor faz entre a regulação dos contratos públicos e o sistema judicial: «*In some countries where the judicial system is insufficiently developed to handle procurement issues, procurement agencies have been established and, in that sense, they do act as regulators and have the authority not only to monitor but also to correct infringements of the procurement rules*». O autor cita como exemplo, a Polónia, mas poderíamos acrescentar Portugal, como um país em que a regulação da contratação pública tem, pelas mesmas razões, espaço de manobra e de consolidação.

¹⁷⁹ Cf. Commission Staff Working Paper, *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement legislation*, Brussels, 27.6.2011, SEC(2011)853 final.

levantamento, por Estado membro, sobre a forma como é feita, a nível nacional, e em termos orgânicos e funcionais, a administração da contratação pública.

É essa análise, atualizada, que disponibilizamos nas páginas seguintes, tendo sempre presente, como matriz, a estrutura de poderes de regulação e supervisão apresentada no capítulo I, razão pela qual não são analisadas as estruturas que desempenham funções de Centrais de Compras, à semelhança da nossa ESPAP¹⁸⁰.

1.1.1. Alemanha

Na Alemanha, ao nível do Governo federal, a instituição-chave é o *Ministério Federal da Economia e da Energia* (BMW¹⁸¹), a qual é responsável pela produção normativa (incluindo a transposição das diretivas europeias de contratação pública) e regulamentar, incluindo a produção de manuais de boas práticas, e ainda pela prestação de informações às empresas e aos cidadãos relacionadas com contratos públicos. É ainda este Ministério que assegura a representação externa junto das instâncias europeias, bem como a produção estatística relacionada com contratos públicos.

No entanto, dada a organização política da Alemanha, muitos dos Estados federais (*Länder*) criaram estruturas institucionalizadas (*VOB-Stellen*) com a função de supervisionar as propostas e prestar apoio às entidades adjudicantes e aos concorrentes em matéria de procedimentos de formação de contratos públicos.

A função de auditoria e controlo é assegurada quer pelo Tribunal de Contas federal (*Bundesrechnungshof*), quer pelas instituições públicas de auditoria.

De realçar ainda o papel desempenhado pelo *Bundeskartellamt*, a Autoridade da Concorrência alemã, em matéria de acompanhamento de contratos públicos de maior

¹⁸⁰ A presente análise resultou ainda da informação recolhida nas pesquisas efetuadas nos sítios governamentais na internet dos diferentes Estados membros da União Europeia, bem como da consulta do relatório da OCDE: «*OECD (2007), “Central Public Procurement Structures and Capacity in Member States of the European Union”, SIGMA PAPERS, N.º 40, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60qdqq0n-en>. Importante destacar também o portal “Public Procurement Network”, disponível em <http://www.publicprocurementnetwork.org/>, criado em 2003, que permite a pesquisa, por país, das entidades públicas com funções importantes em matéria de coordenação da contratação pública, incluindo a identificação dos pontos de contacto.*

¹⁸¹ Cf. BMWi – *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, cujo sítio da internet é www.bmwi.de.

expressão financeira, os quais se encontram sujeitos à ARC¹⁸² (Lei da Concorrência alemã).

1.1.2. Áustria

Na Áustria a principal entidade com responsabilidades ao nível dos contratos públicos é o “*Federal Chancellor’s Office*”¹⁸³, que corresponde, em Portugal, ao Gabinete do Primeiro Ministro¹⁸⁴. Este departamento do Estado, nomeadamente a secção para os contratos públicos, é responsável pela produção legislativa, incluindo a transposição das diretivas europeias de contratação pública, bem como pela função de apoio e orientação, designadamente através da produção de manuais de boas práticas. É ainda responsável pela representação externa em matéria de contratos públicos, desempenhando igualmente funções de monitorização dos referidos contratos.

O Tribunal de Contas austríaco central (*Rechnungshof*) é responsável pela auditoria e fiscalização dos contratos públicos, a nível federal, estatal e municipal, existindo ainda tribunais de contas regionais.

A Autoridade Federal de Concorrência austríaca (“*Bundswettbewerbshörde*”) zela pela aplicação da lei da concorrência no país, dando especial atenção aos fenómenos de cartelização associados aos contratos públicos.

Em matéria de resolução de litígios relacionados com contratos públicos, na Áustria existe uma entidade federal especializada de recurso em 1ª instância, denominada “*Federal Public Procurement Office*” (BVA¹⁸⁵), que, não sendo um Tribunal, possui o poder de anulação das decisões das entidades adjudicantes tomadas em procedimentos de formação de contratos públicos.

De salientar ainda a criação de um portal na internet associado à ANKO – *Registo Austríaco de Fornecedores do Estado*¹⁸⁶. Trata-se de uma organização sem fins lucrativos,

¹⁸² ARC significa “*Act against Restraints of Competition*”, a lei da concorrência alemã, aprovada em 1958.

¹⁸³ BKA-VD – *Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst. Referat für Vergaberecht*.

¹⁸⁴ Na Áustria, o chefe do Governo designa-se por “Chanceler”, tal como na Alemanha.

¹⁸⁵ BVA – *Bundesvergabeamt*.

¹⁸⁶ Cf. Sítio da internet em <http://www.ankoe.at/>.

constituída por autoridades austríacas e por associações privadas, cuja missão é apoiar entidades adjudicantes, proponentes e candidatos na realização e participação nos procedimentos de contratação pública.

1.1.3. Bélgica

O serviço central com funções de responsabilidade relacionadas com a supervisão da contratação pública na Bélgica é o *Departamento de Mercados Públicos do Serviço Público Federal da Chancelaria do Primeiro-Ministro*¹⁸⁷. É responsável pela elaboração da legislação belga e de todos os decretos de aplicação relacionados com os mercados públicos; representa institucionalmente o país nos trabalhos relacionados com contratos públicos junto das instâncias europeias e emite pareceres sobre a legislação de contratos públicos. No respetivo sítio na internet é possível encontrar inúmeras circulares informativas sobre boas práticas a seguir e sobre a boa interpretação das normas da contratação pública, à semelhança do que já é feito em Portugal com a publicação no Portal BASE de circulares informativas emitidas pelo InCI.

A função de apoio e consulta às entidades adjudicantes federais é exercida pela secção “Conselhos e Políticas de Compras” do Serviço Público Federal responsável pelos Recursos Humanos e pela Organização¹⁸⁸. Neste âmbito merece destaque o facto do Governo belga ter desenvolvido um portal próprio dedicado aos contratos públicos¹⁸⁹, no qual é possível encontrar facilmente toda a informação útil relacionada com esta temática, quer do ponto de vista das entidades adjudicantes, quer do ponto de vista das empresas. Podemos encontrar nele, por exemplo, um manual destinado às empresas, ajudando-as na missão de interpretar corretamente a legislação de contratação pública¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Em língua francesa denominado “Le Service Marchés Publics du SPF Chancellerie du Premier Ministre”. O sítio da internet é <http://www.16procurement.be/fr>.

¹⁸⁸ Em língua francesa denominado “La Cellule Conseils et Politique d'Achats (CPA) du SPF Personnel et Organisation”.

¹⁸⁹ Disponível em <http://www.publicprocurement.be>.

¹⁹⁰ Disponível em <http://www.publicprocurement.be/portal/page/portal/pubproc/beep%20algemeen/handleiding%20overheidsopdrachten2/handleiding%20overheidsopdrachten%20nieuwe%20reglementering9.pdf>.

A função controlo dos contratos públicos é, à semelhança dos países já mencionados, exercida quer pelo Tribunal de Contas belga (*Cour des Comptes*), quer pela respetiva Inspeção-Geral de Finanças.

1.1.4. Bulgária

A Bulgária foi um dos primeiros países europeus a instituir um sistema de regulação dos contratos públicos assente na existência de uma entidade administrativa especializada, ainda que não independente. De facto, em 2004, foi criada a *Agência para a Contratação Pública*¹⁹¹, na esfera do Ministério da Economia e da Energia. Esta entidade usufrui da grande maioria dos poderes comumente atribuídos a entidades com funções de regulação e supervisão: produção legislativa e regulamentar, produção de manuais de boas práticas e de outros documentos orientadores, função consultiva perante o Governo, representação institucional externa e monitorização da contratação pública. De destacar a criação de um manual dos contratos públicos (*Public Procurement Handbook*), com cerca de 1100 orientações jurídicas e a produção do relatório anual dos contratos públicos.

A primeira grande novidade face ao modelo preconizado pelo Estados membros já analisados está na gestão e manutenção de um portal de registo dos anúncios de procedimentos abertos e de informações sobre a adjudicação de contratos públicos. Digase, aliás, que o modelo búlgaro de regulação dos contratos públicos apresenta grandes semelhanças com aquele que podemos encontrar em Portugal, com o IMPIC.

A segunda novidade, face aos modelos já apresentados, prende-se com o facto de a Agência búlgara para os contratos públicos desempenhar ela própria uma importante função formativa ao realizar anualmente um programa de formação para especialistas em contratos públicos, incluindo colaboradores das administrações públicas e das empresas.

Já a função controlo continua, neste país, entregue a instituições específicas: ao Tribunal de Contas búlgaro (*National Audit Office*) e à Inspeção de Finanças Públicas (*Public Financial Inspection Agency*). É, no entanto, de realçar a boa prática detetada neste domínio assente num acordo de parceria estabelecido entre a agência reguladora dos

¹⁹¹ *Public Procurement Agency*, cujo sítio da internet, em língua inglesa, se encontra disponível em <http://www.aop.bg/index.php?ln=1>.

contratos públicos, o Tribunal de Contas búlgaro e a Inspeção de Finanças Públicas, permitindo a partilha de informação e de experiências com vista a obter sinergias importantes do ponto de vista da melhoria da contratação pública, em cumprimento dos princípios da boa gestão pública.

1.1.5. Chipre

A autoridade competente para os contratos públicos no Chipre é a *Direção da Contratação Pública*¹⁹², na dependência do Tesouro. Tem como principais responsabilidades a função normativa e regulamentar, a função consultiva, a função de representação externa e a função de monitorização e de recolha e tratamento de dados estatísticos. Esta Direção tem sido responsável pela emissão de guiões orientadores e de circulares informativas e pela elaboração de minutas documentais. É ainda responsável pela condução de um programa de formação sobre contratos públicos.

O controlo dos contratos públicos é exercido pelo Tribunal de Contas cipriota (*Audit Office of the Republic of Cyprus*).

1.1.6. Croácia

A Croácia foi o último dos 28 Estados membros a integrar a União Europeia, concretamente, em 2013. O organismo central para a contratação pública é a *Direção para o Sistema da Contratação Pública*, tutelado pelo Ministério da Economia. Este serviço é responsável pela maioria das funções de regulação e supervisão da contratação pública, nomeadamente o desenvolvimento, a melhoria e a coordenação de todo o sistema de contratos públicos; a função normativa e regulamentar, a emissão de pareceres, instruções e prestação de assistência jurídica relativamente à aplicação da Legislação de Contratação Pública e outros regulamentos em matéria de contratos públicos, a representação externa, a preparação e execução de atividades relativas à formação e ao desenvolvimento profissional (seminários, workshops, etc.), à manutenção do Portal dos Contratos Públicos e à monitorização e produção de dados estatísticos.

¹⁹² *Public Procurement Directorate*, cujo sítio na internet é http://www.treasury.gov.cy/treasury/publicpro/ppro.nsf/dmlindex_en/dmlindex_en?OpenDocument.

Outros organismos relevantes são o Ministério das Finanças para o acompanhamento dos contratos de concessão, a Agência de Parcerias Público-Privadas para as PPP e a Comissão Estatal para a Supervisão dos procedimentos de contratação pública, a qual funciona como instância de recurso.

A Croácia possui um portal da contratação pública¹⁹³ no qual podemos encontrar informações úteis sobre o modelo de *governance* implementado naquele país, incluindo diversos guias e manuais de contratação pública.

1.1.7. Dinamarca

Na Dinamarca a entidade-chave em matéria de contratação pública é a *Autoridade da Concorrência*¹⁹⁴, agência independente na esfera do Ministério dos Negócios e do Crescimento. As principais funções desta entidade são a normativa (produção legislativa e regulamentar), representação externa, prestação de assistência na interpretação das normas da contratação pública, funcionando ainda como instância de análise de reclamações relacionadas com a fase de formação dos contratos públicos. É ainda responsável pela gestão do portal dinamarquês para os contratos públicos (*udbud.dk*).

A função controlo é assegurada pelo Tribunal de Contas dinamarquês (*Rigsrevisionen*).

1.1.8. Eslováquia

Na Eslováquia a entidade-chave da contratação pública é a *Agência Eslovaca para os Contratos Públicos*¹⁹⁵, criada em 2000, uma autoridade da administração central do estado eslovaco, integrada na esfera do Conselho de Ministros. Esta entidade é responsável pelo exercício de um extenso rol de poderes relacionados com a regulação da contratação pública: poder normativo e regulamentar, poderes consultivos e de apoio e aconselhamento, poder de monitorização, fiscalização e controlo, representação institucional, poderes em matéria de formação profissional relacionada com a contratação

¹⁹³ Cf. *Portal of Public Procurement*, cujo sítio na internet é <http://www.javnabava.hr/default.aspx?id=3987>.

¹⁹⁴ Cf. *The Danish Competition and Consumer Authority* cujo sítio na internet é <http://en.kfst.dk/>

¹⁹⁵ Cf. “*Úrad pre verejné obstarávanie*” (Office for Public Procurement), cujo sítio na internet, em língua inglesa é <http://www.uvo.gov.sk/en/web/opp>.

pública, detendo ainda competências em matéria de recurso e revisão de decisões de entidades adjudicantes tomadas em procedimentos de formação de contratos públicos.

Esta agência dispõe ainda de poderes contraordenacionais, podendo aplicar coimas por infração à legislação da contratação pública. No plano da divulgação de informação pertinente, a Agência é responsável pela edição de duas publicações temáticas: o *National Public Procurement Bulletin* e o *Journal of Public Procurement*.

Esta agência é, de todas as entidades homólogas já analisadas, a que desempenha um leque mais completo de poderes, incluindo o poder de auditoria e controlo aos contratos públicos, matéria que na maioria das restantes não é da competência destas autoridades centrais da contratação pública. A função controlo é, no entanto, partilhada com o Tribunal de Contas eslovaco (*Supreme Audit Office*) e com as estruturas de auditoria do Ministério das Finanças.

1.1.9. Eslovénia

Na Eslovénia, o organismo central de regulação é a *Direção de Contratação Pública*¹⁹⁶, do Ministério das Finanças. Este organismo detém as seguintes competências:

- a) Elaboração de legislação sobre contratos públicos, incluindo a transposição de diretivas europeias,
- b) Relacionamento institucional externo, incluindo com a União Europeia;
- c) Padronização de documentos tipo de contratos públicos;
- d) Desenvolvimento da contratação pública eletrónica e criação de e-catálogo,
- e) Apoio às entidades adjudicantes na interpretação da legislação sobre contratos públicos;
- f) Monitorização da aplicação das regras de contratação pública;
- g) Organização de seminários e de formação especializada em contratos públicos, especialmente vocacionada para os funcionários públicos,
- h) Produção de relatórios estatísticos sobre contratos públicos.

¹⁹⁶ “*Direktorat za javno naročanje*” (Public Procurement Directorate), cujo sítio na internet, em língua inglesa, é <http://www.djn.mju.gov.si/english>.

Existe ainda uma instituição estatal específica, denominada *Comissão Nacional de Revisão (Državna revizijska komisija)*¹⁹⁷, constituída por cinco membros designados pelo Parlamento, cuja missão consiste em fornecer proteção legal aos concorrentes em todos os momentos processuais do procedimento de formação de contratos públicos. A Comissão Nacional de Revisão decide dentro dos limites do pedido de revisão da decisão tomada pela entidade adjudicante. Em caso de violação dos princípios básicos de contratos públicos, a Comissão tem competência para examinar todas as provas consideradas relevantes para o esclarecimento da matéria objeto da reclamação e as necessárias a adoção de uma decisão juridicamente correta. No entanto, detém apenas competências para anular decisões das entidades adjudicantes, mas já não para alterá-las ou revê-las. A Comissão pode, no entanto, aconselhar uma entidade adjudicante sobre a melhor forma de implementar o procedimento correto com vista a evitar ou corrigir a invalidade.

A função controlo dos contratos públicos é exercida, essencialmente, pelo Tribunal de Contas esloveno (*Računsko Sodišče*).

1.1.10. Espanha

A coordenação da contratação pública em Espanha é assegurada pela *Direção-Geral do Património do Estado*¹⁹⁸, do Ministério da Fazenda e das Administração Públicas¹⁹⁹, à qual compete a função normativa e regulamentar relacionada com contratos públicos, bem como a coordenação do processo de implementação da contratação pública eletrónica. Esta Direção-geral assegura igualmente a gestão do Registo Nacional de Fornecedores do Estado²⁰⁰, previsto nas Diretivas Europeias e na Lei espanhola de contratação pública.

No âmbito da DGPE funciona a *Junta Consultiva da Contratação Administrativa do Estado*, responsável pela produção de material informativo sobre contratos públicos destinados às autoridades públicas, às empresas e aos cidadãos. Nesse âmbito são

¹⁹⁷ Para informações adicionais, cf. o sítio na internet em língua inglesa em <http://www.dkom.si/eng/>.

¹⁹⁸ *Dirección General del Patrimonio del Estado*, cujo sítio na internet é <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Patrimonio%20del%20estado/Paginas/Default.aspx>.

¹⁹⁹ Em Portugal corresponde ao Ministério das Finanças.

²⁰⁰ *Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado*, cujo sítio na internet é <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Patrimonio%20del%20Estado/Contratacion%20del%20Sector%20Publico/Paginas/ROLECE.aspx>.

produzidas informações, circulares e recomendações sobre boas práticas a seguir na contratação pública.

A JCCAE assegura ainda a gestão do *Registro Público dos Contratos*²⁰¹, uma base de dados disponível *on line* prevista na Lei dos Contratos do Setor Público, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro, que estabeleceu a obrigação de todas as entidades adjudicantes, tanto centrais como periféricas, organismos autónomos e outras entidades de direito público, enviarem informações relativas aos contratos adjudicados para efeitos de registo nesta base de dados.

A Junta é igualmente a entidade responsável pela gestão da *Plataforma Eletrónica de Contratação do Setor Público*²⁰², na qual são publicados os resultados dos procedimentos de formação dos contratos públicos.

A função de auditoria e controlo sobre os contratos públicos é exercida quer pelo Tribunal de Contas espanhol, quer pelas entidades de controlo da Administração espanhola, incluindo as das Comunidades Autónomas. A nível central merece destaque a *Intervención General de la Administración del Estado (IGAE)*, enquadrada no Ministério da Fazenda e da Administração pública, à qual compete o controlo de gestão económica e financeira interna dos organismos do setor público.

1.1.11. Estónia

O Ministério das Finanças da Estónia (*Rahandusministeerium*)²⁰³ é a instituição responsável pela política de contratação pública, nomeadamente através do seu *Departamento de Contratação Pública e de Ajudas Estatais*. Compete a este departamento público a produção legislativa e normativa, a representação institucional designadamente junto da Comissão Europeia, a função consultiva e de apoio relacionada com contratos públicos, a produção estatística e a função de supervisão dos contratos públicos.

²⁰¹ Disponível na internet em <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/Registro%20publico%20de%20contratos.aspx>.

²⁰² Disponível na internet em <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>.

²⁰³ Cf. Sítio do Ministério na internet, em língua inglesa, em <http://www.fin.ee/public-procurement-policy>.

Existe um portal oficial, lançado em 2011 – *State Public Procurement Register*²⁰⁴ - gerido por aquele departamento, no qual são registados todos os anúncios de lançamento de procedimentos de formação de contratos públicos, bem como as respetivas adjudicações. Nesse portal é ainda apresentada diversa informação útil, nomeadamente um conjunto alargado de manuais de boas práticas, formulários, bem como vídeos explicativos sobre diversos temas da contratação pública. De destacar ainda que o portal publica o resultado das ações de supervisão realizadas, indicando o tipo de infrações mais praticadas no âmbito da contratação pública.

Este portal apresenta grandes semelhanças com o Portal dos Contratos Públicos português, pelo que, sendo posterior, terá certamente sofrido das boas influências do nosso modelo de contratação eletrónica.

De salientar que na Estónia existe um *Comité de Recurso de Contratos Públicos*²⁰⁵, no âmbito do Ministério das Finanças, com a natureza de órgão de resolução extrajudicial de litígios relacionados com os procedimentos de formação de contratos públicos. Os dados estatísticos demonstram que nos últimos três anos, o número de recursos representa entre 3 e 4% do número de abertura de procedimentos de formação de contratos públicos.

