



**DIRETRIZES PARA
COMBATER O CONLUÍO
ENTRE CONCORRENTES
EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

FEVEREIRO 2009

1. INTRODUÇÃO

A apresentação de propostas em conluio (ou a concertação de propostas) ocorre quando os proponentes, em vez de competirem, como seria de se esperar, conspiram secretamente para aumentar os preços ou baixar a qualidade dos bens e serviços para compradores que desejem adquirir produtos ou serviços por meio de concursos, licitações ou leilões. Os organismos públicos e privados contam muitas vezes com um processo de concursos e leilões competitivo para realizar bons negócios. Preços baixos e/ou melhores produtos são desejáveis porque permitem que os recursos sejam economizados ou liberados para serem utilizados na aquisição de outros bens ou serviços. O processo competitivo só pode atingir preços mais baixos ou uma melhor qualidade e inovação quando as empresas competem genuinamente (i.e. estabelecem os seus termos e condições de forma honesta e independente). A concertação de propostas pode ser particularmente prejudicial quando afeta a contratação pública.¹ Tais conluios retiram recursos dos adquirentes e contribuintes, diminuem a confiança do público no processo competitivo, e enfraquecem os benefícios de um mercado competitivo.

O conluio entre concorrentes é uma prática ilegal em todos os países da OCDE e pode ser investigada e punida ao abrigo das leis e regras da concorrência. Em alguns países da OCDE, o conluio entre concorrentes constitui ainda uma infração penal.

2. FORMAS MAIS COMUNS DE CONLUIO ENTRE CONCORRENTES

As conspirações entre licitantes podem assumir diversas formas, sendo que qualquer delas impede os esforços dos responsáveis pelas aquisições – frequentemente governos locais e nacionais – de obterem produtos e serviços ao mais baixo preço possível. Frequentemente, os concorrentes definem quem vai apresentar a proposta para ser adjudicada através de um processo licitatório. Um objetivo comum numa conspiração de concertação de propostas é o aumento do valor da proposta vencedora e, conseqüentemente, do lucro dos proponentes escolhidos.

Os esquemas de cartel em licitações frequentemente incluem mecanismos de partilha e distribuição entre os conspiradores dos lucros adicionais obtidos através da contratação por preço final mais elevado. Por exemplo, os concorrentes que combinam não apresentarem propostas ou apresentarem propostas para perder podem ser subcontratados ou obter contratos de fornecimento do concorrente cuja proposta foi adjudicada, de forma a dividir com este os lucros obtidos através da proposta com o preço mais elevado, alcançados de forma ilegal. Contudo, os cartéis em licitações podem a longo prazo utilizar métodos muito mais elaborados de obtenção de adjudicações de contratos, de monitorização e de divisão dos lucros do conluio durante meses ou anos. O conluio entre concorrentes pode também incluir pagamentos em dinheiro feitos pelo detentor da proposta adjudicada a um ou mais dos conspiradores. Este

¹ Nos países da OCDE, os contratos públicos constituem aproximadamente 15% do PIB. Em muitos países que não são membros da OCDE a percentagem é ainda mais elevada. Ver OCDE, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007.

chamado pagamento compensatório é também por vezes associado a empresas que submetem propostas “fictícias” (ou “de cobertura” - mais elevadas).²

Apesar de os indivíduos e empresas poderem entrar em acordo para implementar esquemas de conluio numa variedade de formas, costumam ser utilizadas, concomitantemente, uma ou mais de várias estratégias comuns. Estas técnicas não são mutuamente exclusivas. Por exemplo, as propostas de cobertura podem ser utilizadas em conjunto com o esquema de propostas rotativas (ou “rodízio”). Estas estratégias podem resultar em padrões que os responsáveis pela contratação podem detectar, podendo então ajudar a revelar esquemas de conluio.

- **Propostas Fictícias ou de Cobertura.** As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.
- **Supressão de propostas.** Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceite. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.
- **Propostas Rotativas ou Rodízio.** Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.
- **Divisão do Mercado.** Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel.

² Em muitos casos o pagamento compensatório é facilitado pela utilização de facturas falsas para trabalhos subcontratados. Na verdade, estes trabalhos não são realizados e as facturas são falsas. Contratos de consultoria fraudulentos também podem ser empregados para este fim.

3. CARACTERÍSTICAS DOS SETORES, PRODUTOS E SERVIÇOS QUE PODEM AJUDAR A MANTER O CONLUIO.

Para conseguirem implementar um acordo de conluio, as empresas têm de definir um plano de ação comum para o implementar, vigiar se outras empresas estão a cumpri-lo, e estabelecer uma forma de punir as empresas que não o acatem. Apesar de o conluio entre concorrentes poder ocorrer em qualquer setor econômico, em alguns setores a probabilidade de tal vir a ocorrer é maior, tendo em conta as características específicas dos setores ou produtos envolvidos. Estas características podem favorecer os esforços das empresas em efetuar propostas concertadas. Os indicadores de concertação de propostas, que são discutidos infra, podem ser mais significativos se outros fatores relevantes estiverem igualmente presentes. Nestes casos, os responsáveis pelas aquisições públicas devem estar especialmente vigilantes. Apesar de se ter chegado à conclusão de que diversas características dos sectores ou produtos podem facilitar o conluio, não é necessário que todas se verifiquem para que as empresas sejam bem sucedidas em esquemas de conluio.

