

GUIA DE BOAS PRÁTICAS NO COMBATE AO CONLUIO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA



A QUEM SE DESTINA ESTE GUIA?

Este guia destina-se às entidades adjudicantes para que conheçam os principais sinais de alerta de conluio nos procedimentos de contratação pública e saibam como prevenir este tipo de comportamento.

O QUE É O CONLUIO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA?

O conluio na contratação pública consiste na concertação de propostas com o objetivo de eliminar ou limitar a concorrência nos procedimentos de contratação.

Este tipo de comportamento leva a condições menos favoráveis para o Estado do que as que resultariam de uma situação de concorrência efetiva, traduzindo-se em preços mais elevados, qualidade inferior ou menos inovação.

O conluio compromete, assim, a eficiência na afetação dos recursos públicos e mina o objetivo de “mais e melhor por menos” da contratação pública, lesando os consumidores e os contribuintes.

A Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) refere serem “*proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência*” (art. 9.º, n.º 1).

O conluio constitui uma grave violação da lei da concorrência (nacional e da União Europeia), sendo punível com coima aplicável: (i) à empresa infratora, até 10% do seu volume de negócios e (ii) aos titulares do órgão de administração e aos responsáveis pela direção ou fiscalização da empresa, até 10% da sua remuneração anual.

A Autoridade da Concorrência procede à análise de todas as denúncias que lhe forem transmitidas – de entidades adjudicantes, empresas e/ou do cidadão em geral – e à eventual abertura de processo contraordenacional.

Em caso de envolvimento, atual ou passado, em práticas de conluio na contratação pública, as empresas podem requerer junto da Autoridade da Concorrência um pedido de dispensa ou de redução de coima no âmbito do procedimento de clemência em processos contraordenacionais.

FORMAS MAIS COMUNS DE CONLUIO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

No mesmo procedimento de contratação pública podem coexistir diversas formas de conluio. Em regra, nos esquemas de conluio, os participantes escolhem uma das empresas para vencer o procedimento. Este tipo de comportamento inclui, frequentemente, a fixação conjunta de preços entre concorrentes e mecanismos de repartição dos lucros adicionais que resultam do conluio (*e.g.*, o pagamento de compensações pelo adjudicatário às restantes empresas em conluio).

As formas mais comuns de conluio na contratação pública são as seguintes:

- **Propostas rotativas**

Os concorrentes combinam esquemas de rotatividade da proposta vencedora, alternando entre si o vencedor do procedimento. Estes esquemas são potenciados pelo envolvimento recorrente ao longo do tempo dos mesmos participantes nos procedimentos de contratação pública.

- **Supressão de propostas**

Esquema pelo qual uma ou mais empresas, participantes no conluio, acordam em não submeter proposta ao procedimento ou em retirar uma proposta previamente apresentada, para que o contrato seja adjudicado à empresa que escolheram para vencer o procedimento.

- **Propostas fictícias ou de cobertura**

Neste esquema de conluio, as empresas combinam submeter propostas com um preço mais elevado do que o da proposta da empresa previamente escolhida para vencer o procedimento, para que o contrato lhe seja adjudicado, ou com outras condições que se sabe serem inaceitáveis para a entidade adjudicante. Estas propostas servem apenas o propósito de criar uma ilusão de concorrência no procedimento.

- **Subcontratação**

As empresas acordam facilitar o sucesso da proposta da empresa que escolhem para vencer o procedimento, em contrapartida da subcontratação de fornecimentos no âmbito do contrato em causa.

- **Repartição de mercado**

As empresas combinam um esquema de apresentação de propostas com o objetivo de repartir o mercado entre si. Esta repartição pode incidir sobre a carteira de clientes, o tipo de produtos/serviços ou a zona geográfica.