1.1.12. Finlândia

Na Finlândia existem várias instituições com funções de relevo no domínio dos contratos públicos. Desde logo, o *Ministério do Emprego e da Economia (Työ- ja elinkeinoministeriö)*²⁰⁶, o qual é responsável pela produção legislativa e regulamentar, incluindo a transposição de diretivas europeias de contratação pública, assegurando ainda a representação institucional, designadamente junto da União Europeia.

²⁰⁴ *E-riigihangete keskkond*, disponível na internet, em língua inglesa, em <https://riigihanked.riik.ee/1r1/web/guest/index>.

²⁰⁵ *Riigihangete vaidlustuskomisjon*, cujo sítio na internet, em língua inglesa, é <https://riigihanked.riik.ee/1r1/web/guest/vaidlustusmenetlus1>.

²⁰⁶ Cf. Sítio do Ministério da internet, em língua inglesa, em http://www.tem.fi/julkisethankinnat?l=en#onbody_1.

Este Ministério é ainda responsável pela gestão do portal dos contratos públicos finlandês, *HILMA*²⁰⁷.

O Ministério do Emprego e da Economia, em conjunto com a Associação das Autoridades Locais e Regionais finlandesas, constituiu uma *Unidade de Assessoria para os Contratos Públicos*, a qual fornece às entidades adjudicantes e às empresas informações e conselhos sobre a boa gestão dos contratos públicos, disponibilizando ainda, no respetivo portal na internet²⁰⁸, guiões e manuais sobre contratos públicos.

Outro Ministério com relevantes funções nesta matéria é o *Ministério das Finanças*, que é responsável pela coordenação geral dos contratos públicos desenvolvidos pelo governo central, decidindo, por exemplo, quais os que serão sujeitos a processos aquisitivos centralizados.

Para decisão de litígios relacionados com contratos públicos existe um tribunal especializado: o *Tribunal de Mercado (Markkinaoikeus)*²⁰⁹, sendo que é ainda possível recorrer das decisões do Tribunal de Mercado para o Supremo Tribunal Administrativo. Este tribunal ocupa-se ainda de questões relacionadas com o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual.

A Autoridade de Concorrência e do Consumo finlandesa (*Kilpailu- ja kuluttajavirasto*), criada em 2013, a partir da junção da antiga Autoridade da Concorrência com a Agência para o Consumo, desempenha, à semelhança das suas homólogas europeias, a missão de zelar pela aplicação da lei da concorrência e da defesa do consumidor no país, dando especial atenção aos fenómenos de cartelização associados aos contratos públicos.

A função de auditoria e controlo aos contratos públicos é assegurada, essencialmente, pelo Tribunal de Contas finlandês (*Valtiontalouden tarkastusvirasto*).

²⁰⁷ Cujo sítio na internet, não disponível em língua inglesa, é <http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/>.

²⁰⁸ Cf.

http://www.tem.fi/en/consumers_and_the_market/public_procurement/advice_and_guidance_on_public_procurement.

²⁰⁹ Cf. Sítio do tribunal da internet, em língua inglesa, em <http://www.markkinaoikeus.fi/en/index.html>.

1.1.13. França

Em França, verifica-se a situação curiosa de existir uma entidade central de coordenação dos contratos públicos que está sob a tutela de dois Ministérios distintos: trata-se da Direção dos Assuntos Jurídicos (*DAJ - Direction des affaires juridiques*) que depende, de forma articulada, do Ministério das Finanças e das Contas Públicas e do Ministério da Economia e da Indústria. Compete-lhe a função normativa e regulamentar, designadamente a transposição de diretivas europeias, a função de consulta e aconselhamento em matéria de contratos públicos, designadamente, a todas as entidades públicas, bem como a função de representação institucional em matéria de contratos públicos.

De destacar o Portal²¹⁰ gerido pela DAJ, o qual apresenta informação muito útil para todos os *players* da contratação pública. Para além da legislação pertinente, podemos encontrar formulários tipo de documentos a utilizar nos procedimentos de formação dos contratos, fichas técnicas informativas sobre assuntos específicos (por exemplo, uma ficha sobre os preços anormalmente baixos, datada de 8.1.2015)²¹¹, bem como um conjunto alargado de guias de boas práticas²¹².

No âmbito da DAJ foi criado em 2005 um Observatório da Contratação Pública (*Observatoire économique de l'achat public*), que integra diversos *stakeholders*, públicos e privados, funcionando como um centro de reflexão e discussão sobre os diversos temas da contratação pública.

Em França foram criados diversos Comitês Consultivos de Resolução Amigável de Litígios²¹³ com o fim de auxiliar na resolução de litígios emergentes entre as partes nas relações de formação de contratos públicos.

²¹⁰ Cf. Sítio da internet em <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>.

²¹¹ Cf. “*Fiche technique - L'offre anormalement basse*”, disponível em pdf no sítio da internet http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/FT-offre-anormalement-basse.pdf.

²¹² No portal em causa encontram-se disponíveis guias práticos sobre contratos públicos inovadores, sobre E-procurement, sobre contratos de parceria, sobre preços, sobre o acesso das micro e pequenas empresas aos contratos públicos, sobre a adjudicação de mercados de seguros do governo local e sobre a segurança dos contratos sem papel.

²¹³ Originariamente chamados *Les comités consultatifs de règlement amiable des litiges (CCRA)*. Existe um comité de âmbito nacional e sete comités locais (Paris, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lyon, Nancy e Marseille).

Por decreto do Presidente da República francês, em 19 de dezembro de 2012, foi nomeado um *Mediador Nacional para os Contratos Públicos*, sob a dependência do Ministro da Economia e da Indústria. O mediador nacional tem como missão apoiar as empresas nas suas relações contratuais com entidades adjudicantes públicas, procurando mediar os conflitos que surjam entre as partes no âmbito de contratos públicos. O mediador, não sendo juiz nem árbitro, não decide, sendo antes um ator neutro, imparcial e independente, que auxilia as partes a encontrar uma solução mutuamente aceitável para o seu litígio.

A função controlo e auditoria aos contratos públicos está atribuída ao Tribunal de Contas francês (*Cour des Comptes*) e à Inspeção-Geral de Finanças. Por sua vez, a Autoridade de Concorrência francesa desempenha um papel importante no acompanhamento, análise e, se necessário, punição das situações de violação das regras da concorrência associadas aos contratos públicos, nomeadamente as práticas restritivas da concorrência e a formação de cartéis.

1.1.14. Grécia

Em 2011, a Grécia passou a contar com uma *Autoridade Independente para os Contratos Públicos*²¹⁴, entidade nacional de coordenação de toda a contratação pública grega, terminando assim um período em que tal coordenação esteve a cargo de vários Ministérios em função do tipo de aquisições (bens, serviços ou obras). Esta autoridade especializada em contratação pública tem como missão desenvolver e promover estratégias e ações no domínio dos contratos públicos, assegurando a transparência, a eficiência, a coerência e a harmonização dos procedimentos de adjudicação e execução dos contratos públicos com a legislação grega e da UE, a melhoria contínua do quadro jurídico para os contratos públicos e o controlo do cumprimento por parte dos organismos públicos e entidades adjudicantes.

Trata-se de uma entidade administrativa independente que, por isso, não está sujeita a controlo ou supervisão do Governo ou de outras autoridades administrativas independentes, estando apenas sujeita a controlo por parte do Parlamento grego.

²¹⁴ Originalmente denominada *Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ)*, ou em língua inglesa *Hellenic Single Public Procurement Authority*. O sítio da internet da Autoridade, apenas disponível em língua grega, é <http://www.hsppa.gr/>.

De acordo com os respetivos Estatutos, aprovados pela Lei nº 4013/2011, a Autoridade dispõe de poderes normativos e regulamentares e de representação externa, elabora a estratégia nacional grega em matéria de contratos públicos, dispõe de poderes consultivos e de apoio, podendo emitir pareceres e circulares sobre a boa interpretação da legislação grega e europeia de contratação pública. A autoridade dispõe ainda de poderes de monitorização (incluindo de produção de relatórios estatísticos), acompanhamento e controlo dos contratos públicos, em articulação com as entidades nacionais de auditoria e fiscalização (Tribunal de Contas grego e serviço de inspeção do Ministério das Finanças).

A Autoridade é ainda responsável por gerir o *Registo central dos contratos públicos (Το Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων – ΚΗΜΔΗΣ)*²¹⁵, isto é o portal grego no qual são publicitados os contratos públicos de valor superior a mil euros.

Importa ainda referir que esta Autoridade presta assessoria às entidades adjudicantes, por iniciativa própria ou a pedido destas, especialmente na fase contenciosa, sobre a legalidade dos procedimentos de contratação e de execução dos contratos públicos.

Já no âmbito da Secretaria-Geral do Ministério do Desenvolvimento e Competitividade grego foi desenvolvido um portal dedicado à condução, por via eletrónica, dos procedimentos de formação dos contratos públicos gregos. Trata-se do *Sistema Nacional de Compras Públicas Electrónicas – ESIDIS*²¹⁶, projeto em desenvolvimento que visa realizar por via eletrónica todos processo de licitação e o acompanhamento dos contratos públicos, de valor superior a 60.000 euros ou mais, excluindo o IVA. Atualmente o sistema está preparado para desenvolver as funções relacionadas com a preparação e publicação do anúncio de concurso, a apresentação das propostas, a respetiva avaliação e a adjudicação do contrato. Em breve serão desenvolvidas funções adicionais como a implementação e o acompanhamento do respectivo contrato, a fatura eletrónica e o pagamento por meios eletrónicos.

²¹⁵ Disponível no endereço <http://www.eprocurement.gov.gr/>, embora apenas em língua grega.

²¹⁶ Na língua grega *Το Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)*, disponível no sítio da internet em www.promitheus.gov.gr.

1.1.15. Hungria

A entidade-chave da contratação pública na Hungria é, desde 1 de janeiro de 2012, a *Autoridade Nacional para os Contratos Públicos (Közbeszerzési Hatóság)*²¹⁷, a qual reporta diretamente ao Parlamento húngaro.

Em termos de gestão, no âmbito da Autoridade funciona um Conselho (*Közbeszerzések Tanácsa*) constituído pelos seguintes membros:

- a) Um designado pelo Ministro responsável pelos fundos públicos;
- b) Um designado pelo ministro responsável pela política económica;
- c) Um designado, conjuntamente, pelo Ministro responsável pelo desenvolvimento agrícola e rural e pela Câmara de Agricultura, Economia Alimentar e Desenvolvimento Rural da Hungria;
- d) Um designado pelo Ministro responsável pelo setor da construção;
- e) Um designado pelo Gabinete do Primeiro-Ministro;
- f) O Presidente do Tribunal de Contas do Estado ou seu substituto;
- g) O Presidente da Autoridade da Concorrência húngara ou seu substituto;
- h) O Presidente do Instituto de Controle do Governo ou seu substituto;
- i) O chefe da Autoridade húngara de Defesa do Consumidor ou seu substituto;
- j) Um representante das associações nacionais de governos locais;
- k) Três representantes de entidades patronais nacionais e de câmaras económicas nacionais.

Os 13 membros referidos elegem, por sua vez, o Presidente e o Vice-Presidente da Autoridade, para um mandato de cinco anos.

A Autoridade é responsável pela coordenação das principais tarefas relacionadas com a regulação e supervisão dos contratos públicos, dispondo de poderes normativos²¹⁸ e regulamentares, poderes de aconselhamento e emissão de pareceres (não vinculativos) e ainda de poderes de monitorização e produção estatística relativa a contratos públicos. A Autoridade dispõe ainda de competências relativamente à organização de conferências,

²¹⁷ A Autoridade dispõe de sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.kozbeszerzes.hu/nyelvi-verziok/english/>. Sucede ao Conselho dos Contratos Públicos, existente desde 1995.

²¹⁸ Em articulação com o Gabinete do Primeiro-Ministro, o qual é responsável pelo processo legislativo.

work-shops e programas de formação especializados sobre contratos públicos, destinados a técnicos das entidades adjudicantes e das empresas.

Uma das funções inovadoras da Autoridade é o sistema “*notice control system*”. Trata-se de emitir uma espécie de visto prévio ao anúncio, a pedido da entidade adjudicante (nuns casos obrigatório, noutros facultativo), declarando assim a sua regularidade e legalidade em face da legislação de contratos públicos aplicável.

Outra importante função da Autoridade refere-se à gestão e manutenção de vários registos:

- a) Uma lista de consultores oficiais²¹⁹ em matéria de contratos públicos,
- b) Uma lista oficial das entidades públicas adjudicantes;
- c) Uma lista oficial dos fornecedores do Estado,
- d) Uma lista dos candidatos excluídos em procedimentos de formação de contratos públicos.

A Autoridade edita ainda o Jornal ou Boletim dos Contratos Públicos (*Közbeszerzési Értesítő*) e gere a base de dados eletrónica de contratos públicos.

No que respeita à resolução alternativa de litígios, a Autoridade dispõe de um *Conselho de Arbitragem dos Contratos Públicos (Döntőbizottság)* que trata anualmente entre 800 a 1000 processos.

1.1.16. Irlanda

A entidade central dos contratos públicos na Irlanda designa-se por *Office of Government Procurement (OGP)*²²⁰. O OGP enquadra-se no Departamento (Ministério) irlandês de Despesa Pública e Reforma e tem como missão assegurar uma atuação coordenada, eficiente e sustentável dos serviços públicos irlandeses na realização da despesa com contratos públicos. Este gabinete iniciou as suas funções no primeiro semestre de 2014, sucedendo nas atribuições ao *National Procurement Service (NPS)*.

²¹⁹ Trata-se de uma lista oficial de peritos no domínio dos contratos públicos, lista que existe desde 2005, contendo cerca de 700 consultores. As regras relativas à instituição legal deste registo constam do Decreto n.º 93/2011, de 30 de dezembro, emitido pelo Ministério do Desenvolvimento Nacional. Segundo este decreto, qualquer pessoa singular ou coletiva, que detenha capacidade legal, pode ser incluída na lista de consultores oficiais relativas aos contratos públicos. O registo vigora por três anos, sendo renovável.

²²⁰ Cujo sítio na internet é <http://www.procurement.ie/>.

O OGP é responsável pela gestão do portal de contratos públicos irlandês (www.procurement.ie), que funciona como ponto de contacto entre entidades adjudicantes e fornecedores do Estado no que aos contratos públicos diz respeito.

De realçar a natureza dupla desta entidade: por um lado é responsável por funções normativas e regulatórias. Compete-lhe assegurar a função normativa, regulamentar, de produção de legislação relacionada com contratos públicos e de transposição de diretivas europeias, assim como da elaboração de manuais e guias de boas práticas, bem como de formulários ou *templates* de documentos necessários à tramitação dos procedimentos de formação dos contratos públicos. Mas por outro lado, assegura a gestão do sistema nacional de compras públicas e o abastecimento dos serviços do Estado com bens e serviços, centralizando os processos de aquisição de bens e serviços de uso comum e gerindo acordos-quadro.

O OGP desenvolveu um portal eletrónico *eTenders*²²¹, no qual todos os *stakeholders* da contratação pública podem publicar e pesquisar anúncios de concursos de contratos públicos relativos a toda a Irlanda.

No que diz respeito às obras públicas, o Departamento irlandês da Despesa Pública e da Reforma desenvolveu um portal específico (constructionprocurement.gov.ie) no qual disponibiliza informação específica pertinente sobre este tipo de contratos públicos, incluindo notícias, circulares informativas e regulamentos.

1.1.17. Itália

A estrutura de *governance* dos contratos públicos (*appalti pubblici*) italianos assenta, fundamentalmente, em duas entidades.

Em primeiro lugar, no *Dipartimento per le politiche europee, Presidenza del Consiglio dei Ministri* (Departamento de Políticas da União Europeia, inserto na Presidência do Conselho de Ministros), que é responsável pelo processo de transposição da legislação

²²¹ Disponível em <http://www.etenders.gov.ie/>.

européia de contratação pública para o ordenamento jurídico italiano, bem como pela função de representação institucional, designadamente junto das instâncias europeias²²².

Em segundo lugar, na *Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)*, que sucedeu, por força da Lei nº 114/2014, à *Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici (AVCP)*²²³. A ANAC italiana é um organismo independente com uma missão mais alargada do que a sua antecessora AVCP. Assim, a sua atuação não se confina à supervisão dos contratos públicos, assumindo antes um papel mais transversal a todo o Estado, com intervenção ao nível do funcionamento da Administração Pública italiana, incluindo, assim, todas as áreas em que a corrupção se possa manifestar e, conseqüentemente, a necessidade de a prevenir e combater. No que aos contratos públicos diz respeito é importante assinalar que a ANAC procurará ter um papel mais preventivo do que repressivo, ou seja, o acento tónico será posto num acompanhamento concomitante e pedagógico e menos num controlo *a posteriori* e sancionatório.

A ANAC é dirigida por um Conselho constituído por um Presidente e quatro vogais e a sua estrutura organizativa decompõe-se em 4 grandes áreas:

- a) Direção e Estratégia
- b) Suporte e Secretariado
- c) Supervisão ou vigilância
- d) Regulação

A atividade da ANAC, em matéria de contratos públicos, enquanto herdeira da AVCP, é muito diversificada:

- a) Cooperar com o Departamento de Políticas Europeias da PCM na produção normativa relativa a contratos públicos, assim como no quadro do estabelecimento de relações institucionais com o exterior, designadamente com as instituições da União Europeia;

²²² Cf. Sítio do departamento na internet em <http://www.politicheeuropee.it/>.

²²³ Cf. Sítio na internet, apenas em língua italiana, em <http://www.avcp.it/portal/public/classic/>. Curiosa esta associação entre a “vigilância dos contratos públicos” e “o combate à corrupção”. Como tivemos ocasião de referir, a propósito do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) português, a área dos contratos públicos é, por natureza, pelos elevados montantes financeiros que envolve e pelos “riscos de captura”, uma das principais áreas de intervenção do combate aos fenómenos de corrupção e práticas conexas,

- b) Desenvolve competências no plano de assessoria das entidades públicas e das empresas, mediante a elaboração de manuais e guias de boas práticas sobre a contratação pública, disponíveis no respetivo portal²²⁴, bem como a emissão de pareceres sobre contratos públicos e sobre conflitos de interesses;
- c) Produz relatórios estatísticos sobre contratos públicos, e relatórios de análise do impacto da atividade regulatória, que disponibiliza igualmente no seu portal;
- d) Executa ações de vigilância e de fiscalização de contratos públicos²²⁵, em articulação com a *Guardia di Finanza*, corpo especializado de fiscalização do Ministério das Finanças;
- e) Dispõe de poderes sancionatórios relacionados com o incumprimento da legislação de contratação pública, nomeadamente dos deveres de informação nela previstos;
- f) Assegura a gestão do *Osservatorio alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici*;
- g) Assegura o funcionamento da *Câmara Arbitral*, prevista no artigo 242.º do Código dos Contratos Públicos italiano (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*)²²⁶.

1.1.18. Letónia

A entidade-chave da contratação pública na Letónia é o *Ministério das Finanças*, o qual é responsável pela coordenação do processo legislativo, incluindo a transposição das diretivas europeias de contratação pública. Tutelado pelo Ministro das Finanças, o *Procurement Monitoring Bureau (PMB)*, em letão, *Iepirkumu uzraudzības birojs*²²⁷, que podemos traduzir como “Gabinete de Monitorização da Contratação Pública”, é a autoridade reguladora nacional da Letónia, instituição especializada no acompanhamento e

²²⁴ Cf. a título de exemplo, *Quaderno, Il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa*, Dicembre 2011, disponível em <http://www.avcp.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/PDF/Quad.07.12.11.pdf>.

²²⁵ Nesta matéria vide o *Nuovo regolamento di vigilanza e accertamenti ispettivi*, de 9 de dezembro de 2014 (disponível em http://www.avcp.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/News/20141215_II/Reg.Vig_ANAC.pdf).

²²⁶ A Câmara Arbitral italiana tem como função decidir os litígios emergentes de contratos públicos, quando não seja possível as partes chegarem a acordo, designadamente por via da mediação. O recurso à arbitragem depende da inclusão de uma cláusula compromissória nesse sentido no anúncio ou no convite do procedimento, consoante os casos.