- *Pequeno número de empresas.* É mais frequente ocorrer a concertação de propostas quando um pequeno número de empresas fornece o bem ou serviço. Quanto menor o número de fornecedores, mais fácil será para estes chegarem a um acordo quanto às propostas.
- *Nível reduzido ou nulo de entradas no mercado.* Quando empresas entraram recentemente no mercado ou quando for pouco provável que tal aconteça porque a entrada no mercado é dispendiosa, difícil ou morosa, as empresas que já operam no mercado estão protegidas da pressão competitiva de potenciais novos concorrentes. Esta barreira protetora ajuda a manter os esforços de um cartel.
- *Condições do mercado.* Mudanças significativas nas condições da procura ou oferta tendem a desestabilizar acordos de conluio em curso. Um fluxo de procura do setor público que seja constante e previsível tende a aumentar o risco de conluio. Simultaneamente, os períodos de crise e incerteza econômica aumentam os incentivos para a formação de cartéis, ante a intenção das empresas de repor, com lucros fraudulentos, os negócios perdidos pela crise.
- *Associações Comerciais/Associações de classe.* As associações de classe, bem como sindicatos patronais,³ podem ser utilizadas como um mecanismo legítimo e favorável à concorrência pelos membros de um setor econômico para promover a qualidade, a inovação e a concorrência. Pelo contrário, quando subvertidas com intuítos ilegais e anticoncorrenciais, estas associações podem ser utilizadas pelas empresas para se encontrarem e ocultarem as suas discussões sobre as formas e meios de alcançar e implementar um acordo de cartel.
- *Propostas Recorrentes/Licitações Frequentes.* As aquisições recorrentes de um bem ou serviço aumentam as probabilidades de conluio entre concorrentes. A frequência com que licitações são apresentadas ajuda os membros de um acordo de cartel a distribuir entre si os contratos. Além disso, os membros de um cartel podem punir a empresa que não cumprir

3 As associações sectoriais ou comerciais são constituídas por indivíduos e empresas com interesses comerciais comuns, que se unem para promover os seus objectivos comerciais ou profissionais.

o acordo ficando com as propostas que originalmente lhe estavam atribuídas. Assim, as licitações de bens e serviços que são frequentes e recorrentes exigem meios e vigilância especiais que desencorajem propostas em conluio.

- *Produtos ou serviços idênticos ou simples.* Quando os produtos ou serviços oferecidos pelos indivíduos ou empresas são idênticos ou muito parecidos, torna-se mais fácil para eles chegarem a um acordo sobre uma estrutura de preços comum.
- *Nível reduzido ou nulo de alternativas.* Quando o mercado dispõe de poucos produtos ou serviços alternativos de qualidade que possam substituir o produto ou serviço que está a ser adquirido, ou quando essas alternativas não existem no mercado, os indivíduos e empresas que pretendem atuar em conluio ficam mais seguros por saber que o responsável pelas aquisições tem poucas ou nenhuma alternativa e assim os seus esforços para aumentar os preços têm mais probabilidades de serem bem sucedidos.
- *Nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica.* Quando a inovação do produto ou serviço em questão é reduzida ou nula, as empresas chegam mais facilmente a um acordo e o mantêm ao longo do tempo.

LISTA DE QUESTÕES A CONSIDERAR NA ELABORAÇÃO DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA REDUZIR OS RISCOS DE CONLUÍO ENTRE CONCORRENTES

Existem diversos passos que os órgãos públicos podem tomar para promover uma concorrência efetiva na contratação pública e reduzir o risco de propostas concertadas. Os responsáveis pela contratação pública devem considerar a adoção das seguintes medidas:

1. OBTER INFORMAÇÃO ANTES DE ESTRUTURAR A CONTRATAÇÃO PÚBLICA / EDITAL

A melhor forma de elaborar um processo de contratação pública no sentido de conseguir a proposta economicamente mais vantajosa consiste em recolher dados sobre a variedade de produtos e/ou serviços disponíveis no mercado que preencham os requisitos do adquirente, bem como informações sobre os potenciais fornecedores destes produtos. Devem ser estabelecidas, o mais rápido possível, equipes internas de especialistas. É igualmente necessário:

- Levar em consideração as características do mercado no qual as aquisições são efetuadas e as atividades e tendências recentes do setor que possam afetar a competitividade na contratação.
- Determinar se o mercado em consideração tem características que tornem mais provável o conluio entre concorrentes¹.
- Recolher informação sobre os fornecedores potenciais, os seus produtos, preços e custos. Se possível, comparar preços praticados em transações entre empresas privadas (B2B)².
- Recolher informação sobre alterações recentes de preços. Devem ser obtidos dados sobre os preços nas zonas geográficas vizinhas, bem como sobre preços de produtos alternativos possíveis.
- Recolher informação sobre contratações anteriores para os mesmos produtos ou semelhantes.
- Estabelecer uma colaboração com outros adquirentes do setor público e com clientes que tenham recentemente adquirido produtos ou serviços semelhantes para melhor compreender o funcionamento do mercado e os seus participantes.
- No caso de se recorrer ao apoio de consultores externos para se estimarem preços e custos, garantir que estes assinem acordos de confidencialidade.

