

Temas

Comunicação da Comissão Europeia
C (2021) 1631 final, de 15.03.2021

Medidas contra a Colusão na
Contratação Pública

P. 1-6



Ferramentas contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão

Em 18.03.2021, foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia (2021/C 91/01) a Comunicação da Comissão Europeia, de 15.03.2021, sobre “ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública” e sobre “orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão”.

O documento desenvolve os princípios e coordenadas de ação que a Comissão tinha já enunciado na sua Comunicação COM (2017) 572, intitulada “**Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa**”, com vista a auxiliar os Estados-Membros da UE, e as respetivas autoridades adjudicantes, a resolver o problema do conluio na contratação pública.

O conluio na contratação pública tem estado no topo da agenda de um significativo número de autoridades da concorrência europeias nos últimos anos, antecipando-se tratar-se de uma prioridade que continuará a assinalar o *enforcement* dos próximos anos.

Em Portugal, a Autoridade da Concorrência tem vindo a sinalizar a sua determinação em combater a cartelização em procedimentos de contratação pública de variadas formas, incluindo com a publicação, em

2016, do “**Guia de Boas Práticas sobre o Combate ao Conluio na Contratação Pública**”, levando a cabo uma forte campanha de divulgação (campanha “*Combate ao Conluio na Contratação Pública*”) promovendo a colaboração institucional através, por exemplo, do *Grupo de Trabalho Informal para a Inovação e Eficiência do Sistema Nacional de Compras Públicas* (AdC, eSPap, TC, IMPIC, IGF).

Embora expressamente proibido pelas regras europeias e nacionais do direito da concorrência (na UE, pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, em Portugal, pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o regime jurídico da concorrência) e consubstanciando potencial causa de exclusão do procedimento concursal (nos termos do artigo 57.º/4 al. d) Diretiva 2014/24/UE, e artigo 70.º/2, al. g) do Código dos Contratos Públicos - “CCP”), a Comissão refere-se ao conluio como um “*fenómeno recorrente*” no mercado dos contratos públicos, incluindo em setores económicos críticos, como os da construção civil, das tecnologias de informação ou da saúde.

A Comissão identifica várias razões pelas quais as autoridades adjudicantes tipicamente têm dificuldade

em detetar a *cartelização nos procedimentos de contratação*, salientando: (i) a falta de pessoal devidamente treinado e experiente capaz de detetar este tipo de práticas; (ii) o foco prioritário das adjudicantes em garantir que o procedimento cumpra com os requisitos processuais e legais básicos e seja concluído dentro do prazo previsto; (iii) a falta de consciência para os meios disponíveis de reação; e (iv) a perspectiva de atrasos no procedimento de adjudicação.

A Comunicação da Comissão propõe-se contribuir para mitigar estas dificuldades, de quatro formas: (i) sugerindo a utilização de ferramentas que visam reforçar as capacidades das entidades adjudicantes para incorporar métodos efetivos de dissuasão, deteção e neutralização do conluio antes da conclusão do procedimento adjudicatório; (ii) identificando meios de cooperação entre as autoridades centrais da contratação pública e as autoridades da concorrência; (iii) oferecendo orientações para a aplicação, em concreto, do motivo de exclusão por colusão; (iv) oferecendo, em anexo à Comunicação, um conjunto de orientações práticas sobre como conceber os procedimentos de adjudicação de forma a dissuadir o conluio entre proponentes, detetar potencial conluio ao avaliar propostas e reagir a tal conluio suspeito.

Em causa está a necessidade de prevenir, detetar e reagir eficientemente a comportamentos colusórios durante um procedimento pré-contratual, ou seja, antes de um contrato ser adjudicado.