²²⁷ Cf. Sítio na internet da instituição, apenas disponível em letão, em <http://www.iub.gov.lv/?lng=en>.

monitorização dos contratos públicos daquele país do leste europeu. Constituem atribuições do PMB, para além das funções de supervisão e fiscalização dos contratos públicos, incluindo a aplicação de sanções, a de prestar assessoria às entidades adjudicantes no que respeita à montagem dos procedimentos de formação de contratos públicos, bem como a de produção de informação estatística, desenvolvendo ainda competências no domínio da resolução alternativa de litígios. Compete-lhe ainda prestar apoio ao Gabinete do Ministro das Finanças, quer no plano da produção legislativa e regulamentar, quer no plano do relacionamento institucional externo, designadamente com a União Europeia. O PMB é ainda responsável pela organização de programas de formação especializada sobre contratos públicos.

Na Letónia, o Conselho da Concorrência (www.kp.gov.lv) desempenha um papel importante em termos de assegurar a possibilidade das empresas realizarem as suas atividades económicas num ambiente de concorrência livre e leal.

Merece ainda especial destaque a existência, no Governo da Letónia, desde 2003, de uma *Secretaria de Prevenção e Combate à Corrupção*²²⁸ (*Korupcijas novēršanas un apkarošanas birojs - KNAB*), considerada de alto nível, responsável pela implementação de políticas de Estado nesta área e supervisionada pelo Primeiro-Ministro.

1.1.19. Lituânia

Na Lituânia, a entidade-chave da contratação pública é o *Public Procurement Office* (*Viešųjų pirkimų tarnyba*)²²⁹, uma instituição especializada que tem como missão coordenar as atividades relacionadas com os contratos públicos e supervisionar o cumprimento da Lei de Contratação Pública. Trata-se de uma entidade a quem foi atribuído um rol muito completo de poderes em matéria de contratos públicos, competindo-lhe, em concreto:

²²⁸ Cf. Sítio da internet, em língua inglesa, em <http://www.knab.gov.lv/en/>.

²²⁹ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.vpt.lt/rtmp8/dtd/index.php?lan=EN>.

- a) Elaborar os projetos de diplomas legais sobre contratação pública, incluindo a transposição da legislação europeia²³⁰;
- b) Representar institucionalmente a Lituânia no exterior, nomeadamente junto da União Europeia;
- c) Publicar no jornal oficial (*Valstybės žinios*) os anúncios de procedimentos de contratação pública recebidos das entidades adjudicantes;
- d) Analisar e tratar as informações sobre contratos públicos e produzir relatórios estatísticos sobre contratos públicos;
- e) Administrar as listas oficiais de fornecedores aprovados;
- f) Prestar assistência metodológica e consultoria às entidades adjudicantes e aos operadores económicos sobre questões práticas relacionadas com a formação de contratos públicos;
- g) Organizar programas de formação para responsáveis pela contratação pública, quer relacionados com a interpretação da lei, quer com as questões tecnológicas relacionadas com o *e-procurement*;
- h) Gerir os portais eletrónicos de contratação pública;
- i) Controlar o cumprimento da lei mediante a realização de auditorias aos procedimentos de contratação pública, bem como à execução dos contratos públicos.

Na Lituânia existem dois portais importantes em matéria de contratos públicos:

- a) O portal CVP IS²³¹ (*Centrinės viešųjų pirkimų informacinės sistemos*), ou *Sistema de Informação da Contratação Pública*, é um portal eletrónico de serviços ou transaccional, no qual são divulgados os anúncios de procedimentos de formação de contratos públicos lituanos, a decorrer e no qual os operadores económicos registados podem apresentar propostas sob a forma eletrónica.
- b) O portal CVPP²³² (*CVP portalo*) é um portal informativo no qual são disponibilizados conteúdos diversificados sobre a contratação pública (legislação, contratos adjudicados, anúncios, relatórios).

²³⁰ Em articulação com o Departamento de Contratos Públicos do Ministério da Economia lituano, cujo sítio na internet está disponível em http://www.ukmin.lt/web/en/public_procurement_policy.

²³¹ Cf. Sítio na internet, apenas em lituano, em <https://pirkimai.eviesiejiipirkimai.lt/>,

²³² Cf. Sítio na internet, apenas em lituano, em <http://www.cvpp.lt/>.

1.1.20. Luxemburgo

No Luxemburgo a entidade central em matéria de coordenação dos contratos públicos é a *Direction des Marchés Publics*, do Ministério do Desenvolvimento Sustentável e das Infraestruturas. Este departamento é responsável pela maioria das funções relativas a contratos públicos (função normativa e regulamentar, representação externa, de apoio e aconselhamento e gestão do portal dos contratos públicos²³³).

No âmbito do mesmo Ministério funciona uma *Commission des Soumissions*, constituída por nove membros, que desempenha uma função consultiva, competindo-lhe, designadamente:

- a) Assegurar que os requisitos legais, regulamentares e contratuais em matéria de contratos públicos são rigorosamente observados pelas entidades adjudicantes e pelos cocontratantes;
- b) Analisar e instruir reclamações;
- c) Emitir pareceres sobre questões de contratação pública às entidades adjudicantes.

1.1.21. Malta

A entidade-chave da contratação pública maltesa é o *Departamento de Contratos (Dipartiment tal-Kuntratti)*²³⁴, tutelado pelo Ministério das Finanças. Este departamento congrega praticamente todas as funções de coordenação da contratação pública, desde a condução do processo legislativo e regulamentar, passando pela representação externa, pela produção de manuais e orientações sobre boas práticas da contratação pública, emissão de circulares, produção de formulários documentais, produção estatística e, finalmente, a gestão do portal dos contratos públicos eletrónicos *etenders.gov.mt*.

²³³ Cf. *Portail des marchés publics*, acessível no seguinte endereço: <http://www.marches.public.lu/fr/index.php>, que funciona, na prática, como o jornal oficial de publicações de anúncios de contratos públicos.

²³⁴ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <https://secure2.gov.mt/EPROCUREMENT/home?l=1&x=B12AC918E40A57364F7B27C3553EB42C8439C209DD05C33A4FBFEC7515D3142616EE660E3CFE5218E6EF13F2>.

1.1.22. Países Baixos

A entidade-chave da contratação pública nos Países Baixos é o *Departamento de Política da Concorrência e do Consumidor da Direção-Geral da Energia, Telecomunicações e Concorrência do Ministério da Economia*²³⁵. Este departamento, que se ocupa igualmente de outras matérias relacionadas com a promoção da concorrência e a defesa do consumidor, é o responsável pela produção da legislação de contratação pública, detendo ainda funções de representação externa, nomeadamente junto da União Europeia. Não existe, porém, uma entidade especializada responsável pela supervisão e controlo da contratação pública, estando essa competência atribuída aos órgãos de controlo público existentes.

Igualmente importante é o papel desempenhado pela *Autoridade Holandesa para os Consumidores e os Mercados (ACM - Autoriteit Consument & Markt)*, que é uma autoridade administrativa autónoma que zela pela boa aplicação da lei da concorrência e da defesa do consumidor. Em matéria de contratos públicos ocupa-se, por exemplo, da vigilância da concorrência em concursos públicos ou da análise de possíveis situações de conluio entre concorrentes.

No que se refere à capacitação e qualificação dos técnicos das entidades adjudicantes e das empresas para poderem preparar e conduzir bons procedimentos de formação dos contratos ou de neles apresentar boas propostas, quer o Departamento de Política da Concorrência e do Consumidor, quer a ACM, cooperam com o *PIANOO*²³⁶, que é um Centro Especializado para os profissionais que trabalham na área dos contratos públicos, criado em 2005, e que se dedica a funções de aconselhamento e de formação desses profissionais.

1.1.23. Polónia

Na Polónia, a função de coordenação do sistema da contratação pública está atribuída a um organismo especializado: o *Public Procurement Office (Urząd Zamówień Publicznych)*²³⁷,

²³⁵ Cf. Sítio da internet do Ministério, em língua inglesa, em <http://www.government.nl/ministries/ez>.

²³⁶ Cf. Sítio na internet em <http://www.pianoo.nl/>. A designação original de PIANOO provém de *Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers*, que significa, em português, *Propostas Profissionais e inovadoras, Rede de Autoridades Públicas Contratantes*.

²³⁷ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:356>.

que é, aliás, o modelo adotado por muitos dos países da Europa do Leste. Este departamento público, que funciona na direta dependência do Primeiro-Ministro, tem como principais funções:

- a) Elaborar propostas de diplomas legais sobre os contratos públicos,
- b) Assegurar a representação externa e a cooperação internacional em questões relacionadas com os contratos públicos;
- c) Verificar a regularidade dos procedimentos realizados,
- d) Preparar e organizar programas de formação no domínio da contratação pública,
- e) Assegurar a função de instância de recurso no âmbito da Lei da Contratação Pública.

A função controlo dos contratos públicos é exercida em coordenação com o Tribunal de Contas polaco (*NIK - Najwyższa Izba Kontroli*)²³⁸.

1.1.24. Reino Unido

A coordenação do sistema de contratação pública do Reino Unido compete ao *Cabinet Office*²³⁹. Este gabinete governamental, que se situa numa esfera muito próxima do Gabinete do Primeiro-Ministro, é responsável pela coordenação de reformas legislativas em curso em vários domínios da Administração Pública britânica, incluindo o da contratação pública. É responsável, na prática, pela produção legislativa e regulamentar, pela representação externa e pela função de apoio e aconselhamento às entidades públicas e às empresas em matéria de contratos públicos.

O *Cabinet Office* é auxiliado na sua missão, na Irlanda do Norte pela *Central Procurement Directorate*, e na Escócia pela *Scottish Procurement & Commercial Directorate*.

²³⁸ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.nik.gov.pl/en/about-us/>.

²³⁹ Cf. Sítio na internet em <https://www.gov.uk/government/organisations/cabinet-office>.

1.1.25. República Checa

O *Gabinete para a Proteção da Concorrência (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže)*²⁴⁰ é a autoridade nacional checa de coordenação e supervisão das políticas de contratação pública. Goza de estatuto de independência sendo o respetivo Presidente nomeado pelo Presidente da República checa. O gabinete desenvolve competências específicas no domínio da assessoria em contratos públicos (e de produção de *guidelines* e orientações normativas), de organização de programas de formação, da monitorização e acompanhamento dos contratos públicos (incluindo a produção estatística), bem como do controlo e fiscalização dos mesmos, dispondo ainda de poderes contraordenacionais relacionados com a violação de disposições da lei da contratação pública.

Outras competências, como as de produção legislativa e de representação externa (nomeadamente junto da União Europeia) são exercidas em articulação com o *Ministério do Desenvolvimento Regional (Ministerstvo pro místní rozvoj cr)*²⁴¹. Este Ministério é ainda responsável pela administração do sistema de informações dos contratos e do Portal de compras e de concessões (www.portal-vz.cz/en/Homepage), o qual engloba não só informação sobre os contratos públicos propriamente ditos, bem como a lista de operadores económicos que são fornecedores do Estado.

1.1.26. Roménia

Na Roménia a entidade-chave da coordenação da contratação pública é a *Autoridade Nacional de Regulação e Controlo dos Contratos Públicos (Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice)*²⁴², criada em 2006, instituição pública sob a alçada direta do Gabinete do Primeiro-Ministro. Esta Autoridade é uma entidade especializada em contratação pública dispondo da generalidade dos poderes comumente atribuídos a este tipo de entidades: poderes normativos e regulamentares, de representação externa, de monitorização, avaliação e controlo, de aconselhamento e

²⁴⁰ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.uohs.cz/en/homepage.html>.

²⁴¹ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.mmr.cz/en/Homepage>.

²⁴² Cf. Sítio na internet, apenas em língua romena, em <http://www.anrmap.ro/>.

assessoria metodológica na condução dos procedimentos de contratação pública e de organização de programas de formação sobre contratos públicos.

A função controlo dos contratos públicos é exercida, fundamentalmente, pelo Tribunal de Contas romeno (*Curtea de Conturi*)²⁴³ e pela ANCOM - Autoridade Nacional de Gestão e Regulação das Comunicações da Roménia (*Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații*)²⁴⁴, sendo esta última, em articulação com a Autoridade de Regulação dos Contratos Públicos, responsável pela contratação pública eletrónica romena.

De destacar ainda a existência de um Conselho Nacional de Resolução de Conflitos (*Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor*)²⁴⁵, criado em 2007, que é uma entidade administrativa independente de resolução alternativa de litígios, constituída por 33 membros, que tem por missão resolver as queixas apresentadas no âmbito dos processos de formação de contratos públicos.

1.1.27. Suécia

A principal entidade sueca com funções relevantes em matéria de coordenação do sistema de contratos públicos é a *Autoridade da Concorrência (Konkurrensverket)*²⁴⁶. Trata-se de uma entidade administrativa, na dependência do Ministério da Empresa, Energia e Comunicações, que dispõe dos principais poderes de coordenação em matéria de contratos públicos, desde a produção legislativa ao controlo e supervisão dos contratos públicos, incluindo poderes sancionatórios. De realçar que a supervisão dos contratos públicos foi considerada uma das prioridades da Autoridade, com especial destaque para o controlo dos ajustes diretos ilegais, bem como da verificação do grau de participação das pequenas e médias empresas (PME) em contratos públicos²⁴⁷. É ainda importante sublinhar que, durante 2014, a Autoridade passou a concentrar em si a função de apoio e aconselhamento em matéria de contratos públicos, tarefa antes atribuída a várias entidades públicas suecas.

²⁴³ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.curteadeconturi.ro/DefaultEN.aspx>.

²⁴⁴ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.ancom.org.ro/en/>. A ANCOM sucede, nesta função, à Inspeção-Geral das Comunicações e das Tecnologias de Informação.

²⁴⁵ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.cnsc.ro/en/about-us/>.

²⁴⁶ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.kkv.se/en>.

²⁴⁷ Cf. Documento intitulado “*The swedish competition authority: tasks and organisation*”, september 2014, elaborado pela Autoridade de Concorrência sueca.

1.2. Conclusões gerais da análise

A análise que antecede (aos restantes 27 Estados membros da União Europeia, excluindo Portugal que mereceu destaque próprio no capítulo anterior) permite-nos concluir que não existe um modelo-tipo de coordenação nacional da contratação pública, a nível europeu. Com efeito, no plano orgânico, são muito variadas as denominações, as estruturas organizativas, as normas estatutárias dos organismos e igualmente diversificadas as tutelas de que dependem ou o seu grau de independência. É, possível, no entanto, no plano funcional, isto é, das atribuições e competências, encontrar um tronco comum de poderes atribuídos a todas elas, existindo, porém, poderes de que só algumas dispõem.

Vejam, então, quais as principais conclusões que podemos extrair desta análise.

Em primeiro lugar, a maioria das instituições, no caso 19, contém na sua designação uma referência a contratos públicos, mercados públicos ou contratação pública, excetuando-se 8 casos (Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Países Baixos, Reino Unido, República Checa e Suécia), cujas denominações referem-se antes a temas como “concorrência”, “defesa do consumidor” ou até mesmo “anti-corrupção”, como é o caso de Itália.

Em segundo lugar, das 27 instituições analisadas, 3 dependem diretamente do Parlamento, 2 da Presidência do Conselho de Ministros, 5 do Gabinete do Primeiro-Ministro, 7 do Ministério da Economia (também designado Negócios e Crescimento), 7 do Ministério das Finanças (também designado por Ministério do Tesouro, da Fazenda ou da Despesa Pública), 2 dependem de forma articulada dos Ministérios das Finanças e da Economia e uma depende do Ministério do Desenvolvimento e das Infraestruturas.

Na generalidade dos 27 países foram criados organismos específicos para a regulação dos contratos públicos, mas existem quatro casos em que essa competência foi atribuída às Autoridades Nacionais de Concorrência (casos da Dinamarca, da Suécia, dos Países Baixos e da República Checa).

Os Estados membros onde é mais notória a criação de agências especializadas de regulação e supervisão da contratação pública situam-se, na sua maioria, na Europa Central e do

Leste Europeu e na península balcânica (Bulgária, Croácia, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Grécia, Hungria, Letónia, Lituânia, Polónia e Roménia), o que em grande parte se explicará pelo facto dos países da Europa ocidental ainda assentarem no modelo tradicional de atribuírem essas funções a organismos preexistentes, fundamentalmente, no seio dos Ministérios das Finanças e da Economia.

Caso curioso é o de Itália, que terá feito o percurso inverso, uma vez que já possuiu uma instituição especializada exclusivamente em contratos públicos (*Autorità di vigilanza dei contratti pubblici*) que, recentemente foi substituída por uma Autoridade vocacionada para a prevenção e o combate da corrupção (*Autorità Nazionale Anticorruzione*), portanto, com um âmbito de atuação mais alargado do que a sua antecessora.

De todas as entidades analisadas é de salientar o estatuto de independência face ao Governo de que gozam seis dessas entidades: a Autoridade de Concorrência dinamarquesa, a Autoridade Independente para os Contratos Públicos da Grécia, a Autoridade Nacional para os Contratos Públicos da Hungria, a Autoridade Nacional Anticorrupção italiana, o Gabinete para a Proteção da Concorrência da República Checa, ou a Autoridade da Concorrência sueca.

É assim visível a existência de um claro movimento, a nível europeu, no sentido da criação, em cada Estado, de um organismo nacional especializado na coordenação do sistema de contratação pública, com poderes de regulação e supervisão dos contratos públicos, sistema que é, como já se referiu, apoiado pela própria Comissão Europeia. Fica também claro que a criação dessa entidade nacional central se apresenta como mais difícil em países cuja estrutura geopolítica assenta numa divisão regional fortemente vincada, como é o caso da Espanha, da Alemanha ou da Áustria.

Da análise aos poderes detidos por estas entidades extraem-se as seguintes conclusões:

Há, efetivamente, um tronco comum de poderes relativos à produção legislativa e regulamentar, competindo-lhes o processo de transposição das diretivas europeias de contratação pública. O mesmo se verifica quanto ao poder de representação institucional externo, assim, como a função de assessoria e aconselhamento, que engloba a produção de circulares, de manuais e guias de boas práticas sobre a contratação pública, normalmente disponíveis em portais específicos na internet. Todas elas desenvolvem também a função

de produção estatística, nomeadamente para efeitos de prestação de informações anuais à Comissão Europeia.

Existem, porém, poderes que não são comuns a todas as entidades analisadas. A função de controlo e monitorização é, na maioria dos casos, externalizada, sendo exercida pelo Tribunal de Contas nacional e pelas instituições de auditoria e controlo existentes.

Uma nova função que tem vindo a ser desempenhada pelas estruturas de governação dos contratos públicos é a de organização de programas de formação especializados para técnicos da contratação pública, englobando técnicos das entidades públicas e dos operadores económicos. É o que sucede em onze Estados membros: Bulgária, Chipre, Croácia, Eslováquia, Eslovénia, Hungria, Lituânia, Países Baixos, Polónia, República Checa e Roménia.

Outra função relevante prende-se com a instituição de centros ou estruturas específicos para a resolução alternativa de litígios relacionados com contratos públicos, incluindo poderes em matéria de recurso e revisão das decisões das entidades adjudicantes. Podemos encontrá-los em doze dos Estados membros: Áustria, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Finlândia, França, Hungria, Itália, Letónia, Polónia e Roménia.

2. A regulação dos contratos públicos noutras partes do Mundo

2.1. Metodologia de análise

Depois de termos avaliado a forma como a coordenação das políticas de contratação pública é assegurada ao nível dos países na União Europeia, parece-nos importante cotejá-la com os modelos adotados noutras partes do Mundo, onde, naturalmente, as preocupações de existência de uma boa governação se mantêm, dado o peso que os contratos públicos têm nos orçamentos dos respetivos Estados. Dos vários modelos possíveis decidimos analisar alguns que, nos restantes continentes, se baseiam na existência de uma entidade central de coordenação da contratação pública: América (EUA e Colômbia), África (Cabo Verde e Gana), Ásia (Indonésia e Filipinas) e Oceania (Austrália).

2.1.1. Estados Unidos da América (EUA)

O modelo norte americano apresenta uma complexidade que é inerente ao modelo de governo dos EUA, designadamente a existência de um governo federal, de governos estaduais e locais. Ao nível federal (o nível mais elevado, transversal a todos os Estados norte americanos), a lei mais importante da contratação pública é a *Federal Acquisition Regulation*²⁴⁸. A este nível o organismo-chave de coordenação do sistema federal de contratação pública é o *Office of Federal Procurement Policy (OFPP)*²⁴⁹, que integra o *Office of Management and Budget (OMB)*. O OFPP, criado pelo Congresso Norte americano em 1974, é responsável pela produção legislativa e regulamentar em matéria de contratos públicos, bem como pelas funções de assessoria e apoio e de monitorização da contratação pública, sempre na perspetiva das aquisições realizadas ao nível das instituições federais. O OFPP é dirigido por um administrador nomeado pelo Presidente norte-americano e confirmado pelo Senado. Na sua missão, o administrador do OFPP é coadjuvado por um órgão consultivo: o *Federal Acquisition Regulatory Council*.