¹ Ver “Características dos setores, produtos e serviços que podem ajudar a manter o conluio” supra.

² Business-to-Business (B2B) é um termo utilizado normalmente para descrever transações comerciais eletrônicas (e-commerce) entre empresas.

2. ESTRUTURAR A CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE FORMA A MAXIMIZAR A PARTICIPAÇÃO POTENCIAL DE CANDIDATOS QUE GENUINAMENTE CONCORRAM ENTRE SI

A concorrência efetiva pode ser fomentada se um número suficiente de concorrentes viáveis tiver a possibilidade de apresentar as suas propostas e tiver um incentivo para competir pelo contrato. Por exemplo, a participação num processo de contratação pública pode ser facilitada se os responsáveis reduzirem os custos de participação, estabelecerem requisitos de participação que não limitem indevidamente a concorrência, permitirem que empresas de outras regiões e países participem, ou descobrirem formas de incentivar as pequenas empresas a participar mesmo que não possam apresentar propostas para a totalidade do contrato. Nesse sentido, é necessário:

- Evitar restrições supérfluas que possam reduzir o número de concorrentes qualificados, estabelecendo requisitos mínimos proporcionais à dimensão e ao conteúdo do contrato e não impondo condições mínimas que criem obstáculos à participação no certame, tais como a definição da dimensão, composição e natureza das empresas que podem apresentar propostas.
- Não esquecer que a exigência de garantias monetárias elevadas como condição para concorrer pode impedir que os pequenos concorrentes, que de outra forma estariam qualificados, apresentem propostas. Se possível, deve garantir-se que os valores sejam impostos a um nível que permita atingir o objetivo pelo qual se exige a garantia.
- Sempre que possível, reduzir as limitações à participação estrangeira nos concursos.
- Na medida do possível, qualificar os concorrentes durante o processo de contratação pública, de forma a evitar grupos pré-qualificados e aumentar a incerteza entre as empresas quanto ao número e identidade dos concorrentes. Deve também ser evitado um longo período de tempo entre a qualificação dos concorrentes e a adjudicação, que pode facilitar o conluio.
- Reduzir os custos de preparação da proposta, o que pode ser atingido de diversas formas:
 - Simplificando os procedimentos de contratação ao longo do tempo e para diversos tipos de bens (por exemplo, utilizando os mesmos tipos de formulários, pedindo o mesmo tipo de informação, etc.).³
 - Juntando contratações (i.e. diferentes projetos de aquisição) para distribuir os custos fixos de preparação das propostas.
 - Mantendo listas oficiais de adjudicatários aprovados ou certificados por órgãos oficiais de certificação.

³ A simplificação da preparação da proposta não deve contudo impedir que os órgãos públicos procurem constantemente melhorar os processos de contratação pública (escolha da modalidade de processo, quantidades adquiridas, calendário, etc.).

- Concedendo prazos adequados para as empresas prepararem e apresentarem as suas propostas. Por exemplo, considerar a hipótese de publicar projetos em preparação, com antecedência, em publicações profissionais e de negócios, websites e revistas.
- Utilizando um sistema de contratação eletrônica, se possível.
- Sempre que possível, permitir propostas por lotes ou bens no âmbito do contrato, ou a combinação de ambas, em vez de aceitar apenas propostas sobre o contrato no seu todo.⁴ Por exemplo, em contratos de maior dimensão, procurar partes do projeto que possam ser atrativas e apropriadas para as pequenas e médias empresas.
- Não desqualificar concorrentes de contratações futuras ou retirá-los imediatamente de uma lista de concorrentes se não tiverem conseguido apresentar uma proposta num certame recente.
- Ser flexível em relação ao número de empresas às quais se solicita uma proposta. Por exemplo, se um dos requisitos for a presença de 5 concorrentes mas são recebidas propostas de apenas 3, deve considerar-se a possibilidade de se obter um resultado competitivo dessas 3 empresas, em vez de se insistir em refazer o processo de contratação, o que provavelmente tornará demasiado claro que a concorrência é escassa.

3. DEFINIR CLARAMENTE OS REQUISITOS E EVITAR A PREVISIBILIDADE

A definição das especificações e atribuições é uma fase no processo de formação dos contratos públicos que é vulnerável a influências indevidas, fraude e corrupção. Tanto as especificações como as atribuições devem ser concebidas de forma a evitar influências e devem ser claras e abrangentes mas não discriminatórias. Devem, regra geral, estar centradas na execução, nomeadamente nos objetivos que se pretende atingir, em vez da forma como tais objetivos são atingidos. Isso encoraja soluções inovadoras e economicamente mais vantajosas. A forma como os requisitos da contratação são redigidos afeta o número e tipo de fornecedores que serão atraídos para o mesmo, afetando desta forma o desenlace do processo de seleção. Quanto mais claros forem os requisitos, mais facilmente serão compreendidos pelos fornecedores, e maior será a confiança destes na preparação e apresentação das propostas. A transparência não deve ser confundida com previsibilidade. Quando os calendários de contratação são previsíveis e as quantidades de compra e venda se mantêm inalterados, o surgimento de cartéis é facilitado. Por outro lado, preços mais elevados e oportunidades de contratação menos frequentes podem aumentar os incentivos das empresas para concorrer. Torna-se necessário:

- Definir os requisitos de contratação da forma mais clara possível. As especificações devem ser verificadas de forma independente antes do lançamento do edital para assegurar que podem ser claramente compreendidas. Deve evitar dar-se margem a que os fornecedores definam termos chave depois da adjudicação.