PRINCIPAIS OBJETIVOS DA COMUNICAÇÃO:

- Apoio de Estados-Membros e Autoridades Adjudicantes na prevenção e combate às práticas colusivas.
 - Promover a cooperação entre as Autoridades Centrais responsáveis pelos contratos públicos e pela concorrência ao nível nacional.
 - Facultar orientações para as Autoridades Adjudicantes sobre a forma de aplicar exclusões motivadas pela colusão na contratação pública.
- #### FERRAMENTAS PARA REFORÇAR A CAPACIDADE ADMINISTRATIVA NA PREVENÇÃO DA COLUSÃO
- A disponibilização de recursos (especialmente recursos humanos) que sejam capazes de realizar processos de adjudicação, incluindo a capacidade de tratar de forma adequada e oportuna dos casos de presumível colusão.
 - A utilização dos incentivos administrativos disponíveis para premiar os funcionários que realizam processos de concurso e detetam, tratam e comunicam ativamente os possíveis casos de colusão.
 - Partilhar com todos os Estados-Membros boas práticas e ferramentas desenvolvidas à escala nacional, através dos grupos de peritos da Comissão ou dos meios digitais de comunicação disponíveis.
 - Promover a participação das autoridades nacionais da concorrência nas sessões de sensibilização e de formação destinadas a funcionários responsáveis por concursos públicos.
 - Promover ações seletivas para apoiar as autoridades adjudicantes de menor dimensão nos Estados-Membros.
 - Assegurar um intercâmbio de boas práticas para encorajar os funcionários responsáveis por

concursos a reprimir ativamente os casos de presumível colusão.

- Através de um trabalho em conjunto com outras organizações internacionais (tais como a OCDE, a OMC, o Banco Mundial e o BERD), dinamizar uma base internacional de conhecimentos e experiências na luta contra a colusão.

COOPERAÇÃO ENTRE AUTORIDADES CENTRAIS RESPONSÁVEIS POR CONTRATOS PÚBLICOS E AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA:

- Estabelecer um serviço seguro (mediante um ponto de contacto ou uma linha de apoio) para prestar assistência às autoridades adjudicantes.
- Promover a utilização das ferramentas disponíveis ao nível nacional ou da UE que possibilitam e incentivam os cidadãos ou as empresas a denunciarem casos de colusão, especialmente mecanismos de denúncia de irregularidades ou programas de clemência.
- Possibilitar o acesso das autoridades às informações de que necessitam para o desempenho das suas funções no tratamento de casos suspeitos de colusão, incluindo permitir: i) o acesso das suas autoridades da concorrência às bases de dados de contratação eletrónica e ii) a troca de informações disponíveis entre as autoridades responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência,
- Impor às autoridades adjudicantes a obrigação de informarem as suas autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência dos casos em que tenham excluído um operador económico por suspeita de colusão.
- Criar uma base de dados nacional dos casos de exclusão de operadores económicos por motivos

de colusão, em conformidade com a legislação nacional e com os requisitos da UE e nacionais em matéria de proteção de dados.

COOPERAÇÃO ENTRE AUTORIDADES CENTRAIS RESPONSÁVEIS POR CONTRATOS PÚBLICOS E AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA:

- Estabelecer um serviço seguro (mediante um ponto de contacto ou uma linha de apoio) para prestar assistência às autoridades adjudicantes.
- Promover a utilização das ferramentas disponíveis ao nível nacional ou da UE que possibilitam e incentivam os cidadãos ou as empresas a denunciarem casos de colusão, especialmente mecanismos de denúncia de irregularidades ou programas de clemência.
- Possibilitar o acesso das autoridades às informações de que necessitam para o desempenho das suas funções no tratamento de casos suspeitos de colusão, incluindo permitir: i) o acesso das suas autoridades da concorrência às bases de dados de contratação eletrónica e ii) a troca de informações disponíveis entre as autoridades responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência.
- Impor às autoridades adjudicantes a obrigação de informarem as suas autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência dos casos em que tenham excluído um operador económico por suspeita de colusão.
- Criar uma base de dados nacional dos casos de exclusão de operadores económicos por motivos de colusão, em conformidade com a legislação nacional e com os requisitos da UE e nacionais em matéria de proteção de dados.