No sítio da internet da instituição podemos encontrar importantes documentos informativos e orientadores, tais como circulares sobre contratação pública e guias de boas práticas, bem como relatórios anuais de contratação pública apresentados ao Congresso.

A maior parte dos contratos públicos lançados pelas agências federais norte-americanas são publicitados no portal <https://www.fbo.gov/>. Não menos importante é o portal *Federal Procurement Data System – Next Generation*²⁵⁰, no qual são divulgados contratos de valor superior a 3.000 dólares²⁵¹.

O *National Institute of Governmental Purchasing* e o *Federal Acquisition Institute* são instituições vocacionadas para a organização de programas de formação especializados em

²⁴⁸ Cf. Trata-se da lei que rege as aquisições feitas ao nível do Governo federal e das instituições que o integram. A lei das aquisições federais (*FAR-Federal Acquisition Regulation*) faz parte integrante do Código de Leis federais (*CFR- Code of Federal Regulations*), 48 CFR, Capítulo I. Possui sítio na internet próprio em <http://www.acquisition.gov/far/index.html>.

²⁴⁹ Cf. Sítio na internet em http://www.whitehouse.gov/omb/procurement_default.

²⁵⁰ Cf. Sítio na internet em <https://www.fpds.gov/fpdsng/cms/index.php/en/>.

²⁵¹ Sobre o tema da divulgação de contratos públicos em portais eletrónicos, vide o estudo *Transforming Government Acquisition Systems: Overview and Selected Issues*, do *Congressional Research Service*, elaborado por L. ELAINE HALCHIN, 2013, disponível em <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43111.pdf>.

contratos públicos, que incluem a atribuição de certificação profissional a técnicos da contratação pública.

A nível estadual, cada Estado dos EUA dispõe da sua própria lei de contratação pública, bem como de órgãos próprios responsáveis pela coordenação das respetivas políticas de aquisições públicas.

2.1.2. Colômbia

O modelo colombiano de contratação pública apresenta um rasgo de modernidade que merece a nossa atenção. Assentando o regime de governo da Colômbia num regime presidencialista, o Presidente assume o papel de chefe de Estado mas também o de chefe do Governo. E no âmbito do assunto que nos ocupa, o Presidente da Colômbia reconheceu a contratação pública como uma questão estratégica²⁵², tendo, conseqüentemente, decidido criar uma instituição especializada para coordenar as políticas nacionais em matéria de contratos públicos chamada *Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (ANCP - CCE)*²⁵³.

A ANCP - CCE tem como principais funções:

- a) A formulação de políticas, planos e programas que procuram otimizar a oferta e a procura no mercado;
- b) A racionalização normativa, encarregando-se pois da produção legislativa e regulamentar;
- c) O desenvolvimento e disseminação de políticas, padrões e ferramentas para facilitar as compras e promover a eficiência, ou seja, o desenvolvimento de uma função de informação, de apoio e aconselhamento junto dos *players* do mercado (incluindo a emissão de circulares);

²⁵² Cf. Informação nesse sentido constante do portal <http://www.colombiacompra.gov.co/>. Trata-se de um portal simples mas muito rico em informação (legislação, jurisprudência, relatórios da entidade, manuais, formulários, circulares) e igualmente inovador, apresentando inclusive uma área multimédia na qual os *players* do mercado podem encontrar vídeos explicativos sobre questões relacionadas com a contratação pública. É, para nós, um exemplo de boas práticas a seguir.

²⁵³ Não podemos deixar de registar a inovação apresentada na própria designação da entidade reguladora: ao invés de seguir uma designação tradicional, como as que temos apresentado nesta dissertação, a Colômbia demarca-se por apresentar uma instituição cujo nome ilustra, de forma clara, os objetivos que presidem à sua criação: a obtenção de compras públicas eficientes, isto é, no sentido de otimizar os meios disponíveis com vista a obter os melhores resultados possíveis. A *Colombia Compra Eficiente* foi criada pelo Decreto do Governo n° 4170, de 3 de novembro de 2011.

- d) A coordenação com outros órgãos públicos para cumprir as suas metas, no âmbito de uma função de representação institucional;
- e) A elaboração de estudos, diagnósticos e estatísticas para melhorar a eficácia do sistema, no âmbito da sua função de monitorização do mercado da contratação pública;
- f) O desenho, a organização e a realização de acordos-quadro de preços;
- g) O desenvolvimento do sistema de contratação pública eletrónica;
- h) A divulgação das melhores práticas e a coordenação de programas de formação com outras entidades.

Em suma, a ANCP - CCE desenvolve um papel transversal no âmbito da coordenação das políticas de compras públicas colombianas, modelo que podemos encontrar em muitos dos Estados já analisados. A novidade aqui reside no facto desta entidade desempenhar também uma função típica das centrais de compras do Estado, que consiste na gestão de acordos-quadro. Este aspeto merece-nos algumas críticas por considerarmos que as funções típicas de regulação e supervisão não se devem misturar numa mesma entidade com funções típicas de gestão propriamente dita.

A ANCP - CCE é ainda responsável pela gestão do portal de compras públicas eletrónicas – SECOP²⁵⁴ – no qual é possível realizar todo o processo de formação de contratos em linha, isto é, de forma totalmente eletrónica.

A função de controlo e auditoria aos contratos públicos é assegurada pela *Contraloría General de la República (CGR)*, que se trata de um órgão independente do Estado colombiano.

2.1.3. Cabo Verde

Cabo Verde apresenta-nos igualmente um modelo de governação dos contratos públicos assente numa entidade-chave, em torno da qual gira um conjunto de funções enquadráveis na função regulatória dos contratos públicos. Essa entidade denomina-se *Autoridade*

²⁵⁴ SECOP é a sigla de *Sistema Electrónico de Contratación Pública*, o qual está disponível no endereço <http://www.colombiacompra.gov.co/es/secop>. A título informativo é de sublinhar que a plataforma eletrónica em causa foi fornecida pela empresa portuguesa VORTAL, o que demonstra o nível atingido pelas empresas gestoras de plataformas eletrónicas em Portugal.

*Reguladora das Aquisições Públicas (ARAP)*²⁵⁵. O sistema legislativo cabo-verdiano de contratos públicos – à semelhança do que sucede com a maioria dos países de língua oficial portuguesa – tem como fonte inspiradora a legislação portuguesa. No entanto, no plano da organização administrativa, Cabo Verde acabou por tomar a dianteira, face a Portugal, ao instituir uma entidade reguladora das aquisições públicas, que é, no fundo, o tema central desta tese.

A ARAP foi criada em 2008, no âmbito de um processo de reforma da Administração Pública cabo-verdiana. Trata-se de uma autoridade administrativa independente²⁵⁶, que, nos termos dos respetivos estatutos, tem como missão a regulação, a supervisão e a resolução de conflitos em matéria de aquisições públicas. A ARAP tem, aliás, um leque de atribuições bastante alargado:

- a) Elaborar e emitir normas técnicas e diretivas destinadas a garantir o melhor funcionamento das UGA²⁵⁷ e dos júris, no cumprimento das funções que legalmente lhes cabem em todo o processo de aquisições públicas;
- b) Acompanhar e supervisionar todo o processo de aquisições públicas, para que as mesmas se processem em conformidade com as normas, procedimentos e princípios previstos na Lei e sejam introduzidas as correções que se imponham oportunamente;
- c) Conduzir auditorias ao processo das aquisições públicas, sem prejuízo de outras levadas a cabo por outras entidades públicas competentes;
- d) Prestar permanente, clara e relevante informação ao público sobre a procura de bens e serviços pelas entidades adjudicantes, bem como a oferta de concessões de obras ou serviços, ou empreitadas de obras públicas projetadas, a fim de manter, de forma transparente, a previsibilidade e a igualdade de oportunidade aos potenciais interessados;

²⁵⁵ Cf. Sítio na internet em <http://www.arap.cv/>.

²⁵⁶ Nos termos da Lei n.º 14/VIII/2012, de 11 de julho, da Assembleia Nacional de Cabo Verde (que aprova o regime jurídico das entidades reguladoras independentes nos sectores económico e financeiro), nomeadamente do seu artigo 9.º, as ERI são independentes no desempenho das suas funções reguladoras, não estando sujeitas a superintendência nem a tutela, no que respeita ao exercício das suas funções. Estão, porém, sujeitas aos poderes da Assembleia Nacional em matéria de fiscalização e do Governo em matéria de estabelecimento de linhas gerais de atuação.

²⁵⁷ UGA são Unidades de gestão de aquisição.

- e) Dirimir, como única instância de recurso gracioso, os conflitos entre os concorrentes e as entidades adjudicantes;
- f) Preparar os cadernos sobre cláusulas administrativas gerais;
- g) Coordenar a preparação e aprovar a redação dos cadernos de cláusulas técnicas gerais;
- h) Receber todos os projetos de contrato de concessão de obras ou serviços públicos e pronunciar-se sobre a eventual desconformidade dos mesmos aos princípios da aquisição pública;
- i) Fiscalizar a fase de execução dos contratos, especialmente os de empreitada e as concessões de obras e serviços públicos, no sentido de garantir que durante a execução não sejam desvirtuados os princípios e razões que levaram à adjudicação;
- j) Fazer prospeções alargadas do mercado sobre os bens e serviços que interessem ao consumo do Estado e manter as UGA informadas dos resultados de tais prospeções;
- k) Elaborar e aprovar o Código de Conduta dos integrantes das UGA e dos júris e de todos quantos participem nos procedimentos de aquisição;
- l) Efetuar e manter atualizados os registos que forem previstos na legislação cabo-verdiana de contratação pública;
- m) Manter o sítio na Internet onde são efetuadas as publicações previstas na lei, nomeadamente os documentos de concurso e as suas alterações e quaisquer recomendações relacionadas com aquisições futuras, bem como os contratos celebrados;
- n) Exigir das entidades adquirentes e das UGA relatórios circunstanciados sobre todos os processos de aquisição e os contratos celebrados;
- o) Zelar para uma adequada formação dos integrantes das UGA;
- p) Certificar os integrantes das UGA, seguindo para tal o processo previsto no regulamento interno a ser aprovado e desqualificar as UGA ou seus integrantes sempre que o comportamento destes deva razoavelmente acarretar perda de confiança na sua capacidade ou idoneidade para condução dos processos de aquisição em conformidade com os princípios previstos na Lei.

Em síntese, a ARAP tem formalmente o extenso rol de competências comumente atribuíveis a entidades desta natureza.

Destacamos, porém, o papel da ARAP na resolução alternativa de litígios, através da *Comissão de Resolução de Conflitos (CRC)* que funciona na sua dependência, sendo constituída por três membros designados pelo Conselho de Administração da ARAP. No sítio da internet da ARAP são publicadas as decisões do CRC, as quais podem, no limite, implicar a anulação dos procedimentos de formação de contratos públicos.

2.1.4. Gana

O Gana é uma República africana de matriz jurídico-legal anglo-saxónica, ou não tivesse sido antiga colónia inglesa. Foi, aliás, a primeira das antigas colónias britânicas em África a tornar-se independente do Reino Unido, concretamente em 1957. A sua matriz herdada do antigo império britânico está bem patente nos respetivos modelos de governação, inclusive no plano da contratação pública²⁵⁸.

A entidade-chave para a regulação da contratação pública ganesa é a *Autoridade para a Contratação Pública (PPA - Public Procurement Authority)*²⁵⁹. Esta entidade central, na dependência do Ministro das Finanças, foi criada em 2004, um ano após a publicação da lei ganesa de contratação pública [*Public Procurement Act 2003, (Act 663)*], exercendo grande parte das competências de regulação já conhecidas:

- a) Função normativa e regulamentar;
- b) Função de apoio e aconselhamento;
- c) Função de informação e de produção estatística;
- d) Função de monitorização e controlo;
- e) Função de formação de técnicos;
- f) Função de gestão de um portal de contratos públicos.

No plano da prestação de apoio às entidades públicas e às empresas a PPA dispõe de um portal na internet que contem inúmeros documentos de apoio, incluindo *templates* e guias orientadores. Em matéria de informação ao mercado, a PPA criou no seu portal uma base

²⁵⁸ O Gana integra a *Commonwealth Public Procurement Network (CPPN)*, rede especializada em contratação pública, criada em 2006, no âmbito do Secretariado da Commonwealth.

²⁵⁹ Cf. Sítio na internet em <http://www.ppbghana.org/>.

de dados de preços médios de bens, produtos e serviços²⁶⁰. Trata-se de um mecanismo extremamente útil para as entidades adjudicantes, nomeadamente enquanto instrumento de auxílio à fixação dos preços bases dos seus procedimentos. Em matéria de publicidade, a PPA gere um portal eletrónico, ON LINE TENDERS²⁶¹, no qual são publicitados anúncios de concursos. No plano da formação, a PPA organizou um programa de formação especializada em contratos públicos que teve como destinatários cerca de dez mil formandos.

A proatividade desta Autoridade ganesa está bem patente na parceria estabelecida com a Suíça, no âmbito do projeto *The Swiss-Ghana Sustainable Public Procurement Project (SPP)*, projeto a três anos, financiado pelo governo suíço com uma doação de 2,7 milhões de dólares americanos, que visa melhorar as práticas de compras públicas do Governo do Gana através da introdução de contratos públicos sustentáveis²⁶².

A resolução alternativa de litígios assenta, nos termos da Lei da contratação pública ganesa, num *Painel de Recurso e Reclamação*, composto por sete membros, especialistas em assuntos jurídicos e contratos, competindo à PPA publicitar as decisões no seu portal.

2.1.5. Indonésia

A entidade-chave da contratação pública na Indonésia designa-se *Agência Nacional da Contratação Pública (LKPP - National Public Procurement Agency)*²⁶³.

A LKPP da Indonésia desempenha um conjunto alargado de competências relevantes, tais como, a coordenação das políticas e estratégias de contratação pública, nomeadamente por via normativa, funções de representação externa, funções de avaliação e monitorização, gestão da contratação pública eletrónica, desenvolvimento de programas de formação, disponibilização de instrumentos de resolução alternativa de litígios. Desenvolve igualmente as funções clássicas de prestação de serviços de apoio e aconselhamento às

²⁶⁰ Cf. Sítio na internet em http://www.ppbghana.org/cui_search.asp.

²⁶¹ Cf. Sítio na internet em <http://www.ppbghana.org/biddingmain.asp>.

²⁶² Cf. Informações detalhadas sobre este projeto estão disponíveis no seguinte endereço: <http://spp.ppaghana.org/>.

²⁶³ Em indonésio, *Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (LKPP)*, que significa, literalmente, instituto de políticas para a aquisição de bens e serviços. Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.lkpp.go.id/v3/en/>.

entidades públicas e privadas mediante a disponibilização de instrumentos e ferramentas de auxílio, tais como manuais e guias de boas práticas.

A LKPP foi criada em 2007, tendo na sua base modelos institucionais presentes em diversas partes do Mundo, algumas delas já aqui citadas: o *Office of Federal Procurement Policy (OFPP)* dos EUA, o antigo *Office of Government Commerce (OGC)* do Reino Unido, o *Government Procurement Policy Board (GPPB)* das Filipinas, o *Public Procurement Policy Office (PPPO)* da Polónia, e o *Public Procurement Service (PPS)* da República da Coreia. Trata-se de uma agência independente do Governo, que reporta diretamente ao Presidente da República da Indonésia.

Em matéria de *E-procurement*, isto é, de condução dos procedimentos de formação de contratos públicos de forma eletrónica, há a destacar o portal gerido pela LKPP, denominado INAPROC²⁶⁴, que teve como *benchmark* o modelo sul coreano *Korea Online E-Procurement System (KONEPS)*, um dos modelos considerados mais avançados pelas Nações Unidas e pelo Banco Mundial, sendo, por isso, uma referência a nível global.

2.1.6. Filipinas

A autoridade máxima da contratação pública nas Filipinas é o *Government Procurement Policy Board (GPPB)*²⁶⁵. Trata-se de uma agência independente do Governo, responsável pela coordenação da política de aquisições públicas, criada na sequência da Lei nº 9184, de 22.07.2002, intitulada “*Government Procurement Reform Act*”, lei que teve em vista a modernização, a padronização e a regulação das atividades de contratação pública levadas a cabo pelas entidades públicas.

O GPPB tem como responsabilidades:

- a) A preparação de diplomas legais e regulamentares em matéria de contratação pública;
- b) A organização e divulgação de manuais de aquisições genéricas, bem como formulários-tipo a utilizar em procedimentos de formação de contratos públicos;

²⁶⁴ Disponível em <https://inaproc.lkpp.go.id/v3/>.

²⁶⁵ Cf. Sítio na internet, em língua inglesa, em <http://www.gppb.gov.ph/>.

- c) Assegurar a correta aplicação da legislação de contratação pública pelas entidades adjudicantes;
- d) Estabelecer programas de formação que permitam aos técnicos e funcionários desenvolver capacidades na preparação e condução de procedimentos de formação de contratos públicos;
- e) Monitorizar e avaliar anualmente a aplicação da lei da contratação pública, tendo em vista a sua eventual revisão e melhoria.

Um aspeto inovador que encontramos no modelo filipino de regulação é o facto de no portal do GPPB encontrarmos depositados os planos anuais de compras das diferentes entidades públicas, questão que se revela fundamental para que os operadores económicos conheçam antecipadamente o mercado potencial que as entidades públicas representam, anualmente.²⁶⁶

No mesmo portal podemos ainda encontrar listas negras (*black lists*) de operadores económicos que estão impedidos de contratar com o Estado²⁶⁷.

Em matéria de contratação pública eletrónica, as Filipinas dispõem de um portal designado “Sistema Eletrónico Filipino de Compras Públicas” (PhilGEPS)²⁶⁸, gerido pelo *Department of Budget and Management – Procurement Service*, no qual são realizados os procedimentos abertos de contratação pública, num ambiente inteiramente transparente e competitivo.

2.1.7. Austrália

A entidade central de coordenação da contratação pública australiana é o *Department of Finance*. No âmbito deste departamento central existe uma divisão especializada,

²⁶⁶ Cf. <http://www.gppb.gov.ph/monitoring/app.php>.

²⁶⁷ Cf. <http://www.gppb.gov.ph/monitoring/blacklistedSup.php>. No caso português está prevista a publicação, no portal BASE, da aplicação da sanção acessória de inibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, quando tal sanção tenha, nos termos do CCP português, sido aplicada pela entidade que dispõe de poderes sancionatórios. No caso filipino, qualquer entidade adjudicante pode, nos termos da respetiva lei de contratação pública, remeter um operador económico para a lista negra (criada junto do GPPB), com base em determinados pressupostos. Das análises que fizemos verificamos, por exemplo, que foram utilizados fundamentos tais como, uma derrapagem superior a 10% na execução de trabalhos, imputável ao operador económico; a recusa do empreiteiro em cumprir ordens da entidade adjudicante; um incumprimento, por parte do empreiteiro, do clausulado contratual.

²⁶⁸ Disponível em <http://www.philgeps.gov.ph/>.

*Technology and Procurement Division*²⁶⁹, que é responsável pela política de aquisições públicas. Esta estrutura é responsável pelas funções típicas de coordenação da contratação pública, tais como a função normativa, a função de apoio e aconselhamento, a função de monitorização e produção estatística, incluindo a função de análise e tratamento de reclamações relacionadas com procedimentos de contratação pública.

O portal deste departamento possui informação estruturada muito útil para os *players* deste mercado. De facto, a informação apresenta-se enquadrada tanto na perspetiva dos compradores (entidades adjudicantes: *Buying for the Australian Government*) como para os vendedores (operadores económicos: *Selling to the Australian Government*).

Em matéria de contratação eletrónica, existe um portal específico – AUS TENDER²⁷⁰ – gerido pelo *Department of Finance*.

²⁶⁹ Cf. Sítio na internet em <http://www.finance.gov.au/about-department/business-procurement-and-asset-management/tpd/>.

²⁷⁰ Cf. <https://www.tenders.gov.au/>.

CAPÍTULO IV

MODELO PARA UMA AUTORIDADE REGULADORA DOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. Enunciação do problema

Como tivemos ocasião de verificar nos capítulos anteriores, são vários os modelos possíveis para desenvolver a função regulatória dos contratos públicos, desde os modelos de regulação sob tutela até à regulação independente. No primeiro caso, a regulação é diretamente tutelada pelo gabinete do Primeiro-Ministro, por um determinado ministério ou exercida, de forma complementar, por vários ministérios, sendo mais comuns os Ministérios das Finanças e da Economia. Existe no polo oposto casos de regulação atribuída a entidades reguladoras especificamente criadas para o efeito, que podem ter ou não o estatuto de independência, ou a entidades reguladoras que abrangem outras áreas, tais como a concorrência (nos países nórdicos), ou o combate à corrupção (em Itália).