⁴ Os compradores públicos também devem estar alerta para o facto de que, se implementados incorretamente, (e.g. de uma forma facilmente previsível), a técnica dos 'contratos fracionados' pode dar aos conspiradores uma oportunidade de mais facilmente distribuir contratos entre si.

- Utilizar especificações de desempenho e expor o que é efetivamente requerido, em vez de fornecer uma descrição do produto.
- Evitar avançar para a fase de publicação do edital enquanto o contrato ainda se encontra na fase inicial de elaboração: uma definição clara do que é necessário é a chave para uma boa contratação. Nas raras circunstâncias em que isso for inevitável, deve solicitar-se aos concorrentes que apresentem preços por unidade. Este valor pode depois ser aplicado assim que se souberem as quantidades necessárias.
- Sempre que possível, definir as especificações permitindo produtos alternativos ou descrevendo os termos de desempenho e requisitos funcionais. Se houver fontes de fornecimento alternativas ou inovadoras, o conluio torna-se mais difícil.
- Evitar a previsibilidade dos requisitos do contrato: pode considerar-se a hipótese de agregar ou desagregar os contratos de forma a variar a dimensão e prazos das propostas.
- Trabalhar em conjunto com demais organismos do setor público organizando aquisições conjuntas.
- Evitar apresentar contratos com valores idênticos que possam facilmente ser partilhados entre concorrentes.

4. ELABORAR O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DE FORMA A REDUZIR EFICAZMENTE A COMUNICAÇÃO ENTRE CONCORRENTES

Ao elaborar um processo de contratação pública, os responsáveis pelas aquisições devem estar conscientes dos diversos fatores que podem facilitar o conluio. A eficiência do processo vai depender do modelo de contratação adotado, mas também da forma como o concurso é concebido e levado a cabo. Os requisitos de transparência são indispensáveis para um processo correto, que contribua no combate a corrupção. Estes requisitos devem ser respeitados de uma forma equilibrada, a fim de não facilitar o conluio com a disseminação de informações para além dos requisitos legais. Infelizmente, não existe uma regra única sobre a concepção de um leilão, concurso ou licitação. As propostas têm de ser concebidas em função da situação existente e, sempre que possível, devem ser consideradas as seguintes questões:

- Convidar os fornecedores interessados para dialogar com a entidade pública responsável pela contratação sobre as especificações técnicas e administrativas do potencial certame. Contudo, deve evitar-se juntar potenciais fornecedores em encontros regulares previamente ao lançamento do edital ou anúncio.
- Limitar tanto quanto possível a comunicação entre os concorrentes durante o processo de contratação (licitação ou concurso)⁵. As propostas abertas permitem a comunicação e a transmissão de informações e sinais entre os concorrentes. A exigência de apresentação pessoal das propostas permite que as empresas comuniquem entre si e concluam acordos

⁵ Por exemplo, se os concorrentes necessitarem de proceder a uma verificação do local, deve evitar-se juntar os concorrentes em simultâneo nas mesmas instalações.

de última hora. Estas situações podem ser evitadas, por exemplo, mediante a apresentação de propostas eletrônicas.

- Considerar cuidadosamente que tipo de informação deve ser disponibilizado aos concorrentes no momento do ato ou sessão pública de abertura das propostas.
- Ao publicar os resultados da contratação, deve ser ponderado o tipo de informação que deve ser publicado, evitando expor informações que são sensíveis para efeitos de concorrência, o que pode facilitar a formação de esquemas de conluio no futuro.
- Sempre que existir receio sobre possível conluio entre concorrentes devido às características do mercado ou do produto, deve recorrer-se, se possível, ao método de leilão por propostas confidenciais de melhor preço em vez do método de leilão com lances.
- Verificar se outros métodos de contratação pública além dos concursos ou licitações de fase única baseados fundamentalmente no preço podem obter um resultado mais eficiente. Os tipos alternativos de concurso podem incluir procedimentos de negociação direta⁶ e acordos-quadro.⁷
- Recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se baseiam numa cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos. Esses preços mínimos não devem ser publicados, antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública.
- Evitar que consultores externos conduzam o processo de contratação, uma vez que estes podem ter estabelecido relações de trabalho com concorrentes individuais. Pelo contrário, a experiência dos consultores deve ser utilizada para a descrição clara dos critérios/especificações, conduzindo-se internamente o procedimento de concurso.
- Sempre que possível, requerer que as propostas sejam preenchidas anonimamente (por exemplo, identificando os concorrentes com números ou símbolos) e permitir a submissão de propostas por telefone ou e-mail.
- Não divulgar ou limitar de forma desnecessária o número de concorrentes no processo de concurso.

⁶ Nos procedimentos por negociação a entidade adjudicante expõe um plano amplo e negocia com o concorrente os pormenores, chegando assim a um preço.