CARACTERÍSTICAS DE MERCADO QUE FACILITAM O CONLUÍO

Determinadas características do mercado criam condições mais propícias ao conluio:

- **Reduzido número de empresas ou elevada concentração no mercado**
A probabilidade de conluio aumenta quanto menor for o número de empresas e/ou maior for o grau de concentração no mercado. Quanto mais concorrentes existirem, mais difícil será estabelecer e manter o conluio.
- **Elevadas barreiras à entrada ou expansão no mercado**
A existência de barreiras à entrada ou à expansão no mercado (*e.g.*, legais ou regulamentares, económicas, estratégicas) favorece o conluio, ao proteger as empresas da pressão concorrencial de potenciais entrantes.
- **Condições de mercado estáveis e previsíveis**
Alterações significativas nas condições da procura ou da oferta tendem a desestabilizar o conluio. A estabilidade e previsibilidade dos concursos públicos potenciam o risco de conluio. Por outro lado, períodos de crise e de incerteza económica podem promover o conluio como forma de repor as perdas.
- **Empresas que concorrem em múltiplos mercados**
A interação repetida entre empresas concorrentes em vários mercados facilita o contacto entre concorrentes e, como tal, o conluio.
- **Procedimentos de contratação frequentes**
A realização frequente de procedimentos de contratação para determinado produto/serviço aumenta a probabilidade de conluio, ao facilitar a repartição e rotação de contratos entre concorrentes e a retaliação a desvios dos termos acordados.
- **Existência de associações empresariais ou profissionais**
As associações empresariais ou profissionais facilitam o contacto entre concorrentes e contribuem para um ambiente mais favorável ao conluio.
- **Vínculos entre empresas concorrentes**
A existência de vínculos contratuais ou estruturais entre empresas concorrentes facilita a coordenação e monitorização de comportamentos e aumenta o risco de conluio.
- **Homogeneidade ou simplicidade dos produtos/serviços**
Produtos ou serviços standardizados, homogéneos, pouco complexos ou que não permitem a diferenciação entre ofertas concorrentes facilitam um entendimento comum quanto ao nível e estrutura de preços, aumentando a probabilidade de conluio.
- **Reduzido nível de inovação**
Mercados onde a intensidade de inovação é menor são *a priori* mais propensos a práticas de conluio, na medida em que o grau de diferenciação da oferta é menor e as condições de mercado são mais estáveis.

INDÍCIOS DE CONLUIO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Vários indícios podem alertar as entidades adjudicantes para a possibilidade de conluio num determinado procedimento de contratação pública.

Indícios na apresentação de propostas

- Número de propostas substancialmente inferior ao habitual ou ao expectável.
- Algumas empresas retiram-se inesperadamente do procedimento.
- A proposta vencedora é recorrentemente da mesma empresa, e outras empresas continuam a submeter propostas apesar de não serem bem-sucedidas.
- Padrão de rotatividade da proposta vencedora entre os concorrentes.
- Padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras.
- Concorrentes habituais não apresentam propostas num procedimento no qual seria de esperar que o fizessem, continuando a concorrer em outros procedimentos.
- Empresas apresentam propostas conjuntas, apesar de terem condições para apresentar propostas individuais.
- Propostas diferentes que apresentam:
 - ✓ os mesmos erros (*e.g.*, erros ortográficos, gramaticais ou de cálculo);
 - ✓ as mesmas lacunas face à informação requerida;
 - ✓ a mesma terminologia, em particular quando atípica;
 - ✓ a mesma formatação, grafia ou correções de última hora;
 - ✓ o mesmo papel timbrado, formulários semelhantes ou os mesmos dados de contacto;
 - ✓ carimbos de registo postal idênticos ou datas de receção, em mão, coincidentes ou, em caso de envio *online*, os mesmos endereços IP.



Em 2005, a Autoridade da Concorrência aplicou uma coima de mais de 3M€ a cinco empresas farmacêuticas, por conluio num concurso público do Centro Hospitalar de Coimbra.

A Autoridade voltou a condenar as cinco empresas por conluio em 36 outros concursos públicos de 22 hospitais, aplicando uma coima total de cerca de 16M€. O dano económico resultante foi estimado entre 2M€ e 3M€ no fornecimento a centros hospitalares, e entre 2M€ e 10M€/ano no fornecimento a farmácias.