Acresce que a esta *Torre de Babel* de modelos institucionais regulatórios dos contratos públicos podemos ainda associar uma panóplia muito diversificada de poderes associados a cada um desses modelos. E essa situação é verificável não apenas quando comparamos modelos europeus com norte-americanos, africanos ou asiáticos, mas, essencialmente, quando nos debruçamos apenas sobre os modelos adotados pelos Estados membros da União Europeia.

2. Procura da solução

Em 2011, a Comissão Europeia produziu um relatório de análise ao “*state of the art*” da legislação de contratação pública nos vários Estados da União Europeia, tendo como referência as diretivas europeias de 2004, procurando medir o seu impacto e efetividade, com o objetivo de preparar os projetos de novas diretivas europeias sobre a matéria²⁷¹. Nesse relatório foi feita a análise ao estado da governação dos contratos públicos por parte

²⁷¹ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, “Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation”, Part 1, *SEC(2011)853 final*, Bruxelas, 2011.

dos diferentes Estados membros. Trata-se, a nosso ver, de um trabalho muito meritório e que constituiu um instrumento fundamental para a condução dos trabalhos de revisão da legislação europeia de contratação pública, que veio a culminar no novo pacote de diretivas europeias de 2014.

Ora, sobre a problemática da *governance* dos contratos públicos, a nova Diretiva nº 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, veio, finalmente e pela primeira vez, fazer luz sobre o problema, conforme se pode aferir pelo disposto no extenso considerando 121: *«A avaliação revelou que há ainda uma margem considerável para melhorias no que se refere à aplicação das regras da União em matéria de contratação pública. Tendo em vista uma aplicação mais eficiente e coerente das regras, é indispensável ter uma boa visão geral dos eventuais problemas estruturais e padrões gerais das políticas nacionais em matéria de contratação pública, a fim de resolver esses eventuais problemas de forma mais orientada. Esta visão deverá ser obtida graças a uma monitorização adequada, cujos resultados deverão ser regularmente publicados, a fim de permitir um debate com conhecimento de causa sobre os eventuais melhoramentos das regras e práticas da contratação pública. A obtenção dessa boa visão também poderá ajudar à percepção da aplicação das regras da contratação pública, no âmbito da execução de projetos cofinanciados pela União. Os Estados-Membros deverão ser livres de determinar as modalidades e as instâncias que devem ser encarregadas de efetuar na prática essa monitorização; para o efeito, deverão também decidir se a monitorização se deverá basear num controlo ex post por amostragem ou se deverá ser efetuada mediante um controlo sistemático ex ante dos procedimentos de contratação pública abrangidos pela presente diretiva. Deverá ser possível chamar a atenção dos organismos competentes para os potenciais problemas; tal não deverá necessariamente implicar que as pessoas que efetuaram a monitorização tenham capacidade para estar em juízo. Uma melhor orientação, informação e apoio às autoridades adjudicantes e aos operadores económicos poderá igualmente contribuir de forma significativa para reforçar a eficiência da contratação pública, graças a melhores conhecimentos e a uma maior segurança jurídica e profissionalização das práticas de contratação pública; estas orientações deverão ser disponibilizadas às autoridades adjudicantes e aos operadores económicos sempre que se afigure necessário para melhorar a correta aplicação das regras. As orientações a fornecer poderão abranger todas as matérias relevantes para a*

contratação pública, como o planeamento das aquisições, os procedimentos, a escolha das técnicas e instrumentos e as boas práticas de condução dos procedimentos. No que diz respeito às questões jurídicas, as orientações não deverão necessariamente equivaler a uma análise jurídica exaustiva das questões em causa; poderão limitar-se a indicar de um modo geral os elementos que devem ser tidos em consideração na análise pormenorizada das questões, por exemplo, remetendo para a jurisprudência eventualmente relevante ou para notas de orientação ou outras fontes que tiverem analisado a questão específica em causa» (sublinhados nossos).

Este extenso considerando assume uma importância notável, na medida em que descreve em linhas gerais o modelo de governação da contratação pública plasmado nas Diretivas, modelo esse que deverá assentar mais numa regulação proactiva (próxima das entidades adjudicantes e dos operadores económicos e antecipatória dos problemas) do que numa regulação passiva (regulação à distância, eminentemente de nível normativo e não consultivo, e a posteriori, exercida pelos serviços de inspeção e de auditoria). Mais do que uma fiscalização dos contratos públicos, estimula-se aqui uma verdadeira função de monitorização e acompanhamento dos contratos públicos, que não se limita a verificar a sua conformidade legal, mas também – e principalmente - a avaliar se os contratos públicos estão, numa visão global, a atingir os fins a que se propõem, por exemplo, se os contratos públicos estão de facto a contribuir para a promoção de políticas ambientais, de inovação ou de inclusão social. Trata-se, pois, duma função de análise macro, mais do que de verificação caso a caso (análise micro), ou como se diz popularmente, *ver a floresta mais do que ver a árvore*.

Curiosa é a forma como a Diretiva deixa em aberto a escolha do modelo regulatório a adotar em cada Estado membro, nomeadamente quando se refere que estes deverão ser livres de escolher as modalidades e as instâncias que devem ser encarregadas de efetuar a supervisão e a monitorização dos contratos públicos. É que, efetivamente, não era essa a ideia inicial da Comissão Europeia. Se analisarmos o anteprojeto da Diretiva²⁷², entretanto publicada com o nº 2014/24/UE, nomeadamente o seu artigo 84.º, sob a epígrafe “*Public Oversight*” (supervisão pública), verificamos que a Comissão perfilhava o entendimento de que em cada Estado membro devia existir um organismo independente de supervisão para

²⁷² Divulgada através da Comunicação da Comissão Europeia (COM 2011 896 final).

os contratos públicos²⁷³. Esse seria, no entender da Comissão, o modelo que melhor cumpriria o objetivo plasmado no citado considerando 121 de se obter “*uma boa visão geral dos eventuais problemas estruturais e padrões gerais das políticas nacionais em matéria de contratação pública*”. Ora, essa visão só será plenamente alcançável se estiver ao alcance de uma certa e determinada entidade e não disseminada por um conjunto alargado de entidades, como ainda acontece em alguns dos países europeus, embora cada vez menos.

Tal questão acabou por motivar acesa discussão nas reuniões realizadas entre a Comissão Europeia e os peritos nacionais junto do Conselho Europeu, sendo matéria que dividiu opiniões, umas favoráveis, outras nem tanto. A tónica central foi a de que a matéria relativa à estrutura das Administrações Públicas é da competência dos Estados membros e não da Comissão Europeia. Recordamos, porém, a este propósito, que a grande maioria das entidades reguladoras independentes existentes nos diversos países europeus, noutras áreas económicas e financeiras, são fruto precisamente de imposições comunitárias. É o caso dos bancos centrais, dos reguladores da área dos seguros, da aviação civil, só para citar alguns exemplos. Registe-se que a discussão sobre o tema continuou aquando da discussão das Diretivas junto do Parlamento Europeu²⁷⁴.

Acabou por vingar desta vez (embora suspeite que, na próxima geração de Diretivas, o tema da regulação independente para os contratos públicos seja novamente retomado) a tese de que cada Estado membro terá que desempenhar as competências previstas na Diretiva, muito embora possa escolher qual ou quais as entidades nacionais encarregues das mesmas. É isso que ressalta do disposto no n.º 1 do artigo 83.º, inserido no Título IV “Governança”, no qual se estabelece que *«A fim de garantir de facto uma execução eficaz e correta, os Estados-membros devem certificar-se de que pelo menos as tarefas enumeradas no presente artigo são realizadas por uma ou mais autoridades, organismos ou estruturas. Os Estados-membros devem indicar à Comissão todas as autoridades,*

²⁷³ Sobre o mesmo assunto é importante referir que a Diretiva anterior (2004/18/CE) já previa, no seu artigo 81.º, sob a epígrafe “Mecanismo de Acompanhamento”, que os Estados membros deviam garantir a aplicação da Diretiva “*por meio de mecanismos eficazes, abertos e transparentes*”, podendo, para o efeito, “*designar ou estabelecer um órgão independente*”. Em 2014 a Comissão tentou substituir este “poder” por um “dever”, mas tal disposição não foi aceite pelos Estados membros, nem pelo Parlamento Europeu.

²⁷⁴ Vide sobre este ponto o “Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), do Parlamento Europeu, 2013, Relator MARC TARABELLA, pp. 342-347.

organismos ou estruturas competentes para essas tarefas.» Esta abertura acaba de algum modo por ser limitada pelo estabelecido no n.º 5 do citado artigo 83.º, no qual se exige que os Estados membros designem uma entidade ou organismo que sirva de “ponto de referência” para a cooperação com a Comissão Europeia no que diz respeito à aplicação da legislação relativa à contratação pública. Por outras palavras, a Comissão diz aos Estados membros que, a nível nacional, podem organizar-se como bem entenderem mas, no relacionamento com a Comissão apenas existe uma entidade de contacto por país. Está, no fundo, preparado o caminho de futuro, uma vez que esta entidade- ponto de referência acabará por se tornar o tal organismo de supervisão de contratos públicos, seja ou não independente²⁷⁵, sendo que em muitos casos já o é, como tivemos ocasião de verificar no capítulo anterior.

3. Modelo de autoridade reguladora dos contratos públicos para Portugal

3.1. Atual modelo de regulação em Portugal

Como tivemos ocasião de verificar no capítulo II, a governação dos contratos públicos em Portugal assenta, atualmente, num modelo tripartido. Encontra-se, neste momento, em fase de reestruturação o InCI que, sob a denominação de Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC), e sob tutela do Ministério da Economia, desempenhará a função regulatória, em geral, sobre os contratos públicos, funcionando ainda como “ponto de referência” previsto no artigo 83.º, n.º 5 da Diretiva n.º 2014/14/UE. Temos, por outro lado, a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP), tutelada pelo Ministério das Finanças, que sendo a entidade gestora do Sistema Nacional de Compras Públicas, detém algumas responsabilidades e poderes normativos e de monitorização, relacionados com as compras agregadas, as compras ecológicas, as aquisições centralizadas e a gestão do parque de veículos do Estado. Em terceiro lugar, a Inspeção-Geral de Finanças, as inspeções-gerais de natureza setorial e os serviços de auditoria do Tribunal de Contas formam, no seu conjunto, o terceiro pilar da referida

²⁷⁵ Sobre as vantagens da criação de uma verdadeira entidade reguladora da contratação pública em Portugal, vide PEDRO GONÇALVES, *Reflexões...*, ob. cit., p. 27: «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».

governação dos contratos públicos, competindo-lhes, especificamente, o poder de inspeção, fiscalização e auditoria aos contratos públicos.

Este modelo vai, a nosso ver, no caminho certo, embora se admita que existam aspetos a melhorar, conforme adiante se propõe.

3.2. Modelo de regulação proposto para Portugal

O modelo que propomos tem na sua base, por um lado, a análise das vantagens e desvantagens de cada um dos modelos regulatórios anteriormente identificados, mas também o modelo proposto pela Comissão Europeia. Acresce, por outro lado, que não nos debruçaremos sobre os poderes a cargo da atual ESPAP nem das entidades de inspeção e auditoria, tais como a Inspeção-Geral de Finanças ou os serviços de auditoria do Tribunal de Contas. Procuraremos, sim, apresentar um modelo de melhoria da entidade que atualmente exerce funções de regulação nesta matéria em Portugal: o InCI/IMPIC.

3.2.1. Tipo de entidade

O IMPIC será, conforme se pode aferir pela leitura do projeto de lei orgânica, um instituto público de regime especial integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa, financeira e património próprio, que prossegue atribuições do Ministério da Economia, sob superintendência e tutela do respetivo ministro. Este instituto está, assim, sujeito a tutela do Ministro da Economia. Ora, a relação tutelar acaba por ser uma limitação ou condicionante ao pleno exercício de poderes regulatórios em matéria de contratos públicos.

Com efeito, as novas Diretivas aumentam, como melhor veremos mais adiante quando voltarmos ao tema, o leque de poderes das entidades reguladoras de contratos públicos. Acontece que grande parte desses poderes refletem-se na esfera de atuação de outras entidades públicas, uma vez que, enquanto entidades adjudicantes, estarão sob a alçada regulatória deste instituto. Ora, existe o risco do exercício de tais poderes encontrar resistências por parte de outros ministérios, numa interpretação (errada) de que o Ministério da Economia pretende monitorizar ou recomendar determinadas práticas a

organismos de outros Ministérios, ou até mesmo, da administração local ou regional. Essas resistências serão, naturalmente, diluídas caso a regulação seja exercida por um organismo independente. Outro fator favorável à independência da regulação pode ser encontrado no facto de que quando se fala de contratos públicos fala-se numa relação entre uma entidade pública (compradora) e uma entidade privada (fornecedora). Ora, se a entidade reguladora for uma entidade pública sob tutela de um determinado Ministério não faltará quem diga que existe falta de distanciamento, independência e neutralidade, considerando que essa entidade procurará beneficiar a entidade pública. Estes dois fatores apresentados a favor da independência da regulação dos contratos públicos têm um interesse ou fundamento de âmbito eminentemente nacional. Mas podemos apresentar um terceiro fundamento, de interesse transnacional. É que os contratos públicos na Europa têm hoje uma dimensão transfronteiriça, pelo que os reguladores dos vários Estados membros devem assumir também uma dimensão de independência face aos respetivos Governos, pois na verdade a sua função é, em primeiro lugar, garantir a boa aplicação das regras de contratação pública emanadas da legislação europeia sobre a matéria. Diga-se, aliás, em abono desta tese, que as entidades reguladoras nacionais (que funcionam como pontos de referência) estão obrigadas a informar periodicamente a Comissão Europeia sobre o trabalho desenvolvido, seja ao nível da produção normativa (transposição de diretivas), da monitorização dos contratos públicos, ou da produção de informação estatística.

Esta é, em última análise, a razão que nos encaminha para a proposta de criação de uma Autoridade Reguladora para os Contratos Públicos, com estatuto de independência, que poderá ter, na sua génese, a transformação do atual IMPIC nessa mesma entidade, dado que grande parte dos poderes da mesma são os que já encontramos vertidos na Lei Orgânica deste instituto, evitando assim a criação de uma nova entidade.

3.2.2. Forma de criação

A criação da Autoridade Reguladora independente para os Contratos Públicos pode acontecer por uma de duas vias: ou se cria ao abrigo do disposto no artigo 6.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada em anexo à Lei nº 67/2013, de 28 de agosto, ou se cria de forma autónoma, tal como sucede com o Banco de Portugal ou a Entidade

Reguladora para a Comunicação Social que, nos termos do nº 3 do artigo 2.º da citada Lei-Quadro, se regem por legislação própria.

Independentemente do caminho a seguir, certo é que os fundamentos da sua criação podem e devem ser, como referência, pelo menos, os que encontramos no artigo 6.º da Lei-Quadro. Em primeiro lugar, estabelece o nº 1 deste artigo que «*as entidades reguladoras só podem ser criadas para a prossecução de atribuições de regulação de atividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo*». Ora, esta premissa (a da independência face ao Governo) verifica-se, de facto, uma vez que, como já se demonstrou, a regulação dos contratos públicos é claramente um tipo de regulação que será tanto melhor exercida quanto maior for a independência desse exercício. Questionável já é a questão de saber se estamos em presença da regulação de uma atividade económica, pois parece-nos que estamos antes em presença duma relação contratual, geralmente de natureza público-privada, com reflexos diretos na atividade económica, uma vez que os fornecedores do Estado são, naturalmente, agentes económicos. Sem entrar na questão estritamente jurídica e terminológica, pensamos que a regulação da contratação pública, sendo uma forma de regulação de atividades económicas, pelo menos por via indireta, é, no entanto, e como vimos, muito mais do que isso. É também uma regulação da concorrência, na perspetiva do operador económico que apresenta proposta em procedimentos públicos, mas também na perspetiva pública, de que, estando em presença de dinheiros públicos, o Estado deve assegurar uma escolha transparente e concorrencial do seu parceiro adjudicatário.

3.2.3. Ministério responsável

As entidades reguladoras independentes, precisamente porque são “independentes”, não estão sujeitas a poderes de tutela ou superintendência por parte do Governo, enquanto órgão supremo da Administração Pública. Porém, isso não obsta a que exista uma relação entre essas entidades e determinados membros do Governo, para fins especificamente previstos, nomeadamente para efeitos de aprovação das respetivas contas.

Nesse domínio, o nº 1 do artigo 9.º da Lei-Quadro estabelece que «*Sem prejuízo da sua independência, cada entidade reguladora está adstrita a um ministério, abreviadamente designado como ministério responsável, em cuja lei orgânica deve ser referida*». O nº 2 concretiza que o ministério deve ser aquele cujo membro do Governo seja o responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora. Esta noção de “principal área de atividade económica de atuação da entidade reguladora” poderá ser facilmente concretizada nalguns casos, mas será muito difícil noutros. Vejamos, pois, o que acontece atualmente:

- a) O Ministério das Finanças é “responsável” pelo Banco de Portugal, pela Autoridade de Supervisão dos Seguros e Fundos de Pensões (ASF) e pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM)²⁷⁶;
- b) O Ministério da Economia é “responsável” pela Autoridade da Concorrência, pela Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), pela Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC) e pela Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT)²⁷⁷;
- c) O Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia é “responsável” pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) e pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)²⁷⁸;
- d) O Ministério da Saúde é “responsável” pela Entidade Reguladora da Saúde (ERS)²⁷⁹.

Já a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) não se encontra adstrita a nenhum Ministério, estando antes sujeita a acompanhamento pelo próprio Parlamento.

Ora, os contratos públicos são transversais a todo o Estado, no seu mais amplo sentido, incluindo a administração central, direta e indireta, a administração local, a administração regional e a administração autónoma. No limite, poderemos ainda falar em contratos públicos ainda que a entidade adjudicante seja uma pessoa privada, quando a sua atividade

²⁷⁶ Cf. Lei Orgânica do Ministério das Finanças, aprovada pelo Decreto-Lei nº 117/2011, de 15 de dezembro (artigos 6.º e 7.º).

²⁷⁷ Cf. Lei Orgânica do Ministério da Economia, aprovada pelo Decreto-Lei nº 11/2014, de 22 de janeiro (artigos 6.º e 32.º).

²⁷⁸ Cf. Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, aprovada pelo Decreto-Lei nº 17/2014, de 4 de fevereiro (artigo 6.º).

²⁷⁹ Cf. Lei Orgânica do Ministério da Saúde, aprovada pelo Decreto-Lei nº 124/2011, de 29 de dezembro (artigo 6.º).

seja financiada em mais de 50% por dinheiros públicos. Esta abrangência dificulta a escolha do Ministério ao qual deve estar adstrita a Autoridade Reguladora. De qualquer modo, entendemos que o “*top three*” dos Ministérios a eleger para esse fim seria constituído, e por esta ordem, como primeira opção, pelo Gabinete do Primeiro-Ministro ou pelo Ministro responsável pela Presidência do Conselho de Ministros, em qualquer dos casos devido à sua especial posição de transversalidade no elenco governativo, à semelhança do que sucede na Áustria, na Bélgica, na Eslováquia, em Itália, na Polónia, no Reino Unido e na Roménia.

Como segunda opção colocamos o Ministério da Economia, pelo facto de ser responsável pelas políticas económicas do país e os contratos públicos, pelo peso que representam na economia, serem hoje um dos principais meios através dos quais o Estado interage com a atividade económica. Acresce que é também sobre a alçada deste Ministério que está a Autoridade da Concorrência, que é, no fundo, o outro pilar regulatório transversal da atividade económica. A concentração dos dois reguladores neste Ministério permite, no fundo, uma visão de conjunto sobre o funcionamento da economia, abrangendo a óptica da concorrência, por um lado, mais virada para a supervisão dos operadores económicos (lado da oferta), e a ótica da contratação pública, por outro, mais virada para a supervisão das próprias entidades públicas adjudicantes (lado da procura).

A terceira opção recai sobre o Ministério das Finanças, por razões óbvias, uma vez que os contratos públicos devem ser indissociáveis dos mecanismos de controlo da despesa pública. Colocamos, no entanto, este Ministério em terceiro lugar pelo seguinte motivo: é que o Ministério das Finanças tende a ver a temática dos contratos públicos, fundamentalmente, pela janela do “controlo da despesa pública”. Ora, é sabido que essa visão – sendo muito importante – é limitativa de uma visão que se quer mais abrangente. Como a própria Comissão Europeia tem enunciado variadas vezes – e plasmou nas novas Diretivas – os contratos públicos são um dos doze instrumentos-chave para o Mercado único, e para o desenvolvimento de outras políticas públicas, tais como as da inovação, do aprofundamento do mercado interno sem fronteiras, das políticas ambientais, das políticas sociais, etc. O Ministério da Economia, pela sua essência, ao “olhar” a economia como um todo (no qual os contratos públicos são apenas uma parte) posiciona-se num patamar mais

elevado que o Ministério das Finanças para ser eleito como o responsável pela regulação dos contratos públicos.