⁷ Nos acordos-quadro, o adjudicante pede a um número elevado de empresas, por exemplo 20, para submeter os detalhes das suas qualificações em termos de fatores qualitativos como experiência, capacidade de segurança, etc., selecionando em seguida um número reduzido, por exemplo 5 concorrentes, para integrar o acordo-quadro. Os contratos subsequentes são então adjudicados essencialmente de acordo com as qualificações ou podem ser objeto de futuras “mini” concursos, cada concorrente submetendo um preço pelo contrato.

- Exigir aos proponentes que divulguem todas as comunicações com os concorrentes. Deve considerar-se a hipótese de requerer que os concorrentes assinem uma Declaração de Independência de Proposta.⁸
- Exigir que os concorrentes revelem claramente se pretendem subcontratar outras empresas, já que a subcontratação pode ser um meio para dividir lucros entre concorrentes em conluio.
- Uma vez que as propostas conjuntas (ou em consórcio) podem ser uma forma de partilhar lucros entre concorrentes em conluio, é necessário prestar atenção especial às propostas conjuntas apresentadas por empresas que já foram condenadas ou multadas pelas autoridades da concorrência por conluio. A prudência é necessária mesmo se o conluio ocorrer noutros mercados ou se as empresas envolvidas não tiverem capacidade para apresentar propostas separadas.
- Incluir no anúncio ou edital da contratação uma chamada de atenção para as sanções nacionais em matéria de conluio entre concorrentes, por exemplo, a suspensão temporária do direito de participar em contratações públicas durante um período de tempo, sanções específicas para os conspiradores que assinaram uma Declaração de Independência de Proposta, possibilidade de a entidade adjudicante solicitar uma indenização pelos prejuízos, e outras sanções ao abrigo da Lei da Concorrência.
- Indicar aos concorrentes que quaisquer alegações quanto a aumentos dos custos dos fatores de produção que levem a que o orçamento seja excedido serão cuidadosamente investigadas.⁹
- Se, durante o processo de contratação pública, for requisitado o apoio de consultores externos, deve assegurar-se que estes têm formação adequada, que assinem acordos de confidencialidade, e que preparem relatórios sempre que tenham conhecimento de comportamentos impróprios por parte dos concorrentes ou de algum conflito de interesses potencial.

5. SELECIONAR CUIDADOSAMENTE OS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO E ADJUDICAÇÃO DAS PROPOSTAS

Todos os critérios de seleção afetam a intensidade e a eficácia da concorrência num processo de contratação pública. A decisão de quais os critérios de seleção a utilizar não é importante apenas para o projeto em curso, mas também para manter uma base de concorrentes

⁸ Uma Declaração de Independência de Proposta obriga os concorrentes a revelarem todos os fatos materiais sobre quaisquer comunicações estabelecidas com outros concorrentes relativas à apresentação de propostas. De forma a desencorajar propostas falsas, fraudulentas ou concertadas, e assim eliminar a ineficácia e custos extra na contratação pública, os adjudicantes podem exigir que cada concorrente declare ou ateste que a proposta submetida é genuína, não é concertada, e é feita com a intenção de aceitar o contrato se lhe for adjudicado. Pode igualmente ser exigida a assinatura de um indivíduo com poderes para representar a sociedade e serem acrescentadas penalizações específicas para declarações fraudulentas ou incorretas.

⁹ O aumento dos custos durante a fase de execução do contrato deve ser verificado cuidadosamente uma vez que pode ser uma fachada para a corrupção e o suborno.

potencialmente viáveis que mantenham o interesse em concorrer em futuros projetos. Desse modo, é importante garantir que os critérios qualitativos de seleção e adjudicação sejam escolhidos de maneira a não desencorajar desnecessariamente os concorrentes viáveis, incluindo pequenas e médias empresas. É preciso:

- Pensar no impacto da escolha de critérios sobre a concorrência futura, ao definir o processo de contratação pública.
- Sempre que os concorrentes são avaliados com base em critérios para além do preço (por exemplo, qualidade dos produtos, serviços pós-venda, etc.), tais critérios devem ser prévia e devidamente descritos e ponderados, de forma a evitar problemas após a adjudicação. Quando utilizados de forma adequada, estes critérios podem recompensar a inovação e medidas de corte de custos, além de promoverem preços competitivos. A medida pela qual estes critérios de seleção são dados a conhecer ao público antes do fecho das propostas pode afetar a capacidade de os concorrentes coordenarem as suas propostas.
- Evitar qualquer tipo de tratamento especial para determinadas classes ou tipos de fornecedores.
- Não favorecer as empresas já estabelecidas.¹⁰ Os meios que garantem tanto quanto possível o anonimato ao longo do processo de contratação podem compensar as vantagens dessas empresas.
- Não dar demasiada importância aos registos de desempenho prévio. Sempre que possível, será útil ter em conta outras experiências relevantes.
- Evitar dividir os contratos entre fornecedores com propostas idênticas. Devem ser investigadas as razões que geram a semelhança das propostas e, se necessário, considerar a hipótese de relançar o processo ou adjudicar o contrato a um único fornecedor.
- Investigar os preços ou as propostas caso não façam sentido, porém nunca discutindo esses temas com os concorrentes em conjunto.
- Sempre que possível, e de acordo com as exigências legais que regem a notificação de adjudicações, manter confidenciais os termos e condições das propostas de cada empresa. Todos os envolvidos no processo contratual (por exemplo, preparação, estimativas, etc.) deverão ser alertados para a necessidade de uma confidencialidade rigorosa.
- Reservar o direito de não adjudicar o contrato se houver suspeitas de que o resultado do concurso não é competitivo.

