

HÁ CONCORRÊNCIA E CONCORRÊNCIA EM CONTRATAÇÃO PÚBLICA – UMA PRIMEIRA ABORDAGEM À RECENTE COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA (2021/C 91/01)*

Joaquim Caimoto Duarte & Rui Mesquita Guimarães

INTRODUÇÃO

Na contratação pública, tradicionalmente, a *concorrência* é palavra de ordem. É certo que essa palavra de ordem surge predominantemente associada a uma das suas possíveis dimensões: o princípio da concorrência.

Existe, todavia, uma outra dimensão da *concorrência* na formação de contratos públicos: as práticas restritivas da concorrência, concretamente, no que respeita à concertação entre concorrentes (que sendo autónoma face à primeira, não é absolutamente indissociável). Portanto, como induz o título do presente texto, há concorrência e concorrência na contratação pública.

Interessa-nos no presente texto abordar esta última dimensão (das práticas restritivas da concorrência na contratação pública), que apesar do seu lastro histórico na legislação nacional¹ relativa a contratos públicos, apenas assoma-

* **Key-words:** European Commission information; Public procurement; Collusion; Bid-Rigging; Cooperation between national central procurement authorities and competition authorities; Exclusion of economic operators.

1 Na legislação nacional relativa a contratos públicos, a exclusão de propostas que assentem em atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência encontrava-se já prevista no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto (que alterou o Regime Jurídico das Empreitadas e Fornecimento de Obras Públicas) e no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março (que estabeleceu o regime de realização de despesas públicas com empreitadas de obras públicas e aquisição de serviços e bens, bem como o da contratação pública relativa à prestação de serviços, locação e aquisição de bens móveis), tendo perpassado para os diversos diplomas que lhes sucederam, estando atualmente previsto na al. g) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos.

ram nas mais recentes Diretivas da União subordinadas ao tema² – até então, como referido pela Comissão, objeto de tratamento por aplicação do artigo 101.º do TFUE.

Com efeito, a crescente perceção da relevante representatividade do mercado público, designadamente pelo significativo volume financeiro que lhe está adstrito, tem originado uma autonomização e gerado uma particular atenção das autoridades nacionais da concorrência, através da emissão guias e orientações específicas, sendo o caso português, um claro exemplo, em particular pela publicação pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) do “*Guia de boas práticas no combate ao conluio na contratação pública*” e, bem assim, pela celebração de um protocolo entre a AdC e o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (“IMPIC”), assinado a 15.11.2017, o qual passou a possibilitar à Autoridade o acesso à informação que integram o Portal Base e o Observatório das Obras Públicas, simplificando a deteção oficiosa de indícios da existência de práticas anticoncorrenciais nos contratos.

Surgindo no *acquis* europeu de forma mais tímida, tem merecido nos anos mais recentes uma atenção particular, sendo disso exemplo o “*Relatório Anti-corrupção da UE*”, de 2014, a Comunicação da Comissão, de 2017, intitulada “*Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa*” – COM(2017) 572 –, e o anexo à Decisão da Comissão, de 14.5.2019, que estabelece as orientações para determinar as correções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União devido ao incumprimento das regras aplicáveis em matéria de contratos públicos.

Mais recentemente, em 18 de março de 2021, foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia a Comunicação da Comissão “*sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão*” (2021/C 91/01) – doravante, “Comunicação”.

1. A COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO 2021/C 91/01 – PRIMEIRAS ILAÇÕES

Através da Comunicação publicada a Comissão pretende fornecer orientações sobre a forma como: (i) os Estados-Membros e as entidades adjudicantes

2 Cf. a al. d) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. De notar que nos termos da Diretiva 2014/24/UE basta a existência de “*indícios suficientemente plausíveis*” para que seja excluída uma proposta.

podem dissuadir, detetar e combater o conluio nos contratos públicos, (ii) otimizar a cooperação entre as autoridades nacionais encarregadas de elaborar, implementar, controlar e/ou apoiar o funcionamento do quadro regulamentar dos contratos públicos (no caso português, o IMPIC) e as autoridades de concorrência e (iii) devem as entidades adjudicantes aplicar o motivo de exclusão relacionado com o conluio previsto nas Diretivas da UE sobre a adjudicação de contratos públicos (ponto 2.3. da Comunicação).

1.1. Sobre as medidas a implementar, destinadas dissuadir, detetar e combater o conluio nos contratos públicos

Desde logo, salienta a Comissão, na sua Comunicação, que se mostra necessário que os agentes da administração que colaboram nos vários momentos dos procedimentos de contratação pública “*sejam capazes de realizar processos de adjudicação, incluindo a capacidade de tratar de forma adequada e oportuna dos casos de presumível colusão*”. Poderá também constituir medida adequada a concessão de incentivos com vista a premiar os agentes que acompanham a tramitação dos procedimentos e a promoção de sessões de formação e de sensibilização. De entre as medidas que a Comissão está a adotar, de forma a colaborar com as entidades dos Estados-Membros está a promoção de ações seletivas para apoiar as autoridades adjudicantes de menor dimensão nos Estados-Membros, tais como formas de permitir que as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos ao nível nacional (que no caso português, como já mencionado é o IMPIC) prestem assistência exaustiva às autoridades adjudicantes de menor dimensão na execução dos processos de adjudicação ou na conceção de módulos específicos de formação adaptados às suas necessidades específicas. No caso português esta medida poderá ter um impacto relevante, pois proliferam no setor público administrativo e setor público empresarial um grande número de entidades adjudicantes de pequena e média dimensão, com recursos humanos limitados, quer em número, quer ao nível das qualificações.