3.2.4. Organização interna

A organização interna das entidades reguladoras independentes obedece ao disposto na Lei nº 67/2013, de 28 de agosto, nomeadamente nos artigos 15.º a 30.º. Nessa medida, a autoridade reguladora para os contratos públicos deverá ter como órgãos, um conselho de administração – responsável pela condução dos destinos da entidade reguladora e pela direção dos respetivos serviços – e uma comissão de fiscalização ou, em alternativa, um fiscal único – responsável pelo controlo da legalidade, da regularidade e da boa gestão financeira e patrimonial da entidade reguladora.

O artigo 15.º, nº 2 da citada lei prevê a possibilidade dos estatutos das entidades reguladoras contemplarem ainda a existência – portanto, trata-se de uma faculdade e não de uma obrigação – de órgãos de natureza consultiva, de regulação tarifária ou de participação dos destinatários da respetiva atividade. É o que se verifica, por exemplo, com a ERS que, nos termos dos seus Estatutos possui um conselho consultivo composto por vinte membros²⁸⁰, ou da ERSAR, que possui um conselho consultivo (com cerca de 30 membros) e ainda um conselho tarifário, que é um órgão de consulta específico para as funções da ERSAR relativas a tarifas e preços²⁸¹.

Verificamos, contudo, a existência de entidades reguladoras que não possuem conselho consultivo, como é o caso da Autoridade da Concorrência, da ANAC ou da ANACOM, desconhecendo-se a razão de tal inexistência. Eventualmente, no caso da primeira, o fundamento poderá ser encontrado no facto desta entidade ter uma missão transversal e não setorial, o que obviamente dificulta – embora não impeça – a definição concreta do tipo de entidades que deveriam estar representadas no referido conselho consultivo. A dificuldade poderia ser facilmente contornada se o conselho consultivo da AdC fosse constituído por representantes, ao mais alto nível, das entidades reguladoras setoriais previstas no artigo

²⁸⁰ Cf. Artigo 44.º do Decreto-Lei nº 126/2014, de 22 de agosto, que aprova, em anexo, os Estatutos da ERS.

²⁸¹ Cf. Artigos 35.º e 37.º, ambos dos Estatutos da ERSAR aprovados em anexo à Lei nº 10/2014, de 6 de março.

35.º, nº 2 dos Estatutos da referida Autoridade²⁸², o que faria todo o sentido, quanto mais não seja pela qualidade que as mesmas detêm enquanto entidades financiadoras regulares da atividade da AdC. Trata-se, a nosso ver, de uma omissão de relevo, uma vez que os conselhos consultivos – precisamente devido à sua composição heterogénea e representativa dos vários interesses em presença, desde representantes do setor público, das empresas e dos consumidores – desempenham um importante papel de aconselhamento ao conselho de administração na definição das linhas gerais de atuação da entidade reguladora, alertando-o para os principais problemas e dificuldades existentes, em cada momento, no referido setor regulado. Veja-se, como bom exemplo, o conselho consultivo da ERS ao qual compete emitir parecer prévio e não vinculativo sobre todas as questões respeitantes à regulação da área da saúde que o conselho de administração entenda submeter-lhe e, bem assim, pronunciar-se sobre os documentos previsionais de gestão e de prestação de contas. Para além desta pronúncia, o conselho consultivo pode ainda, por iniciativa própria, apresentar sugestões ou propostas destinadas a aperfeiçoar as atividades da entidade reguladora.

No caso particular da Autoridade Reguladora para os Contratos Públicos, e pelos motivos já expressos, pensamos que fará todo o sentido prever a existência de um Conselho Consultivo para os Mercados Públicos, órgão de apoio ao conselho de administração que poderá ser constituído, pelo menos, por representantes das seguintes entidades:

- a) Autoridade da Concorrência (AdC), enquanto responsável por assegurar a aplicação das regras de defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social;
- b) Direção-Geral do Consumidor (DGC), enquanto entidade pública responsável pela defesa do consumidor;
- c) Gabinete Nacional de Segurança (GNS), enquanto entidade credenciadora das plataformas eletrónicas de contratação pública;
- d) Instituto Nacional de Estatística, I.P. (INE), enquanto entidade pública responsável pelo sistema estatístico nacional;

²⁸² Cf. Decreto-Lei nº 125/2014, de 18 de agosto, que aprova, em anexo, os Estatutos da AdC.

- e) Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP), enquanto entidade pública responsável pela gestão do Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP);
- f) Agência para a Modernização Administrativa (AMA), enquanto entidade pública responsável pela modernização e simplificação administrativa do Estado e pela administração eletrónica (*E-Government*);
- g) Imprensa Nacional Casa da Moeda (INCM), enquanto entidade pública responsável pela gestão do Diário da República Eletrónico;
- h) Governo Regional dos Açores, representando a Região Autónoma dos Açores;
- i) Governo Regional da Madeira, representando a Região Autónoma da Madeira;
- j) Associação Nacional de Municípios Portugueses (ANMP), representando as entidades públicas adjudicantes de âmbito local, concretamente os municípios;
- k) Entidades públicas adjudicantes com maior volume de contratos e contratos com maior expressão financeira;
- l) Associações de operadores económicos que contratam com o Estado, incluindo empreiteiros de obras públicas e principais fornecedores do Estado;
- m) Associações relacionadas com o setor dos mercados públicos e com as plataformas eletrónicas de contratação pública.

Diga-se, em boa verdade, que a criação deste órgão consultivo não constitui ideia nova, uma vez que, como vimos, na sequência da aprovação do CCP, foi constituída uma Comissão de Acompanhamento do referido Código, tendo como finalidade monitorizar o seu cumprimento e propor eventuais alterações legislativas que se revelassem necessárias²⁸³. A composição desta comissão apresenta, a nosso ver, uma importante limitação uma vez que não integra representantes diretos das principais entidades compradoras públicas e por outro lado tem um âmbito de atuação limitado ao acompanhamento do Código dos Contratos Públicos. Ora, o Conselho Consultivo que ora propomos elimina as limitações referidas, quer quanto à sua composição, quer quanto à

²⁸³ Cf. Artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

abrangência da sua atuação, uma vez que não se limitará a acompanhar a vigência do Código dos Contratos Públicos, no plano meramente normativo, mas sim a medir o verdadeiro impacto das políticas de contratação pública junto das entidades públicas, das empresas e dos consumidores.

3.2.5. Incompatibilidades e impedimentos

Os membros dos conselhos de administração das entidades reguladoras independentes estão, pelo elevado nível das decisões que têm de tomar afetando muitas vezes interesses de entidades com grande peso institucional e económico, sujeitos a grande pressão, pelo que devem ser escolhidos de entre indivíduos com reconhecida idoneidade, para além das naturais competências técnicas e experiência profissional²⁸⁴. A fim de garantir essa idoneidade, independência e neutralidade, e minimizar o "risco de captura do regulador", os membros dos órgãos de direção das entidades reguladoras encontram-se sujeitos não só ao regime geral de incompatibilidades e impedimentos previsto para os titulares de altos cargos públicos, como também a um regime específico de incompatibilidades e impedimentos previsto no artigo 19.º da Lei-Quadro.

3.2.5.1. Limitações no momento do início de funções

Como primeira nota de independência estabelece-se que aqueles membros exercem a sua função em regime de exclusividade, o qual apenas poderá ser quebrado para permitir o exercício cumulativo de funções docentes ou de investigação, desde que não remuneradas²⁸⁵. Aqui encontramos uma manifestação mais exacerbada do princípio da proibição da acumulação de funções, uma vez que na generalidade dos cargos dirigentes da Administração Pública é permitido o exercício de funções docentes remuneradas.

Em segundo lugar, aqueles membros estão expressamente impedidos de ser simultaneamente titulares de órgãos de soberania, das regiões autónomas ou da

²⁸⁴ Cf. Artigo 17.º, nº 2 da Lei-Quadro.

²⁸⁵ Cf. Artigo 19.º, nº 1, al. a) da Lei-Quadro. O estatuto que permite aos membros do conselho de administração das entidades reguladoras independentes exercer funções docentes mas não remuneradas encontra paralelo no estatuto dos magistrados judiciais e do ministério público.

administração local ou de desempenhar quaisquer outras funções públicas ou profissionais. Ficam assim temporariamente desprovidos de capacidade eleitoral passiva, isto é, da capacidade para ser escolhidos para cargos de natureza política, a nível central, regional ou local. De igual modo estão impedidos de exercer outras funções de natureza profissional, no setor público ou privado, presume-se, ainda que a título gratuito, uma vez que as únicas funções não remuneradas permitidas são as funções docentes e de investigação.

Em terceiro lugar, aqueles membros não podem manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora ou deter quaisquer participações sociais ou interesses nas mesmas, ou ainda com outras entidades cuja atividade possa colidir com as suas atribuições e competências²⁸⁶. Esta limitação carece de aprofundamento, face à sua elevada extensão. Diria mesmo que se trata de um dos exemplos mais robustos de incompatibilidades que podemos encontrar em qualquer quadro normativo. No fundo o legislador impede não só o exercício efetivo de uma outra atividade profissional (o que se compreende) mas inclusive a manutenção de um laço ou vínculo profissional, ainda que suspenso ou “adormecido”. Em suma, o legislador estabelece a necessidade de uma ruptura clara de qualquer vínculo profissional²⁸⁷ que possa existir entre o futuro membro do conselho de administração da entidade reguladora e a empresa para a qual este trabalhava anteriormente, desde que essa empresa seja “entidade destinatária da atividade da entidade reguladora” ou se trate de “entidade cuja atividade possa colidir com as atribuições e competências da entidade reguladora”. Se há casos em que tal fronteira é relativamente fácil de definir, muitos outros existem em que tal não se apresentará como tarefa simples. Citemos como primeiro exemplo o caso de um quadro superior de uma empresa seguradora. Parece-nos óbvio que, nos termos da lei, o referido trabalhador deverá cessar definitivamente o vínculo contratual que o liga a essa entidade caso seja escolhido para integrar o Conselho de Administração da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF). Mas nada o impede de apenas suspender o vínculo contratual (em vez de o cessar definitivamente) caso o trabalhador seja

²⁸⁶ Esta norma contempla uma exceção, quanto aos profissionais do sistema nacional de saúde que podem suspender o vínculo contratual enquanto exercem cargos na Entidade Reguladora da Saúde. Cfr. Artigo 19.º, n.º 4 da citada Lei-Quadro.

²⁸⁷ Independentemente da figura contratual em que assenta esse vínculo: contrato de trabalho, com termo ou sem termo, contrato de prestação de serviços, de avença ou de tarefa.

quadro de uma empresa de construção, por exemplo. Neste caso o binómio empresa seguradora (entidade regulada)/ASF (entidade reguladora) é fácil de estabelecer. Apliquemos agora a referida norma impositiva aos membros do conselho de administração da Autoridade da Concorrência. Já referimos antes que, nos termos do nº 3 do artigo 1.º dos respetivos Estatutos, esta Autoridade «*tem por missão assegurar a aplicação das regras da promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social (...)*». Daqui resulta que qualquer membro do conselho de administração desta Autoridade está obrigado a cessar definitivamente qualquer vínculo contratual que possua com qualquer entidade que esteja integrada num mercado concorrencial, seja ela do setor público, privado, cooperativo ou social. Trata-se, a nosso ver, de uma incompatibilidade desproporcional face ao objetivo pretendido, que se poderia ultrapassar facilmente pela via do impedimento legal, isto é, pela impossibilidade do referido membro participar em decisões que dissessem respeito à empresa ou ao setor de atividade em que se insere a empresa com a qual manteria um vínculo contratual suspenso. Curiosa é, no entanto, a norma especial de incompatibilidades e impedimentos constante da alínea b) do nº 1 do artigo 17.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, que procura limitar aquela regra apenas “às empresas na aceção do artigo 3.º do regime jurídico da concorrência²⁸⁸, bem como com associações de empresas”. Trata-se no fundo de uma tentativa de estabelecer a incompatibilidade apenas quanto a empresas mas já não a entidades do setor público, cooperativo e social de natureza não empresarial. A nosso ver, é no entanto, apenas uma tentativa já que a própria norma começa por referir que os membros do conselho de administração da Autoridade da Concorrência exercem as suas funções em regime de exclusividade, “nos termos previstos na lei-quadro das entidades reguladoras”, pelo que a já citada disposição do artigo 19.º desta lei-quadro aplica-se-lhes na íntegra.

A mesma limitação legal poderão encontrar os membros do conselho de administração da Autoridade Reguladora para os Contratos Públicos, uma vez que a função regulatória abrangerá quaisquer entidades aptas a participar em contratos públicos, seja do lado da entidade compradora seja do lado da entidade fornecedora, abrangendo por isso, à semelhança do sucedido com a Autoridade da Concorrência, quaisquer entidades do setor

²⁸⁸ Segundo o artigo 3.º do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei nº 19/2012, de 8 de maio, considera-se empresa, para efeitos da referida lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.

público, privado, cooperativo e social. Estas são de facto as duas entidades reguladoras independentes a quem, pela natureza transversal, a aplicação da norma limitadora do artigo 19.º da Lei-Quadro terá, a nosso ver, um efeito mais demolidor, uma vez que os demais reguladores têm um campo de atuação setorialmente bem definido. Estas são limitações para o exercício do cargo que deverão pesar na altura de definir o respetivo regime remuneratório, a fixar por uma comissão de vencimentos, mediante aplicação dos critérios estabelecidos no nº 3 do artigo 26.º da Lei-Quadro das ERI.

3.2.5.2. Limitações no momento da cessação de funções

Estabelece o artigo 19.º, nº 2 da Lei-Quadro das ERI que os membros do conselho de administração, depois da cessação do respetivo mandato e durante um período de dois anos, não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da respetiva entidade reguladora. Quer isto dizer que tudo quanto se referiu a propósito da cessação de vínculo contratual preexistente, no ponto anterior, se aplica igualmente, durante um período de “nojo” de dois anos após a cessação dessas funções. Também aqui, uma vez mais, os membros dos conselhos de administração da Autoridade da Concorrência e da Autoridade Reguladora dos Contratos Públicos encontrariam, à partida, maiores limitações na “procura de emprego” que os seus pares de outras entidades reguladoras cujo âmbito setorial de intervenção se encontra melhor delimitado. Na prática, durante dois anos, ficariam impedidos de trabalhar no país, tendo, no entanto, e como compensação, direito a auferir, durante esse período, um montante correspondente a metade do vencimento mensal que auferiam no exercício do cargo. Porém, o legislador foi, neste caso, mais benévolo e, no que se refere à Autoridade da Concorrência, previu uma norma específica (artigo 19.º, nº 3) referindo que a proibição apenas respeita a empresas ou entidades que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatários de atos, decisões ou deliberações daquela entidade, durante o período em que os membros do conselho de administração exerceram funções. Ou seja, acabou por aplicar o princípio que havíamos explanado a propósito da eventual previsão dum impedimento legal (a avaliar caso a caso) em vez duma norma geral e abstrata de incompatibilidade. Por maioria de razão entendemos que o mesmo princípio

deverá ser adaptado no caso da cessação de funções por parte dos membros do conselho de administração da Autoridade Reguladora para os Contratos Públicos.

3.2.6. Modelo de financiamento

Caraterística basilar de qualquer entidade reguladora independente é a sua própria independência financeira, em face do Orçamento de Estado. Nesse sentido a Lei-Quadro considera como requisito essencial para a sua criação que a entidade reguladora tenha capacidade de assegurar condições financeiras de autossuficiência²⁸⁹. O modelo de financiamento destas entidades reguladoras deve assentar, pois, na disponibilidade de receitas próprias que cubram praticamente toda a sua atividade, receitas essas que resultarão das contribuições, taxas ou tarifas cobradas pelo exercício da atividade reguladora, dos serviços prestados e das coimas aplicadas. As dotações do orçamento do Estado têm natureza supletiva e só deverão ser utilizadas como último recurso, caso as receitas próprias, em determinado ano, por circunstâncias anormais, não cubram as despesas a realizar²⁹⁰. Tendo o produto das coimas aplicadas e a receita dos serviços prestados natureza e volume muito variado e imprevisível, é natural que a receita previsível assente fundamentalmente no produto das taxas e tarifas cobradas aos operadores económicos regulados. É isso que sucede na generalidade dos reguladores setoriais. Caso ímpar é, no entanto, o da Autoridade da Concorrência. Dada a dificuldade de fixar (e cobrar) uma taxa a pagar eventualmente pelas entidades dos setores público, privado, cooperativo e social que são potenciais alvos da atividade reguladora da Autoridade, o legislador optou por fazer assentar o modelo de financiamento da mesma numa

²⁸⁹ Cf. Artigo 6.º, n.º 3, al. c) da Lei-Quadro. A única exceção a esta regra é a que encontramos plasmada no n.º 5 do mesmo artigo, estipulando que o requisito da independência financeira não se aplica quando a criação da entidade reguladora for determinada pelo direito da União Europeia. Estranha-se tal exceção, pois mesmo que a entidade seja criada por interesse supranacional ainda assim cada Estado membro deve, a nosso ver, assegurar que a referida entidade seja autossuficiente, do ponto de vista financeiro, sob pena de, vivendo à luz do orçamento de Estado, se perder a sacrossanta independência.

²⁹⁰ Cf. Artigo 36.º da Lei-Quadro. Refira-se que as entidades reguladoras independentes não têm sequer a possibilidade de recorrer ao crédito, salvo em circunstâncias muito excecionais expressamente previstas na lei de enquadramento orçamental ou mediante autorização prévia dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora.

contribuição a pagar anualmente pela maioria das entidades reguladoras setoriais²⁹¹. São, assim, entidades financiadoras da AdC as seguintes entidades reguladoras setoriais²⁹²:

- a) A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF);
- b) A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM);
- c) A Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM);
- d) A Autoridade da Mobilidade e Transportes (AMT);
- e) A Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC);
- f) O Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC);
- g) A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e dos Resíduos (ERSAR);
- h) A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE);
- i) A Entidade Reguladora da Saúde (ERS).

Procurando encontrar traços comuns neste modelo de financiamento, ressalta desde logo que uma das entidades, no caso o IMPIC, embora seja entidade reguladora setorial, dotada de autonomia financeira e de receitas próprias, não goza do estatuto de independência, não se lhe aplicando, pois, a Lei-Quadro das entidades reguladoras independentes, ao contrário do que sucede com as restantes. Ao invés, existem duas outras entidades reguladoras independentes – o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social – que não se regem pela citada Lei-Quadro nem se constituem como entidades financiadoras das Autoridade da Concorrência (apesar de, no caso da ERC, os respetivos estatutos fazerem referência expressa à necessidade de articulação entre esta entidade e a AdC).

Avaliando agora que modelo de financiamento poderemos propor para a Autoridade Reguladora para os Contratos Públicos, que assegure a sua autossuficiência financeira, acolhemos como boa referência o modelo praticado em Itália, pela extinta “*L’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*”²⁹³, que, de acordo com a Lei n.º 266/2005, assentava na cobrança de uma contribuição paga pelas entidades adjudicantes e pelos operadores económicos, por cada contrato público. Assim, e a título de exemplo, por cada contrato público celebrado de valor entre 40.000€ e 150.000€ a

²⁹¹ Correspondendo, nos termos do n.º 3 do artigo 35.º dos Estatutos da AdC aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, a uma percentagem situada entre 5,5% e 7% do montante total das receitas próprias cobradas no ano anterior.

²⁹² Cf. Artigo 35.º, n.º 2 dos Estatutos da AdC.

²⁹³ Entretanto substituída pela “*Autorità Nazionale Anticorruzione*”.

entidade contratante pagaria uma contribuição de 30€. Se o valor do contrato público se situasse entre 5.000.000€ e 20.000.000€, a entidade adjudicante pagaria uma contribuição de 800€ e o operador económico contribuiria com 200€.

Trata-se de um modelo facilmente replicável para o mercado português, que carece, naturalmente, de um estudo prévio que tenha em conta as necessidades de financiamento da entidade reguladora nacional (em função da dimensão que se espera da mesma) e o volume dos contratos públicos em Portugal.