¹⁰ As empresas idas são as que fornecem atualmente os bens ou serviços à administração pública e cujo contrato está a chegar ao fim.

6. AUMENTAR A CONSCIÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS QUANTO AOS RISCOS DE CONLUIO ENTRE CONCORRENTES

A formação profissional é importante para consolidar a percepção dos funcionários públicos quanto a questões relativas à concorrência em contratações públicas. Os esforços para combater o conluio entre concorrentes em certames podem ser alicerçados na coleta de informação sobre o comportamento dos concorrentes em certames anteriores, pela supervisão atenta da participação dos concorrentes, e pela realização de análises sobre os dados das propostas. Isto pode ajudar os responsáveis pelas aquisições (e as autoridades da concorrência) a identificar as situações problemáticas. Deve ter-se em atenção que cartéis atuantes em contratações públicas podem não ser evidentes a partir dos resultados de um simples processo de contratação. O esquema de conluio só é muitas vezes revelado após o exame dos resultados de diversos certames durante um determinado período de tempo. É importante neste contexto:

- Implementar programas de formação contínua dos funcionários das entidades adjudicantes sobre os temas de cartéis em contratações públicas e da detecção de cartéis, com a ajuda da autoridade da concorrência ou de consultores legais externos.
- Reunir informação sobre as características de processos de contratação anteriores (por exemplo, mantendo dados sobre os produtos adquiridos, a proposta de cada participante e a identidade do adjudicatário).
- Rever periodicamente o histórico das propostas para determinados produtos e serviços e tentar discernir padrões suspeitos, especialmente em setores suscetíveis ao conluio.¹¹
- Adotar a política de rever periodicamente as propostas selecionadas.
- Levar a cabo verificações comparativas entre listas de empresas que manifestaram interesse e empresas que de fato submeteram propostas para identificar possíveis tendências, tais como desistências e subcontratações.
- Entrevistar proponentes que já não concorrem a contratos públicos e proponentes cujas propostas não tenham sido bem sucedidas.
- Estabelecer um mecanismo de reclamação para que as empresas possam transmitir as suas preocupações relacionadas com a concorrência. Por exemplo, deve ser identificado claramente o funcionário ou órgão a quem as reclamações devem ser apresentadas (fornecendo os respectivos contatos) e assegurado um grau apropriado de confidencialidade.
- Utilizar mecanismos, tal como o sistema de denúncia, para obter informações das empresas e seus empregados sobre esquemas de conluio. Pode considerar-se a hipótese de se convidarem as empresas, através dos meios de comunicação, a fornecer informações às autoridades sobre potenciais cartéis.

¹¹ Ver “Características dos setores, produtos e serviços que podem ajudar a manter o conluio” supra.

- Obter informações sobre a política nacional de clemência ou leniência,¹² se for o caso, avaliar se as regras de suspensão de participação em contratações públicas em caso de conluio entre licitantes está de acordo com a política de imunidade.
- Estabelecer procedimentos internos que encorajem ou exijam que os funcionários relatem quaisquer comportamentos ou declarações suspeitas às autoridades da concorrência, bem como ao departamento interno de auditoria e controle da entidade adjudicante, bem como incentivos que encorajem os funcionários a fazê-lo.
- Estabelecer relações de cooperação com a autoridade da concorrência (por exemplo, criando um mecanismo de comunicação, e listando as informações que devem ser fornecidas por entidades adjudicantes à autoridade de defesa da concorrência etc.).

¹²

Este tipo de política concede geralmente imunidade do processo legal de investigação de práticas anticoncorrenciais ou isenção de sanção à parte no processo que a requeira em primeiro lugar e que admita o seu envolvimento em determinadas atividades de cartel, incluindo esquemas de conluio entre participantes de processo de contratação pública, e concorde em cooperar com a investigação da autoridade de concorrência.

LISTA DE QUESTÕES A CONSIDERAR PARA DETECTAR CONLUÍO ENTRE PARTICIPANTES DE PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Pode tornar-se muito difícil detectar acordos de cartel uma vez que estes costumam ser negociados secretamente. Contudo, em setores nos quais o conluio é comum, os fornecedores e adquirentes podem ter conhecimento de conspirações de conluio de longa duração. Em diversos setores, é necessário procurar pistas tais como padrões incomuns de propostas e preços, ou algo que o proponente diz ou faz. É necessário prestar muita atenção durante todo o processo de contratação pública, bem como durante a fase prévia de pesquisa de mercado.