Padrões suspeitos nas condições comerciais das propostas

- Propostas diferentes com preços idênticos, em particular quando se mantêm idênticos durante um longo período de tempo.
- Subidas uniformes de preços não explicadas por variações de custos.
- Alinhamento súbito dos preços entre concorrentes.
- Descida de preços quando entra um novo concorrente ou quando participa um concorrente não habitual.
- Diferença inexplicável ou muito significativa entre o preço da proposta vencedora e o das demais propostas.
- Diferenças de preço entre propostas são percentagens fixas ou montantes fixos.
- Flutuações significativas nos preços apresentados pela mesma empresa em procedimentos diferentes sem justificação nos custos.
- Eliminação de descontos que tradicionalmente eram concedidos.
- Propostas que apresentam números decimais onde seria de esperar números redondos.
- Preços das diversas propostas bastante mais elevados do que as estimativas de custos da entidade adjudicante.
- Empresas locais apresentam preços para serviços locais superiores aos preços para regiões mais distantes.
- Empresas locais e não locais apresentam custos de transporte semelhantes.
- Manifestas semelhanças na calendarização e nas rubricas de custos entre propostas.

Comportamentos suspeitos

- Empresa vencedora subcontrata reiteradamente os demais concorrentes.
- Empresa vencedora não aceita a adjudicação do contrato, vindo posteriormente a verificar-se que foi subcontratada.
- Apenas alguns dos concorrentes no procedimento solicitam orçamento a um fornecedor imprescindível para o contrato em causa.
- Vários concorrentes subcontratam as mesmas consultoras no apoio à elaboração de propostas.
- Uma empresa solicita os documentos do procedimento para si e para outro(s) concorrente(s).
- Uma empresa entrega a sua proposta em conjunto com a(s) de outro(s) concorrente(s).

Declarações suspeitas dos concorrentes

- Propostas referem explicitamente propostas concorrentes ou a existência de acordo/concertação.
- Exclusividade de uma área geográfica ou de um cliente a um concorrente.
- Empresa não fornece determinada zona geográfica, determinado(s) cliente(s) ou tipo de produto/serviço, apesar de ter condições para o fazer.
- Empresa justifica a sua proposta com referência a “tabelas de preços do setor”, “orientações de associações empresariais” ou outras expressões análogas.
- Declarações de associações empresariais com referência detalhada a propostas.
- Uma empresa tem conhecimento de propostas concorrentes ou de resultados da adjudicação ainda não divulgados.



Caso tenha suspeitas de conluio em procedimentos de contratação pública, contacte a Autoridade da Concorrência.

A deteção deste tipo de conduta, que lesa o Estado e os consumidores, deve ser um objetivo comum, na prossecução da eficiência na afetação dos recursos públicos.

REDUZIR O RISCO DE CONLUÍO NOS PROCEDIMENTOS

Existem várias medidas que podem ser adotadas pelas entidades adjudicantes para promover a concorrência e reduzir o risco de conluio.

Preparação do procedimento de contratação

- Recolher informação sobre:
 - ✓ os produtos/serviços disponíveis no mercado que satisfazem os requisitos do adquirente.
 - ✓ os fornecedores potenciais e as suas condições comerciais.
 - ✓ procedimentos anteriores para produtos/serviços iguais ou semelhantes.

Promover a participação de concorrentes

- Evitar requisitos de qualificação restritivos e desnecessários relacionados, por exemplo, com certificações de qualidade, garantias financeiras ou com o tipo ou dimensão mínima das empresas.
- Alargar a participação a empresas estrangeiras, sempre que possível.
- Não excluir concorrentes de concursos futuros ou da lista de potenciais concorrentes por não terem apresentado uma proposta em determinado concurso.
- Considerar a possibilidade de divisão do concurso em lotes para potenciar a participação de empresas de menor dimensão, procurando evitar que essa divisão facilite esquemas de repartição de mercado.
- Reduzir os custos de preparação da proposta:
 - ✓ simplificando os procedimentos de contratação ao longo do tempo (*e.g.*, utilização do mesmo tipo de formulários);
 - ✓ agregando procedimentos de contratação, ponderando o impacto na participação;
 - ✓ mantendo registos atualizados de adjudicatários aprovados/certificados oficialmente;
 - ✓ fixando prazos adequados para a preparação e apresentação de propostas (*e.g.*, consideração da natureza, volume e da complexidade das matérias em causa);
 - ✓ recorrendo, de forma ampla, à contratação eletrónica.