3.2.7. Poderes e procedimentos

Tendo por base a avaliação que fizemos à extensa lista de atribuições e competências geralmente exercidas pelas entidades que, nos vários países analisados, desempenham funções de regulação/supervisão de contratos públicos, consideramos ser de grande utilidade que a Autoridade Reguladora para os Contratos Públicos, a criar, possa deter os seguintes tipos de poderes:

- a) Poder normativo e regulamentar;
- b) Poder de regulação *strictu sensu*;
- c) Poder de produção de informação estatística e monitorização de contratos;
- d) Poder consultivo;
- e) Poder de inspeção/fiscalização de contratos públicos;
- f) Poder sancionatório;
- g) Poder em matéria de defesa do consumidor;
- h) Poder em matéria de resolução extrajudicial de conflitos.

Analisemos, pois, caso a caso, de que forma poderá ser exercido cada um desses poderes, tendo em conta, nomeadamente, a realidade jurídico-organizativa portuguesa e a experiência prática dos últimos anos, fundamentalmente, do InCI e do instituto que o antecedeu²⁹⁴.

²⁹⁴ O IMOPPI – Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário, entre 1999 e 2007 (Decreto-Lei n.º 60/99, de 2 de março).

3.2.7.1. Poder normativo e regulamentar

O poder normativo ou regulamentar surge, naturalmente, como o primeiro dos poderes ou o “poder inicial” das entidades reguladoras (o denominado “poder legislativo dos reguladores”). A definição do quadro legal e regulamentar em que se movimentam os *players* de um determinado setor de atividade é, por norma, o ponto de partida para que se conheçam as regras do jogo. E, no caso concreto do tema que aqui nos ocupa, sendo certo que o poder legislativo pertence à Assembleia da República e ao Governo, a entidade reguladora – pelo *know-how* que detém na matéria - tem uma palavra importante na fase de elaboração dos projetos de diplomas legais a submeter àqueles órgãos de soberania. Em matéria de contratos públicos, tal como noutros setores de atividade, a soberania dos Estados encontra-se, hoje, fortemente limitada uma vez que o quadro legal nacional assenta as suas fundações no quadro legal definido pelas instâncias da União Europeia.

É, assim, primeira missão das entidades reguladoras de contratos públicos acompanhar, num primeiro momento, o próprio processo legislativo europeu, seja de produção de regulamentos ou de diretivas. Foi o que aconteceu com o IMOPPI e o InCI que integraram os grupos de peritos nacionais criados junto do Conselho Europeu, para analisar (e comentar) os projetos de diretivas europeias de contratos públicos, que se traduziram, respetivamente, nas Diretivas de 2004 e nas de 2014. Esse trabalho permite a estas entidades, desde logo, conhecerem por dentro e de modo informal o processo que conduz ao texto final dos diplomas; permite no fundo conhecer a “*mens legislatoris*”, seja a presente no anteprojeto preparado pelos serviços da Comissão Europeia, seja, posteriormente, a resultante das alterações sugeridas pelos especialistas dos diferentes Estados membros (apoiando o Conselho Europeu) e pelo Parlamento Europeu. Trata-se, a nosso ver, de um conhecimento importantíssimo no momento da transposição destes diplomas, na medida em que permite perceber não apenas o que está escrito, mas porque está escrito dessa forma e não de outra. Percebe-se, pois, com naturalidade, que o InCI – através do seu Presidente - tenha sido designado pelo Governo português, por meio do Despacho n° 2969/2015, de 24 de março, para coordenar o Grupo de Trabalho criado para o processo de transposição das citadas Diretivas de 2014, procedendo à revisão integral do Código dos Contratos Públicos de 2008.

Para além da iniciativa de preparação de projetos de diplomas em matéria de contratos públicos, a autoridade reguladora deverá ainda ser chamada a pronunciar-se sobre todos os projetos de diplomas legais sobre a matéria que sejam da iniciativa de outros ministérios, em função da especialidade dos assuntos. É o que sucede, por exemplo, com as compras de armamento, por parte do Ministério da Defesa, ou de diplomas que estabeleçam regimes excecionais de aquisição, seja na área da justiça, da educação ou da saúde, por exemplo.

Acresce, num nível inferior, a preparação de projetos de portarias que visam regulamentar leis ou decretos-leis sobre a matéria. Recorde-se, por exemplo, que o Código dos Contratos Públicos de 2008 veio acompanhado de um vasto conjunto de portarias regulamentadoras de aspetos específicos e variados, desde a criação do Portal dos Contratos Públicos, do Observatório das Obras Públicas, da Comissão de Acompanhamento do CCP ou da aprovação dos modelos de anúncios a publicar no Diário da República Eletrónico²⁹⁵.

Num outro plano, é nosso entendimento que a autoridade reguladora para os contratos públicos deve possuir poderes mais alargados nesta matéria, exercendo, designadamente, um poder regulamentar próprio sobre assuntos de cariz mais técnico, por exemplo, um regulamento que aprove formulários ou minutas-tipo de programas de concurso ou cadernos de encargos, o qual terá de ser, naturalmente, por razões de eficácia externa, publicado no Diário da República e no Portal BASE.

Finalmente, entendemos que a autoridade reguladora dos contratos públicos deverá ainda ter o poder de emitir recomendações, ordens e instruções, preferencialmente vinculativas, à semelhança do que sucede com outras entidades reguladoras independentes. É nesta linha que a Diretiva 2014/24/UE estabelece, no seu artigo 83.º, nº 4, al. a), que os Estados membros devem assegurar o acesso gratuito a informações e orientações sobre a interpretação e a aplicação do direito de adjudicação de contratos públicos, com vista a auxiliar as autoridades adjudicantes e os operadores económicos, em particular as PME, na aplicação correta das regras de adjudicação de contratos públicos. Trata-se, no fundo, de aprofundar o procedimento praticado pelo InCI de emissão de circulares informativas, divulgadas no Portal BASE, explicitando o entendimento correto, do ponto de vista deste instituto regulador, acerca da interpretação de determinadas normas de contratação pública. Cite-se, a título de exemplo, a circular informativa nº 1/InCI/2014, de 5 de março, sobre

²⁹⁵ V. Portarias nºs 701-A/2008 a 701-J/2008, todas de 29 de julho.

“Taxa de juros de mora aplicável nos atrasos de pagamento dos trabalhos executados no âmbito de contratos de empreitada de obras públicas”. Existindo dúvidas – levantadas por diversas entidades públicas - sobre se a taxa aplicável nesses casos tem natureza cível ou comercial, a circular conclui, fundamentando, que a taxa de juros de mora aplicável nos atrasos de pagamento dos trabalhos executados no âmbito de contratos de empreitadas de obras públicas tem natureza comercial. Sendo certo que quaisquer orientações de natureza vinculativa podem ser sindicáveis judicialmente, é certo que para a maioria das entidades adjudicantes e dos operadores económicos, designadamente das PME (como previsto na Diretiva), é extremamente útil que exista uma opinião institucional emitida pelo organismo regulador.

3.2.7.2. Poderes de regulação *strictu sensu*

3.2.7.2.1. Licenciamento das plataformas eletrónicas de contratação pública

Referiu-se, a propósito do tema, no capítulo I (ponto 2.2.1.), que este poder se caracteriza essencialmente pela regulação do acesso dos operadores económicos a uma determinada atividade. No caso concreto dos contratos públicos, futuramente, constituirá atribuição do IMPIC assegurar o licenciamento das plataformas eletrónicas de contratação pública a operar em Portugal. Como se pode ler no preâmbulo da proposta de lei aprovada pelo Governo²⁹⁶, este regime de licenciamento, monitorização e fiscalização das plataformas eletrónicas justifica-se, desde logo, pelo facto de estarmos em presença de um serviço de relevante interesse público prestado por empresas privadas, na medida em que as plataformas eletrónicas em causa são utilizadas na realização de procedimentos de formação de contratos públicos. Em boa verdade as plataformas, sendo geridas por empresas privadas, são encarregues de uma responsabilidade pública. Daí que as empresas gestoras destas plataformas estejam sujeitas ao preenchimento de requisitos de idoneidade, capacidade económico-financeira e capacidade técnica para poderem obter a licença de exercício de atividade. Estão ainda, nos termos do mesmo diploma, sujeitas a um processo de credenciação por parte do Gabinete Nacional de Segurança (GNS) o qual permite

²⁹⁶ Cf. Proposta de Lei nº 320/XII/4ª, aprovada em reunião de Conselho de Ministros de 16 de abril de 2015.

assegurar que as transações são seguras e geridas por técnicos com competências para o efeito, o que é assegurado, anualmente, através de auditorias realizadas por auditores independentes. Neste sentido PEDRO GONÇALVES refere que «*A submissão da entidade particular com funções e poderes públicos a uma fiscalização efectiva realizada por instâncias públicas aparece, em geral, como um pressuposto ou condição essencial da viabilidade constitucional da delegação*»²⁹⁷. Ora, a nosso ver, esta atividade de licenciamento, de monitorização e de fiscalização das plataformas eletrónicas de contratação pública, a cargo do IMPIC, poderá, no futuro, ser assegurada pela autoridade reguladora para os contratos públicos.

3.2.7.2.2. Fixação de preços

Tivemos ocasião de confirmar, no capítulo I (ponto 2.2.2.), que algumas das entidades reguladoras independentes dispõem do poder de fixar taxas, tarifas e preços a praticar pelos operadores económicos do respetivo setor regulado; outras têm como atribuição emitir parecer sobre as taxas e os preços propostos pelos operadores. Ao INFARMED, por exemplo, compete autorizar os preços dos medicamentos sujeitos e não sujeitos a receita médica comparticipados ou a participar pelo Serviço Nacional de Saúde²⁹⁸. À AMT compete «*definir regras e princípios gerais relativos à estrutura de custeio e formação de preços e tarifas nos setores regulados, emitindo parecer sobre as propostas de regulamentos de tarifas e outros instrumentos tarifários, designadamente quando estas se encontrem relacionadas com obrigações de serviço público*»²⁹⁹. A ERSE, por sua vez, tem competência para aprovar os valores das tarifas e os preços regulados dos serviços energéticos e à ERSAR compete, em matéria de serviços de águas, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal.

No domínio dos contratos públicos a autoridade reguladora não deve, a nosso ver, deter qualquer competência em matéria de fixação de preços, uma vez que estamos em presença

²⁹⁷ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, p. 1013.

²⁹⁸ Cf. Artigo 15.º, n.º 4, al. c) da Lei orgânica do INFARMED, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro.

²⁹⁹ Cf. Artigo 5.º, n.º 1, al. f) dos Estatutos da AMT, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio.

dum mercado aberto e pulverizado de operadores económicos (cerca de 84% são micro, pequenas e médias empresas³⁰⁰), pelo que o jogo da fixação dos preços será, pois, o resultado de cada procedimento concorrencial lançado pelas entidades adjudicantes. Não obstante, parece-nos que essa mesma autoridade reguladora, utilizando os instrumentos de monitorização de contratos ao seu dispor – nomeadamente o Portal BASE e o Observatório das Obras Públicas – poderá ser encarregue da elaboração e atualização de uma lista de preços de referência (preços indicativos) que sejam o resultado dos valores médios dos contratos públicos celebrados em cada ano, à semelhança do que vimos em entidades homólogas de outros países. A existência desse referencial constituiria um elemento de auxílio importante para as entidades adjudicantes no momento de definirem o preço base dos respetivos procedimentos. Matéria que, neste domínio, também merece ser avaliada e monitorizada pelo regulador dos contratos públicos (em articulação com a AdC) é a questão dos preços anormalmente baixos, especialmente em matéria de empreitadas de obras públicas. É sabido que nenhum dos critérios já testados na lei³⁰¹ conseguiu pôr cobro a esta prática desvirtuadora da concorrência, pelo que só uma análise rigorosa e cirúrgica sobre o assunto poderá ajudar o legislador a encontrar o melhor caminho para resolver este problema. Sendo certo que ao Estado interessa comprar por bom preço, interessa, também, comprar bem. Ora, nem sempre as propostas que contemplam preços mais baixos são as que melhor asseguram os interesses das entidades adjudicantes, existindo, muitas vezes, um benefício apenas aparente ou momentâneo, que se pode traduzir, na fase de execução do contrato, num prejuízo. Em boa verdade, aquilo que *prima facie* parece representar uma poupança para o Estado, significará, frequentemente, o incumprimento do contrato ou o seu cumprimento defeituoso, como a prática tem vindo a demonstrar.

³⁰⁰ Cf. *Relatório da Contratação Pública em Portugal – 2013*, Instituto da Construção e do Imobiliário, p. 81, disponível em www.base.gov.pt.

³⁰¹ O artigo 71.º do CCP estabelece que se considera que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo quando seja 40% ou 50% ou mais inferior ao preço base fixado no caderno de encargos, consoante se trate, respetivamente, de um procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas ou de qualquer dos restantes tipos de contratos públicos. Em períodos anteriores foram já experimentados regimes de fixação do critério do preço anormalmente baixo que assentava no apuramento, em concreto, caso a caso, do valor médio das propostas apresentadas, sendo consideradas anormalmente baixas as que se afastassem desse valor médio em mais do que 10% ou 15%, por exemplo.

3.2.7.2.3. Registo Nacional de Fornecedores do Estado

O atual CCP estabelece, no seu artigo 81.º, n.º 4, que, quando se trate de um procedimento de formação de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, o adjudicatário deve fazer prova da sua inscrição numa lista oficial de fornecedores de bens móveis ou de prestadores de serviços do Estado a que pertence. Trata-se de uma tradução quase literal da Diretiva 2004/18/CE que, na prática, representa pouco ou nada, uma vez que, em Portugal essa lista pura e simplesmente não existe, nem nos parece que se queira fazer referência ao Registo Nacional de Pessoas Coletivas, ao contrário do que sugere o Anexo IX B da referida Diretiva.

Em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas o problema está resolvido, pois, como refere o n.º 2 do mesmo artigo do CCP, o InCI é responsável pela atribuição dos alvarás às empresas de construção, sendo possível através da consulta ao portal do instituto verificar se uma determinada empresa está ou não legalmente habilitada para o exercício dessa atividade.

A existência de um Registo Nacional de Fornecedores do Estado não é ideia nova, uma vez que, já nos tempos da UMIC³⁰², em 2006, no âmbito dum projeto chamado “Programa Nacional de Compras Electrónicas” se ponderava a sua criação, o que, até hoje não aconteceu. A nosso ver, faz todo o sentido a criação desse registo, de formato eletrónico, no qual se inscreverão, obrigatoriamente, todos os operadores económicos que pretendam estabelecer relações contratuais com o Estado. São muitas as virtualidades que podemos associar à criação desse registo. Citamos, desde já, dois que nos parecem extremamente importantes. Em primeiro lugar, possibilitaria a criação de um catálogo de operadores económicos, identificando as empresas como prestadoras de bens, serviços ou obras por CPV, facilitando assim o convite das mesmas, para apresentação de propostas, por parte das entidades adjudicantes. O Portal BASE pode, nesta matéria, ser elemento importante desse registo uma vez que, atualmente, já é possível através do mesmo listar os operadores económicos que contrataram com o Estado. Uma segunda vantagem óbvia desse registo é o

³⁰² UMIC – Agência para a Sociedade do Conhecimento, IP, foi um instituto público criado pelo Decreto-Lei n.º 16/2005, de 18 de janeiro, que tinha por missão mobilizar a sociedade da informação através da promoção de atividades de divulgação, qualificação e investigação.

de possibilitar a centralização, numa única entidade pública, da função probatória, a cargo destes operadores económicos, da inexistência de dívidas à Administração Fiscal e à Segurança Social. A autoridade reguladora dos contratos públicos será, por razões óbvias, a entidade que deverá centralizar este registo, à semelhança do que vimos com entidades homólogas de outros países. Conhecer bem os *players* dum determinado mercado é determinante para o sucesso da atividade reguladora.

3.2.7.3. Poder de produção de informação estatística e monitorização

Trata-se duma atividade comum a todas as entidades reguladoras: a de produzir e divulgar informação estatística sobre o setor regulado. Como se referiu no capítulo I (ponto 2.3.), trata-se duma consequência natural do poder que estas entidades têm de solicitar aos regulados todo o tipo de informações pretendidas. A produção estatística associada aos contratos públicos tem, na sua génese, principalmente, as exigências europeias nessa matéria. De facto, as Diretivas europeias determinam aos Estados membros a produção de relatórios estatísticos sobre contratos públicos, mas sempre numa visão de largo espectro, isto é, volume de contratos acima e abaixo dos limiares comunitários, volume de concursos públicos, e de ajustes diretos. No caso português, o atual CCP estabelece no seu artigo 472.º, sob a epígrafe “obrigações estatísticas” que «(...) compete à Agência Nacional das Compras Públicas, E.P.E., e ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., elaborar e remeter à Comissão Europeia, até 31 de outubro de cada ano, um relatório estatístico relativo aos contratos de aquisição e locação de bens e de aquisição de serviços e um relatório estatístico relativo aos contratos de empreitada de obras públicas celebrados pelas entidades adjudicantes no ano anterior». Essa produção estatística em matéria de contratos públicos tem sido encarada mais como uma obrigação legal – a de informar a Comissão Europeia – do que de uma atividade com interesse próprio, isto é, o de municiar o Governo, a própria entidade reguladora, as entidades públicas, as empresas e os cidadãos com informação pertinente sobre a vida dos contratos públicos que, afinal, representam muitos milhões de euros do erário público.

No caso português, o Portal BASE veio mudar o panorama das estatísticas nacionais em matéria de contratos públicos. Sendo certo que o portal foi criado em 2008 com o objetivo de publicitar e dotar de eficácia os contratos públicos celebrados na sequência de ajuste

direto³⁰³, cedo se percebeu a riqueza do filão encontrado, na medida em que estava criada a BASE³⁰⁴ para a existência de um portal de transparência de todos os contratos públicos e não apenas dos celebrados na sequência de ajuste direto.

A informação sobre contratos públicos sempre existiu; estava era arquivada em suportes de papel (processos administrativos) à guarda de cada uma das milhares de entidades adjudicantes. Na prática era como se não existisse. Tudo mudou quando se criou um sistema eletrónico que constitui um repositório dinâmico de contratos públicos e que é alimentado, diariamente, por dados que chegam ao portal BASE vindos do Diário da República Eletrónico (no caso dos anúncios de concursos), das plataformas eletrónicas de contratação pública (nas quais se realizam os procedimentos de formação dos contratos) ou submetidos *on line*, na área reservada do portal, por técnicos das entidades adjudicantes (nomeadamente as fichas respeitantes à execução dos contratos).

A informação recebida pelo InCI, resultante do Portal BASE, começou a ser tratada pela primeira vez em 2010, tendo como evidência a publicação do primeiro relatório anual da contratação pública eletrónica em Portugal³⁰⁵. Seguiram-se os relatórios anuais relativos a 2011, 2012 e 2013, os quais apresentam, quando comparados entre si, um crescimento sustentável quer do volume, quer do tipo de informação tratada. Duma primeira fase de mera apresentação de dados estatísticos, entramos agora na era da monitorização (análise qualitativa) de dados sobre contratos públicos. Essa é uma exigência das novas diretivas europeias:

«Os Estados-Membros asseguram o acompanhamento da aplicação das regras de contratação pública. (...) Os resultados das atividades de acompanhamento nos termos do n.º 2 devem ser postos à disposição do público através de canais de informação adequados. Esses resultados são igualmente colocados à disposição da Comissão. Os mesmos resultados podem, por exemplo, ser integrados nos relatórios de acompanhamento a que se refere o segundo parágrafo do presente número. Até 18 de abril de 2017 e em seguida de três em três anos, os Estados-Membros transmitem à Comissão um relatório de acompanhamento que abranja, se for caso disso, informações sobre as fontes mais

³⁰³ Cf. Artigo 127.º do CCP.

³⁰⁴ Designação que acabou por ser dada ao Portal dos Contratos Públicos.

³⁰⁵ V. *Relatório da Contratação Pública em Portugal, 2010*, InCI, divulgado no portal BASE.

frequentes de aplicação incorreta ou de insegurança jurídica, incluindo eventuais problemas estruturais ou recorrentes na aplicação das regras, sobre o nível de participação das PME nos contratos públicos e a prevenção, deteção e adequada notificação dos casos de fraude, corrupção, conflitos de interesses e outras irregularidades graves no domínio da contratação pública. A Comissão pode, a intervalos não superiores a três anos, solicitar aos Estados-Membros que prestem informações sobre a aplicação prática das políticas estratégicas nacionais de contratação pública.»³⁰⁶

É, assim, imposto aos Estados membros que acompanhem e avaliem periodicamente a formação e a execução dos contratos públicos, com vista a detetar as principais causas de aplicação incorreta da lei. Esta competência deve ser exercida pela autoridade reguladora dos contratos públicos, competindo-lhe ainda notificar as autoridades de fiscalização competentes em caso de deteção de indícios de irregularidades graves no domínio da contratação pública. Do que se trata é, afinal, de uma verdadeira avaliação dos dados recolhidos e já não da mera apresentação desses dados. Curiosa é a disposição legal da diretiva citada que manda divulgar os dados dessa monitorização ao público através de canais adequados, o que no caso português estará facilitado precisamente pela existência desse canal que é, sem dúvida, o Portal BASE. É nesse portal de transparência que são já hoje divulgados os relatórios anuais elaborados pelo InCI e que, no futuro, poderão ser divulgados os relatórios de monitorização elaborados pela autoridade reguladora para os contratos públicos.