1. PROCURAR POR INDÍCIOS E PADRÕES NA FASE DA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

Alguns padrões e práticas de apresentação de propostas parecem estar em desacordo com as regras de um mercado competitivo e sugerem a possibilidade de concertação. Devem verificar-se padrões estranhos na forma como as empresas concorrem e a frequência com que ganham ou perdem nas contratações públicas. A subcontratação e acordos ocultos de cooperação entre empresas podem igualmente levantar suspeitas. Alguns indícios que podem ser destacados são:

- A proposta mais baixa é frequentemente do mesmo fornecedor.
- Existe uma distribuição geográfica das propostas vencedoras. Algumas empresas apresentam propostas que vencem apenas em algumas zonas geográficas.
- Os fornecedores habituais não apresentam propostas para um processo de contratação no qual seria de esperar que o fizessem, mas continuam a concorrer em outros processos.
- Alguns fornecedores retiram-se inesperadamente do concurso ou da licitação.
- Determinadas empresas sempre apresentam propostas mas nunca são bem sucedidas.
- As empresas parecem ganhar os concursos de forma alternada.
- Duas ou mais empresas apresentam uma proposta conjunta apesar de pelo menos uma delas ter capacidade para apresentar uma proposta independente.
- O concorrente vencedor subcontrata reiteradamente os demais concorrentes.
- O concorrente vencedor não aceita a adjudicação do contrato, vindo posteriormente a descobrir-se que foi subcontratado.
- Os concorrentes encontram-se socialmente e têm reuniões pouco antes da apresentação de propostas.

2. PROCURAR POR INDÍCIOS EM TODOS OS DOCUMENTOS APRESENTADOS

Podem ser encontrados indícios de conluios nos diversos documentos apresentados pelas empresas. Mesmo que as empresas que integrem um acordo de cartel procurem manter o segredo, o descuido, a prepotência ou a culpa por parte dos conspiradores podem fornecer pistas que levem à sua descoberta. Devem ser comparados cuidadosamente todos os documentos para se encontrarem elementos que sugiram que as propostas foram preparadas pela mesma pessoa ou preparadas em conjunto, tais como:

- Erros semelhantes nos documentos ou cartas de proposta apresentadas por empresas diferentes, tais como erros de ortografia.
- As propostas de empresas diferentes apresentam caligrafia ou tipo de letra semelhantes, ou utilizam formulários ou papel timbrado similares.
- Os documentos da proposta de um concorrente fazem referência expressa às propostas de outros concorrentes ou utilizam o cabeçalho ou número de fax de outro concorrente.
- As propostas de empresas diferentes contêm erros de cálculo semelhantes.
- As propostas de empresas diferentes contêm um número significativo de estimativas semelhantes de custo de certos produtos.
- Os envelopes de empresas diferentes têm carimbos postais ou marcas de registro postal semelhantes.
- Os documentos de proposta de diferentes empresas sugerem inúmeros ajustes de última hora, tais como a utilização do corretor ou outras alterações físicas.
- Os documentos de proposta apresentados por empresas diferentes contêm menos detalhes do que seria necessário ou esperado, ou dão outras indicações de que não são genuínas.
- Os concorrentes apresentam propostas semelhantes ou os preços apresentados pelos concorrentes aumentam de forma regular.

3. PROCURAR POR INDÍCIOS E PADRÕES RELACIONADOS COM O ESTABELECIMENTO DE PREÇOS

Os preços das propostas podem ajudar a descobrir situações de conluio. Devem procurar-se padrões que sugiram que as empresas podem estar a coordenar os seus esforços, como aumentos de preços que não podem ser explicados por aumentos dos custos. Quando as propostas vencidas têm preços muito mais elevados do que a vencedora, os conspiradores podem estar utilizando um esquema de propostas fictícias ou de cobertura. Uma prática comum nos esquemas de proposta de cobertura consiste em o concorrente que a apresenta adicionar 10% ou mais ao valor da proposta mais baixa. Os preços que são mais elevados do que as estimativas de custos, ou do que propostas anteriores para contratações semelhantes, podem igualmente indicar práticas colusivas. Os seguintes comportamentos podem dar margem a suspeitas:

- Os concorrentes aumentam os preços ou as faixas de preços de forma súbita e idêntica, situação que não pode ser explicada pelo aumento dos custos.
- Descontos ou abatimentos previsíveis desaparecem inesperadamente.
- A apresentação de preços idênticos pode ser preocupante especialmente quando ocorrer uma das seguintes situações:
 - Os preços dos fornecedores mantiveram-se inalterados durante um longo período de tempo,
 - Os preços dos fornecedores eram anteriormente diferentes entre si,
 - Os fornecedores aumentam o preço sem que tal seja justificado pelo aumento dos custos, ou
 - Os fornecedores eliminam os descontos, especialmente num mercado onde estes sempre foram concedidos.
- Há uma grande diferença entre o preço de uma proposta adjudicada e as restantes.
- A proposta de um determinado fornecedor para um contrato em particular é muito mais elevada do que a proposta do mesmo fornecedor para um contrato semelhante.
- Há reduções significativas em relação aos níveis de preços praticados anteriormente depois de uma proposta de um novo concorrente ou de um fornecedor que não é habitual, o que pode indicar que o novo fornecedor desestabilizou um cartel para fraudar contratações públicas.
- Os fornecedores locais propõem preços de entrega mais elevados para destinos locais do que para destinos mais afastados.
- Empresas locais e não locais especificam custos de transporte semelhantes.
- Apenas um concorrente contacta os grossistas/atacadistas para obter informação sobre preços antes de apresentar a sua proposta.
- Características inesperadas de propostas públicas num leilão, seja eletrónico ou não - tais como licitações que incluem números pouco usuais onde seria de se esperar números redondos de centenas ou de milhares - podem indicar que os licitantes estão a utilizar as próprias propostas como veículo de conluio, comunicando informações ou indicando preferências.