ORIENTAÇÕES SOBRE A FORMA DE APLICAR O MOTIVO DE EXCLUSÃO POR COLUSÃO

- A Comunicação refere expressamente que a mesma consiste numa **opinião não juridicamente vinculativa da Comissão** sobre a forma de aplicar o motivo de exclusão, por colusão, previsto no artigo 38.º/7, al. e), da Diretiva 2014/23/UE (“Diretiva Concessões”); no artigo 57.º/4, al. d), da Diretiva 2014/24/UE (“Diretiva Sectores Clássicos”) e no artigo 80.º/1, da Diretiva 2014/25/UE (“Diretiva Sectores Especiais”).
- O motivo de exclusão com base na suspeita de conluio "atual" no artigo 57.º/4, al. d), da Diretiva 2014/24/UE é distinto (e compatível com) a possibilidade de excluir os infratores do direito da concorrência como operadores económicos «culpados de falta grave em matéria profissional», nos termos do artigo 57.º/4, alínea c).
- A exclusão deve ser possível para todos os tipos de comportamentos abrangidos pelo artigo 101.º do TFUE - nomeadamente, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, para além dos acordos
- O motivo de exclusão, por colusão, constitui um motivo facultativo para excluir operadores económicos, mas o **Legislador português, no âmbito da sua margem de transposição, configurou as práticas colusivas como causas de exclusão obrigatórias, nos termos do artigo 70.º/2, al. g) do CCP.**
- As Diretivas da Contratação Pública não exigem que uma Autoridade Adjudicante consulte a Autoridade Central responsável pelos contratos públicos ou a Autoridade da Concorrência **antes**

de decidir pela exclusão de um operador económico.

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO MOTIVO DE EXCLUSÃO POR COLUSÃO

- Nas Diretivas de Contratação Pública, a existência de práticas colusivas permite à Autoridade Adjudicante ponderar a exclusão de um proponente, bastando para tal que existam **«indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência».**
- Nos termos da Comunicação, a intenção do Legislador da UE terá sido permitir às Autoridades Adjudicantes apreciar, em cada caso, se são cumpridas as condições para excluir um proponente por colusão.
- A Autoridade Adjudicante deve realizar uma apreciação concreta e individualizada do operador económico, independente de decisões anteriores tomadas por outras Autoridades, **e sem prejuízo do direito de o operador de pôr em prática medidas de «limpeza automática».**

“INDÍCIO SUFICIENTEMENTE PLAUSÍVEL”

- Aspectos que a Autoridade Adjudicante pode avaliar para aferir a existência de *“indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência”*:
- O comportamento global no mercado dos proponentes que participam no concurso (por exemplo, proponentes que nunca apresentam propostas no mesmo processo de adjudicação,

proponentes que apenas apresentam propostas em determinadas regiões ou proponentes que parecem revezar-se na participação em processos de adjudicação);

- O texto das propostas (por exemplo, erros ortográficos ou formulações repetidas em propostas diferentes, ou comentários mantidos por lapso no texto da proposta e que indiciam um conluio entre proponentes);
- Os preços propostos no processo de adjudicação (por exemplo, proponentes que oferecem um preço mais alto do que noutros concursos semelhantes ou que oferecem preços demasiado elevados ou baixos);
- Pormenores de ordem administrativa (por exemplo, propostas apresentadas por um mesmo representante comercial);
- O facto de um proponente já ter celebrado um contrato de subcontratação com outro proponente no mesmo processo, ou ter pré-encomendado material necessário para executar o contrato em questão muito antes de a avaliação dos proponentes estar concluída.
- Ao avaliar a idoneidade ou fiabilidade de um proponente, nos termos do artigo 57.º/4, al. d) da Diretiva 2014/24/UE (“Diretiva *Sectores Clássicos*”), a Autoridade Adjudicante tem o direito de ter em conta qualquer facto que indicie um comportamento anticoncorrencial por parte desse proponente, independentemente de ocorrer no contexto de um procedimento de adjudicação pendente ou de outro procedimento, anterior ou atual.
- As Autoridades Adjudicantes podem, ao avaliar a fiabilidade de um proponente no âmbito do

processo pendente, ter em conta uma decisão anterior adotada por outra Autoridade Adjudicante que tenha excluído o operador de um processo de adjudicação, ou uma decisão adotada por uma autoridade da concorrência ou um acórdão de um órgão jurisdicional nacional, pelo qual o operador ou um membro da sua direção ou do seu pessoal tenha sido condenado por colusão no contexto de processos de adjudicação anteriores.