3.2.7.4. Poder consultivo

As funções consultivas e de apoio técnico são, como vimos no capítulo I (ponto 2.4.), funções típicas das entidades reguladoras, podendo ser exercidas quer perante solicitações de órgãos de soberania, quer das instituições públicas, das empresas e dos consumidores. Trata-se de uma função indissociável de um outro poder das entidades reguladoras, o poder normativo ou regulamentar. Uma entidade que participa ativamente no processo legislativo ou regulamentar está normalmente bem colocada para informar convenientemente terceiros sobre a boa interpretação e aplicação dessas leis e regulamentos. Nessa medida, a

³⁰⁶ Cf. Artigo 83.º, n.ºs 2 e 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE.

autoridade reguladora dos contratos públicos deverá exercer essa função consultiva quanto à boa interpretação das leis e regulamentos que regem os contratos públicos, seja, a solicitação da Assembleia da República, do Governo ou dos Tribunais, seja a pedido das entidades públicas adjudicantes ou dos próprios operadores económicos. Essa função tem vindo a ser exercida pelo InCI, nomeadamente através da emissão de circulares informativas, disponíveis no Portal BASE, relativas a normas concretas do CCP. Trata-se, aliás, de uma das funções típicas das entidades reguladoras de contratos públicos em toda a Europa.

A função consultiva é fundamental para a boa interpretação das leis da contratação pública e, conseqüentemente para a boa adjudicação de contratos públicos³⁰⁷. Esse é também o entendimento que se pode extrair do texto da Diretiva nº 2014/24/UE, segundo a qual «*Os Estados-Membros devem assegurar:*

- a) O acesso gratuito a informações e orientações sobre a interpretação e aplicação do direito de adjudicação de contratos públicos da União, com vista a auxiliar as autoridades adjudicantes e os operadores económicos, em particular as PME, na aplicação correta das regras de adjudicação de contratos públicos da União; e*
- b) A disponibilização de apoio às autoridades adjudicantes no que respeita à planificação e execução dos procedimentos de adjudicação de contratos.»*

No caso português, competirá à autoridade reguladora materializar essa função consultiva, nomeadamente através da elaboração e divulgação de manuais de boas práticas, circulares orientadoras, minutas contratuais, etc., que serão divulgadas no Portal BASE. As tecnologias de informação permitem ainda o recurso a novas formas de prestação de informações e divulgação de conteúdos, tais como os meios audiovisuais, de que é bom exemplo, o caso da Colômbia, através do portal “Compras públicas eficientes”.

Já temos algumas reservas quanto ao alcance e extensão da disposição constante da Diretiva segundo a qual os Estados membros devem disponibilizar apoio às entidades

³⁰⁷ Sobre os benefícios da função consultiva, v. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões...*, ob. cit. ,p. 26: «*Neste contexto, uma regulação do Estado Contratante, servida por agentes profissionais, cumpriria o objectivo de esclarecimento e 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 sofisticados que não sabem negociar e que, depois, não sabem gerir.*»

adjudicantes quanto à planificação e execução dos procedimentos adjudicatórios. Esse apoio, que também competirá ao regulador, pode ser exercido, quer através da criação de canais próprios de *helpdesk*, telefónicos ou por *mail*, quer através da realização de ações de formação, seminários, *workshops* temáticos, orientados para auxílio às entidades adjudicantes. O perigo é que esse apoio, que deverá assumir um carácter pontual, nas situações mais complexas de interpretação da lei, possa tornar-se, viral, por solicitação excessiva dos milhares de entidades adjudicantes nacionais. Caberá, pois, ao regulador estabelecer a fronteira do que é admissível, tendo em conta os recursos humanos e financeiros disponíveis para o efeito. Parece-nos, no entanto, útil, que a autoridade reguladora seja responsável pela formatação e, eventualmente, pela organização de programas de formação especializada em contratos públicos, possivelmente em parceria com Universidades, tendo em vista “formar” eficazmente os técnicos especialistas em contratos públicos, os quais poderão inclusive receber um certificado específico atestando a posse dessa formação institucionalmente reconhecida.

3.2.7.5. Poder de inspeção e fiscalização

As entidades reguladoras independentes são, por razões óbvias e inerentes ao sucesso da sua missão, dotadas de poderes de inspeção, fiscalização e auditoria, que exercem no âmbito da sua atividade de supervisão. Com efeito, se analisarmos cada um dos normativos orgânicos e estatutários destas entidades, verificamos que estes poderes são exercidos pela AdC, pela ANAC, pela ANACOM, pela AMT, pela ASF, pelo BP, pela CMVM, pela ERC, pela ERS, pela ERSAR e pela ERSE.

Por razões óbvias, em termos estatutários, entendemos que a autoridade reguladora para os contratos públicos também deve possuir esses poderes. Entendemos, porém, que face ao quadro institucional em que se move, historicamente, a fiscalização dos contratos públicos em Portugal, o exercício daqueles poderes por parte da autoridade reguladora deve ser minimalista. Em boa verdade, a estrutura da Administração pública portuguesa conta, em cada Ministério, com uma inspeção-geral à qual compete, entre muitas outras matérias, a fiscalização dos contratos públicos. Acresce que o próprio Tribunal de Contas possui, como vimos, serviços de auditoria vocacionados para a fiscalização deste tipo de contratos.

Nesse sentido, o exercício de uma função fiscalizadora de contratos públicos por parte da autoridade reguladora deve ser devidamente ponderado, a fim de evitar um conflito positivo de competências. Assim, somos favoráveis ao estabelecimento de uma relação de complementaridade, a nosso ver mais frutuosa, e que assenta numa relação de simbiose: a autoridade reguladora monitoriza contratos públicos e canaliza para as entidades de auditoria e de fiscalização os indícios de irregularidades que detete nessa função de monitorização; as entidades de auditoria e fiscalização podem utilizar a informação disponibilizada pelo regulador, de forma estruturada, para melhor planearem as suas intervenções no terreno. Tal não impede, porém, a realização de ações conjuntas de auditoria, envolvendo regulador e entidade inspetiva, sempre que tal seja considerado conveniente por ambas as entidades. Poderá servir como modelo, neste caso, a parceria existente entre a autoridade reguladora da Bulgária e as respetivas entidades de auditoria e fiscalização.

Existe, no entanto, uma área em que a autoridade reguladora dos contratos públicos deverá exercer, de modo próprio, funções de fiscalização, nomeadamente, quando se trate de fiscalizar as plataformas eletrónicas de contratação pública, atividade que está, como vimos, atribuída ao IMPIC.

3.2.7.6. Poder sancionatório

O poder contraordenacional ou sancionatório é um poder complementar do de fiscalização e de auditoria ao dispor das entidades reguladoras independentes. Assenta na instrução dos respetivos procedimentos e na aplicação de sanções pecuniárias, denominadas coimas, e adicionalmente de sanções acessórias, como o encerramento temporário de estabelecimento ou a impossibilidade temporária do exercício da respetiva atividade.

Atualmente, e no que se refere em concreto aos contratos públicos, como tivemos ocasião de referir no capítulo II (ponto 2.3.4.), podemos encontrar manifestações destes poderes contraordenacionais em dois diplomas fundamentais, o Código dos Contratos Públicos (CCP) e a proposta de lei que aprova o regime jurídico de regulação das plataformas eletrónicas de contratação pública. Em ambos os casos os poderes contraordenacionais são

exercidos pelo InCI/IMPIC, pelo que, a existir uma autoridade reguladora independente para os contratos públicos, tais atribuições devem transitar para a esfera desta entidade.

3.2.7.7. Poder em matéria de defesa do consumidor

O papel que a autoridade reguladora dos contratos públicos pode exercer em matéria de defesa do consumidor é distinto do geralmente atribuído às entidades reguladoras. É que nesses casos mais comuns o cidadão – consumidor é ele próprio contraparte num contrato com um determinado operador económico e isso faz toda a diferença. Tomemos como exemplo um contrato de fornecimento de serviços de telecomunicações celebrado entre uma determinada empresa prestadora desse serviço e um cidadão. Quando este entende que o contrato não está a ser cumprido pode queixar-se à respetiva entidade reguladora – no caso a ANACOM – solicitando que esta esclareça se o cidadão consumidor tem razão e, tendo-a, a entidade reguladora alertará, certamente, a empresa para a necessidade de alterar o seu comportamento.

Ora, no caso dos contratos públicos o consumidor é um terceiro; é na prática um contribuinte que, por esse facto, estará preocupado com a boa gestão dos dinheiros públicos. Nessa medida, a autoridade reguladora dos contratos públicos deverá proceder à receção e ao tratamento de queixas relacionadas com contratos públicos, ainda que provindas de terceiros, uma vez que estes acabam por ter interesse na boa gestão pública. Mas a análise de queixas e denúncias não se fica por aqui: o regulador deve, a nosso ver, analisar as queixas recebidas quer das empresas que sejam contraparte em contratos públicos (alertando, por exemplo, para o abuso de autoridade das entidades adjudicantes na execução desses contratos), ou até mesmo de terceiras empresas concorrentes em procedimentos de formação de contratos públicos, denunciando, por exemplo, uma exclusão indevida ou uma má aplicação do critério de adjudicação. É que, sem prejuízo do recurso às vias legais (reclamação ou recurso), esta denúncia permite à autoridade reguladora tomar medidas tendo em vista a eliminação dessas irregularidades, seja por via legislativa (propondo ao Governo a alteração da lei), seja por via administrativa (produzindo orientações ou circulares, sobre esse ponto em concreto).

Em matéria de informação ao consumidor é importante ainda destacar, neste domínio, o Portal BASE. É que, como já explicamos, este portal não se destina apenas à recolha de informação para efeitos de tratamento estatístico, servindo, fundamentalmente, como portal de transparência nos contratos públicos, prestando assim um serviço essencial ao cidadão-contribuinte.

3.2.7.8. Poder em matéria de resolução extrajudicial de conflitos

Como afirmámos em momento anterior, é nosso entendimento que o regulador dos contratos públicos deve ser responsável pela criação de um centro especializado de resolução de conflitos em matéria de contratos públicos³⁰⁸. Muitas das autoridades de outros Estados membros que desempenham funções de regulação ou, pelo menos, de coordenação das matérias relacionadas com os contratos públicos (v.g., Áustria, Itália, Polónia ou Roménia), possuem poderes em matéria de resolução alternativa de litígios, dispondo, para o efeito, de câmaras ou comissões especializadas na mediação e arbitragem em contratos públicos.

O facto da autoridade reguladora ser independente apresenta-se, aqui, como uma vantagem, uma vez que a entidade pública adjudicante será, assim, tratada em pé de igualdade com o contraente privado. É sintomático que na maioria dos grandes contratos públicos, o recurso à arbitragem é já hoje o meio privilegiado de resolução de conflitos entre as partes, embora se trate, na maioria dos casos, de tribunais arbitrais *ad-hoc*, isto é, constituídos caso a caso³⁰⁹. A institucionalização desse mecanismo será o passo seguinte. Mas para que tal aconteça é importante que na revisão do Código dos Contratos Públicos tal mecanismo seja considerado obrigatório, pelo menos para determinados tipos de contratos, nomeadamente para os de montante superior a um determinado valor.

³⁰⁸ Tese igualmente defendida por PEDRO GONÇALVES, *Reflexões...*, ob. cit., p. 27.

³⁰⁹ Neste sentido, vide J. ROBIN DE ANDRADE, “Arbitragem e Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, CEDIPRE, 2008, p. 965: «*Tem-se vindo a registar nos últimos anos uma progressiva abertura do legislador quanto ao recurso à arbitragem no domínio do contencioso administrativo, e em especial no domínio dos contratos administrativos, sendo muito frequente a constituição de tribunais arbitrais para resolver litígios emergentes de contratos públicos, nomeadamente de empreitada de obras públicas e de concessão de serviços públicos*».

BIBLIOGRAFIA

I – DOUTRINA

ABEELE, Éric Van den – “The reform of the EU’s public procurement directives: a missed opportunity?”, European Trade Union Institute, Bruxelas, 2012

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011

ALMEIDA, Mário Aroso de – “A arbitragem no direito administrativo português”, in *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, Madrid: INAP, 2004, p. 95 ss.

AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1999

- *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2003

ANDRADE, José Robin de – “Arbitragem e Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra: CEDIPRE, 2008, pp. 943-966.

ARROWSMITH, Sue – “Public Procurement Regulation: An Introduction”, EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, University of Nottingham, 2010

BOLINA, Helena Magalhães – “O Regime dos Processos de Contra-Ordenação dos Reguladores Independentes”, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 738 e ss.

CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo*, vols. I e II, Coimbra: Almedina, 1984

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993

CATARINO, Luís Guilherme – “O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?”, *Publicações CEDIPRE Online* – 16, www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, fevereiro de 2014, p. 5.

CAUPERS, João – *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa, Âncora Editora, 8ª ed., 2005

CONFRARIA, João – *Regulação e Concorrência, Desafios do século XXI*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011

- “Falhas do Estado e Regulação Independente”, *Revista de Concorrência e Regulação*, N.º 3, Autoridade da Concorrência e IDEFF, 2010, pp. 33-52.

CORREIA, J. M. Sérvulo – *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa: Danúbio, 1981

- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987

COSTA, Paulo Nogueira da – *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014

ESTORNINHO, Maria João – *A Fuga para o direito Privado*, Coimbra: Almedina, 1996

- *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar português*, Coimbra: Almedina, 2006

- *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, 2012

FERREIRA, Eduardo Paz, “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, *Revista de Concorrência e Regulação*, N.º 1, Autoridade da Concorrência e IDEFF, 2010, p. 33.

FERREIRA, Eduardo Paz/MORAIS, Luís Silva/ANASTÁCIO, Gonçalo – *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009

FERREIRA, Eduardo Paz/RODRIGUES Nuno Cunha, *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014

FIGUEIREDO, Cândido – *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Vol. II, Bertrand Editora, 1991

FOIS, S. – “Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica”, *Diritto e Società*, 2000, 1, p. 13 e ss.

GONÇALVES, Pedro - *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013

- “A integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 1, Belo Horizonte, Brasil, Editora Fórum, 2012, pp. 251-284.

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina, 2008

- *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 1999

GONÇALVES, Pedro (Coord)/GOUVEIA ALVES, Catarina/GUEDES, Ana Cláudia

- “O Contencioso da Regulação em Portugal – Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre Regulação Pública”, *Publicações CEDIPRE Online – 1*, www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, novembro de 2010

GOUVEIA, Mariana França – *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra: Almedina, 2012

HALCHIN, L. Elaine – “Transforming Government Acquisition Systems: Overview and Selected Issues”, Congressional Research Service, 2013, disponível em <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43111.pdf>

LENAERTS, K. – “Regulating the regulatory process: «delegation of powers» in the European Community”, *European Law Review*, vol. 18, (1993), p. 23 e ss.

MARQUES, M. M. Leitão/ALMEIDA, J. P. Simões de/FORTE, A. Matos – *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

MARQUES, M. M. Leitão/MOREIRA Vital – *A Mão Visível, Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2003

MARTELO, Bruno - “Descalça vai para a fonte – A ERSAR no caminho da Autonomia Local”, *Publicações CEDIPRE Online* – 23, www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, agosto de 2014

MARTINS, Licínio Lopes – “Empreitada de obras públicas – O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)”, Coimbra: Almedina, 2014

MEDEIROS, Rui – “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 69, 2008

MONTEIRO, A. Pinto – “A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, nº 2, 2000, p. 333 e ss.

MOREIRA, Vital – *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997

- *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997

MOREIRA, Vital/MAÇÃS Fernanda – *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003

MUNRO, Catriona – “Competition Law and Public Procurement: two sides of the same coin?”, *Public Procurement Law Review*, nº 6, 2006

NURMANDI, Achmad – “E-procurement in Indonesia: policy and its implementation”, Research Project of international scholar exchange program 2013/2014, Korean Foundation for Advance Studies, 2014

OLIVEIRA, Mário Esteves de/OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2011

PUJOL, José - “A quem presta contas o Tribunal de Contas?”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 6, Coimbra: CEDIPRE, 2012, pp. 41-74.

RAIMUNDO, Miguel Assis – *Estudos sobre Contratos Públicos*, Lisboa: A.A.F.D. Lisboa, 2010

- *A Formação dos Contratos Públicos, uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: A.A.F.D. Lisboa, 2013

RODRIGUES, Nuno Cunha – *A Contratação Pública como Instrumento de política Económica*, Coimbra: Almedina, 2013

SILVA, J. N. Calvão da – *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina, 2008

SOARES, Rogério Ehrhardt – *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955

SOUSA, Marcelo Rebelo de – *Lições de Direito Administrativo*, Lisboa: Lex, 1999

SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de – *Contratos Públicos*, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa: Dom Quixote, 2008

TAVARES, José – “Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra: Cedipre, 2008, pp. 967-991.

TAVARES, Luís Valadares – *A Gestão das Aquisições Públicas: Guia de Aplicação do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: OPET – Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia, 2008

TRABUCO, Cláudia/EIRÓ, Vera – *Contratação Pública e Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2013

TREPTE, Peter – *Regulating Procurement*, Oxford: Oxford University Press, 2004

VIANA, Cláudia – *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

- “A Globalização da Contratação Pública e o Quadro Jurídico Internacional”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 23-49

II – RELATÓRIOS

- AFRICAN DEVELOPMENT BANK, “Governance in Public Procurement – Comprehensive Review of the Bank’s Procurement Policy”, 2014, disponível em <http://www.afdb.org/procurementreview>
- COMISSÃO EUROPEIA, “Livro Verde relativo ao alargamento da utilização da contratação pública electrónica na EU”, *COM(2010)571 final*, de 18.10.2010
- COMISSÃO EUROPEIA, “Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, Part 1, *SEC(2011)853 final*, Bruxelas, 2011
- COMISSÃO EUROPEIA, “Uma estratégia para a contratação pública eletrónica”, *COM (2012) 179 final*, de 20.04.2012
- COMISSÃO EUROPEIA, “Contratação pública eletrónica do princípio ao fim para modernizar a administração pública”, *COM(2013)453 final*, de 26.06.2013
- COMISSÃO EUROPEIA, “Internal Market: Awareness, Perceptions and Impacts”, Eurobarometer, 2011, disponível em http://ec.europa.eu/public_opinion/index_en.htm
- Grupo de Alto Nível de Peritos Independentes sobre os Encargos Administrativos, constituído junto da Comissão Europeia, “Relatório *A Europa pode fazer melhor*”, 2012
- INSTITUTO DA CONSTRUÇÃO E DO IMOBILIÁRIO, *Relatórios da Contratação Pública em Portugal – 2010, 2011, 2012 e 2013*, disponíveis em <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Relatorios>
- OECD (2007), “Central Public Procurement Structures and Capacity in Member States of the European Union”, *SIGMA Papers*, N.º 40, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60qdqq0n-en>
- PARLAMENTO EUROPEU, “Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD))”, Relator MARC TARABELLA, 2013

- THE ITALIAN NATIONAL ANTI-CORRUPTION AUTHORITY, “Comparative Survey on the Transposition of the New EU Public Procurement Package”, PPN, 2014, disponível em <http://www.publicprocurementnetwork.org/docs/ItalianPresidency/Comparative%20survey%20on%20PP%20systems%20across%20PPN.pdf>
- THE SWEDISH COMPETITION AUTHORITY - “The swedish competition authority: tasks and organisation”, 2014, disponível em <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/the-swedish-competition-authority-tasks-and-organisation.pdf>
- TRIBUNAL DE CONTAS, “Relatório de Auditoria nº 37/06 – 2ª secção”, *Auditoria à Regulação no Sector das Comunicações*, disponível no sítio da internet do Tribunal de Contas, em http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_audit.shtm.
- TRIBUNAL DE CONTAS, “Relatório Síntese sobre a Temática da Regulação”, *Relatório nº 18/2008 (2ª Secção)*, do Tribunal de Contas, disponível em http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_audit.shtm.