4. ESTAR SEMPRE ALERTA PARA DECLARAÇÕES SUSPEITAS

Nas relações com os fornecedores é necessário estar atento a declarações suspeitas que sugiram que as empresas chegaram um acordo ou coordenam os seus preços e práticas de venda, tais como:

- Referências escritas ou faladas a acordos entre concorrentes.
- Declarações em que os concorrentes justificam os seus preços olhando para “preços sugeridos pelo setor”, “preços padrão do mercado” ou “tabelas de preços do setor”.
- Declarações que indiquem que certas empresas não fornecem numa zona em particular ou a determinados clientes.
- Declarações que indiquem que uma área ou cliente “pertence” a outro fornecedor.
- Declarações que indiquem o conhecimento dos preços dos outros concorrentes, ou de detalhes das propostas, ou a antecipação do sucesso ou não de uma empresa num processo de contratação para o qual ainda não foram publicados os resultados.
- Declarações que indiquem que o fornecedor apresentou uma proposta de cobertura, de cortesia, complementar, figurativa, simbólica ou fictícia.
- Utilização da mesma terminologia por diversos fornecedores para explicar o aumento dos preços.
- Manifestação de questionamentos ou preocupações quanto à exigência de Declarações de Independência de Propostas, ou indicações de que, apesar de assinados (ou mesmo entregues sem assinatura), estes não são levados a sério.
- Carta de apresentação da proposta na qual o concorrente se recusa a cumprir algumas condições do edital ou se refere a discussões, provavelmente no âmbito de uma associação de classe.

5. ESTAR SEMPRE ALERTA PARA COMPORTAMENTOS SUSPEITOS

As entidades adjudicantes devem atentar para comentários sobre reuniões ou eventos nos quais os fornecedores possam ter a oportunidade para discutir preços, ou comportamentos que sugiram que uma empresa está a tomar determinadas medidas que só beneficiam outras empresas. As formas de comportamento suspeito podem incluir as seguintes:

- Os fornecedores reúnem-se em privado antes da apresentação das propostas, por vezes na proximidade do local onde as propostas serão apresentadas.
- Os fornecedores encontram-se socialmente com frequência ou parecem manter reuniões regulares.
- Uma empresa solicita os documentos do processo de contratação (edital, anuncio, anexos) para si e para outro concorrente.
- Uma empresa entrega a sua própria proposta e respectivos documentos juntamente com os de outro concorrente.
- Uma determinada empresa apresenta proposta mesmo sendo incapaz de concluir com sucesso o contrato.

- Uma empresa traz mais do que uma proposta para o ato público de abertura de propostas e escolhe aquela que vai apresentar depois de perceber (ou tentar perceber) quem são os outros concorrentes.
- Diversos concorrentes fazem perguntas semelhantes à entidade adjudicante ou apresentam pedidos ou elementos semelhantes.

6. UM AVISO SOBRE OS INDICADORES DE CONLUÍO

Os indicadores da existência de conluio descritos acima identificam numerosos padrões suspeitos de propostas e estabelecimento de preços, bem como declarações e comportamentos suspeitos. Não devem, no entanto, ser considerados como prova de que as empresas estão a empreender um cartel. Por exemplo, uma empresa pode não concorrer em uma determinada licitação ou concurso por estar demasiado ocupada para conseguir executar o trabalho. As propostas elevadas podem simplesmente refletir uma avaliação diferente do custo de um projeto. Contudo, quando forem detectados padrões suspeitos nas propostas ou na determinação dos preços, ou quando os funcionários ouvirem comentários estranhos ou notarem comportamentos peculiares, deve ser levada a cabo uma investigação sobre a possibilidade de conluio. Um padrão regular de comportamentos suspeitos durante um determinado período de tempo constitui indicador de possível conluio melhor do que indícios presentes em um único processo de contratação. Será útil manter cuidadosamente todas as informações para que possa ser estabelecido, com o tempo, um padrão de comportamento.

7. PASSOS QUE OS RESPONSÁVEIS PELA CONTRATAÇÃO DEVEM SEGUIR SE SUSPEITAREM DE CONLUÍO

Se houver suspeitas da existência de conluio entre licitantes, existem determinados passos que devem ser seguidos de forma a ajudar à sua descoberta e a neutralizá-la. A entidade adjudicante deve:

- Estar sempre a par da legislação aplicável a casos de cartéis em licitações.
- Não comentar as suas preocupações com participantes suspeitos.
- Guardar todos os documentos, incluindo os documentos das propostas, correspondência, envelopes etc.
- Manter registos detalhados de comentários ou comportamentos suspeitos, incluindo datas, quem esteve envolvido, quem esteve presente e o que ocorreu ou foi dito em concreto. Devem ser tomadas notas durante os acontecimentos ou enquanto ainda estão frescos na memória dos funcionários, de forma ser fornecida uma descrição exata do que aconteceu.
- Contatar as autoridades de defesa da concorrência relevantes.
- Ponderar se o processo de contratação pública deve continuar após consulta ao departamento jurídico.