1.2. Das medidas destinadas à cooperação entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência ao nível nacional

De entre as medidas destinadas à melhoria da cooperação entre as entidades encarregadas de elaborar, implementar, controlar e/ou apoiar o funcionamento do quadro regulamentar dos contratos públicos e as autoridades de concorrência salientam-se as seguintes:

- 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 referir e denunciar casos de colusão;
- Elaborar as disposições práticas passo a passo para as autoridades adjudicantes obterem a assistência especializada;
- Possibilitar o acesso das autoridades às informações de que necessitam para o desempenho das suas funções no tratamento de casos suspeitos de colusão;
- Introduzir instrumentos opcionais para as autoridades adjudicantes, capazes de dissuadir eficazmente os operadores económicos de adotarem práticas colusórias.

Nesta matéria, quer o nível dos instrumentos legislativos, quer ao nível dos instrumentos de cooperação contratuais – pelo menos, do ponto de vista formal –, Portugal “está um passo à frente”, tendo já implementado um grande número das medidas de cooperação identificadas pela Comissão. Com efeito, ao nível dos instrumentos legislativos, prevê-se no n.º 4 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos que seja comunicada à AdC a exclusão de quaisquer propostas por existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência, bem como a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, ainda que não tenha dado origem à exclusão da proposta. Ao nível de instrumentos protocolares, como já assinalado, em 2017, foi celebrado entre a AdC e o IMPIC, um protocolo com vista a permitir o acesso, pela AdC, à informação que integram o Portal Base e o Observatório das Obras Públicas. Ademais, a Autoridade da Concorrência tem disponível, também desde 2017, um portal de denúncias *online*, que contém informação sobre o combate ao conluio na contratação pública, disponibilizando um guia de boas práticas e a uma *checklist*, com vista a facilitar a deteção de indícios de conluio no âmbito dos procedimentos de formação de contrato.

1.3. Das orientações sobre a forma de aplicar o motivo de exclusão por colusão

Quanto a este ponto da Comunicação, evidencia-se a secção 5.4, a respeito do conceito de “*indícios suficientemente plausíveis*” [previsto na al. *d*] do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE]. A este respeito é entendimento

da Comissão que “*ao examinar a possibilidade de excluir um proponente de um processo de adjudicação pendente devido a uma suspeita de colusão, a autoridade adjudicante tem o direito, ao abrigo da Diretiva, de apreciar todos os factos do seu conhecimento que possam pôr em causa a fiabilidade desse proponente enquanto potencial futuro adjudicatário (...), por exemplo, 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*”. São ainda elencados outros aspetos que podem constituir, nas palavras da Comissão, “*sinais de alerta*”, designadamente:

- O comportamento global no mercado dos proponentes que participam no concurso;
- A similitude do texto das propostas;
- Os preços propostos no processo de adjudicação, incluindo, por comparação com outros procedimentos;
- A assinatura de diferentes propostas por um mesmo representante comercial.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS – NEM SEMPRE ONDE HÁ FUMO HÁ FOGO

Apesar de demonstrar uma crescente preocupação com o controlo de práticas restritivas no âmbito de procedimentos de contratação pública, a Comissão não deixa de salientar que as “*autoridades adjudicantes devem avaliar, de forma prudente e proporcionada, se os indícios de colusão detetados num processo de adjudicação pendente são suficientemente plausíveis para excluir um proponente, concentrando-se nos factos e evitando suposições*”. Na verdade, como se salientou no ponto anterior, mostrar-se-á relevante para o efeito atender ao comportamento global no mercado dos proponentes que participam no concurso e, bem assim, às características do referido mercado e dos próprios proponentes. Nesta abordagem a Comissão fornece dois exemplos mais frequentes: a participação de empresas do mesmo grupo económico (na formulação da comunicação, “*empresas filiadas*”) no mesmo processo de adjudicação e a apresentação de propostas conjuntas e subcontratação.

Mas como também salienta a Comissão – em linha com a jurisprudência do TJUE³ –, a verificação das referidas situações, não determinará a exclusão automática das propostas, havendo de, em qualquer dos casos, os operadores sobre os quais possam recair suspeitas de colusão ter a oportunidade de demonstrar a sua independência na apresentação de propostas.

³ Nesta matéria é jurisprudência charneira a introduzida no âmbito do Processo C-538/07, *Assitur Srl/ Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, EU:C:2009:317, §29 e §32. De acordo com o decidido no referido acórdão, não haverá motivo de exclusão quando “a relação de domínio entre as empresas afectadas não tem qualquer incidência sobre o comportamento destas no âmbito de tais processos”. Importando aferir “se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo respetivo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso (...). A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão”.