Clareza dos requisitos e previsibilidade do procedimento

- Estabelecer os requisitos e regras do procedimento de forma objetiva e clara (*e.g.*, verificação independente das especificações do procedimento antes do seu lançamento).
- Definir especificações de desempenho e requisitos funcionais de forma clara e objetiva, em detrimento de referências a marcas ou produtos concretos.
- Evitar a previsibilidade dos procedimentos, por exemplo, em termos da sua frequência e dos requisitos estabelecidos, bem como contratos com valores ou quantidades semelhantes.
- Promover a organização de procedimentos em conjunto com outras entidades adjudicantes.

Mitigar as oportunidades de comunicação entre concorrentes

- Eventuais diálogos entre a entidade adjudicante e as empresas candidatas devem ser tidos individualmente com cada empresa.
- Ponderar cuidadosamente o tipo de informação a disponibilizar às candidatas no momento de abertura das propostas e na publicação dos resultados da adjudicação.
- Em caso de recurso a consultores externos, obter declaração de confidencialidade e manifestação por escrito de ausência de conflitos de interesses.
- Promover o anonimato das propostas, utilizando um código para cada concorrente.
- Ponderar a não divulgação de preços máximos aos concorrentes.
- Exigir que os concorrentes revelem se pretendem subcontratar outras empresas.
- Atribuir especial atenção a propostas conjuntas (ou em consórcio), que possam indiciar um esquema de conluio.
- Informar sobre as consequências legais da deteção de conluio no anúncio/comunicação do procedimento de contratação.
- Considerar a exigência de uma “Declaração de Independência da Proposta”, onde seja expressa de forma escrita e inequívoca, a ausência material de qualquer tipo de comunicação e/ou de relação tida entre a empresa candidata e as suas concorrentes na apresentação da sua proposta. O “desconforto” dos concorrentes com esta exigência constitui, em si, um indício de conluio.

CrITÉRIOS de avaliação e de adjudicação que promovam a concorrência

- Critérios não relacionados com o preço (*e.g.*, qualidade e serviço pós-venda) deverão ser especificados de forma clara e objetiva e a sua importância devidamente ponderada.
- Não valorizar de forma injustificada registos de desempenho prévio.
- Sempre que possível, e de acordo com a legislação que rege a notificação de adjudicações, manter confidenciais os termos e condições das propostas de cada empresa.
- Ponderar o impacto dos critérios de avaliação na concorrência em procedimentos futuros.

Sensibilização de recursos humanos e promoção do escrutínio de informação

- Implementar programas de formação contínua dos funcionários responsáveis pelos procedimentos de contratação.
- Recolher, de forma sistemática, informação referente a processos de adjudicação passados (e.g., produtos e/ou serviços adquiridos, proposta apresentada por cada concorrente).
- Rever periodicamente o histórico das propostas para determinados produtos e serviços e procurar identificar padrões de comportamentos suspeitos.
- Comparar a lista de empresas que manifestaram interesse no procedimento e a lista de empresas que submeteram propostas, para identificar desistências e subcontratações.
- Promover entrevistas com empresas que deixaram de apresentar propostas ou com um padrão de apresentação de propostas não vencedoras.
- Promover um expediente de fácil acesso, onde as empresas possam reportar as suas preocupações relacionadas com a concorrência nos procedimentos de contratação, procurando salvaguardar questões de confidencialidade.
- Incentivar os funcionários envolvidos nos procedimentos de contratação pública a denunciar suspeitas de conluio à Autoridade da Concorrência.

Em 2015, a Autoridade da Concorrência condenou cinco empresas de pré-fabricados ao pagamento de coimas num valor total superior a 830 mil €, por fixação de preços e repartição do mercado, em concursos públicos lançados pela Parque Escolar E.P.E., para a montagem e aluguer de módulos pré-fabricados para salas de aula.



Agradecimento a José Bandeira, autor do CravoFerradura.

Caso existam indícios de conluio, contactar:

Autoridade da Concorrência

Av. José Malhoa n.17
1070-157 Lisboa

Tel.: 217 902 000

Fax: 217 902 099

Email: adc@concorrenca.pt

www.concorrenca.pt

Horário de atendimento ao público:
9H30 às 12H30 e 14H30 às 17H30