- Todavia, a participação do operador num caso anterior de colusão não constitui, por si só, um motivo para o excluir de um processo de adjudicação pendente.
- Se um operador económico não comunicar à Autoridade Adjudicante as informações requeridas, para verificar a ausência de motivos de exclusão, a autoridade tem o direito, nos termos do artigo 57.º/4, al. h) da Diretiva 2014/24/UE (“Diretiva *Sectores Clássicos*”), de excluir esse operador do processo de adjudicação.

CASOS DE EMPRESAS FILIADAS QUE PARTICIPAM NO MESMO PROCESSO DE ADJUDICAÇÃO

- Direito de os operadores demonstrarem a sua independência na apresentação de propostas.
- A Autoridade Adjudicante deve **abster-se de fazer suposições de carácter geral, com exclusões automáticas**.
- Deve ser concedido aos operadores a possibilidade de comprovar, através dos meios de prova que estes considerem adequados, que as suas propostas são independentes e não prejudicam a transparência nem distorcem a concorrência no processo de adjudicação.

- Tais provas podem incluir, por exemplo, factos que demonstrem que as propostas respetivas foram redigidas de forma independente, que pessoas diferentes estiveram envolvidas na sua preparação.

APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS CONJUNTAS (AGRUPAMENTOS) E SUBCONTRATAÇÃO

- Deve existir um equilíbrio entre a necessidade de evitar riscos para a concorrência, através da apresentação de propostas conjuntas, e de respeitar o direito dos operadores a apresentar propostas conjuntamente (v.g., artigo 2.º/1, ponto 10, artigo 19.º/2 e artigo 63.º/1 da Diretiva *Sectores Clássicos*).
- Avaliação cuidada dos casos em que um subcontratante indicado poderia facilmente ter participado por sua própria iniciativa no processo de adjudicação e executado o contrato de forma independente.

DIREITO DE OS OPERADORES DEMONSTRAREM A SUA FIABILIDADE:

- A Diretiva não especifica se as explicações ou medidas de «*limpeza automática*» são fornecidas pelo proponente por iniciativa própria ou a pedido da Autoridade Adjudicante.
- Na falta de uma disposição explícita do artigo 57.º/7 (“Diretiva *Sectores Clássicos*”) [e que também se verifica em Portugal no CCP], a Comunicação refere que compete aos Estados-

Membros determinar se as autoridades adjudicantes devem requerer aos operadores a apresentação de explicações antes de adotarem uma decisão ou se essa possibilidade deve ser deixada à iniciativa do operador [embora tudo indique que os operadores económicos devam explicitar as medidas de “*limpeza automática*” adotadas logo na apresentação do DEUCP].

- Durante um procedimento de adjudicação, a autoridade adjudicante aprecia quaisquer medidas de «*limpeza automática*» postas em prática por um operador que tenha atuado em colusão com outros operadores no passado, tomando em consideração quaisquer provas fornecidas por esse operador. A autoridade adjudicante deve avaliar as provas fornecidas pelo operador de forma proporcionada, ou seja, tendo em conta a gravidade e as circunstâncias particulares do caso concreto, bem como as medidas específicas tomadas pelo operador para restabelecer a sua fiabilidade.
- Se a autoridade adjudicante concluir que as medidas apresentadas pelo operador económico não são suficientes para demonstrar a idoneidade deste, terá de aduzir as razões para essa decisão.

Esta Newsletter destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas, não devendo a informação nela contida ser usada para qualquer outro fim ou reproduzida, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização da SRS. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte-nos: srsglobal@srslegal.pt

