

A LIVRE CONCORRÊNCIA E AS LICITAÇÕES NA EUROPA: O COMBATE A CARTÉIS E LICITAÇÕES FRAUDULENTAS EM PORTUGAL

Mariana França Mascarenhas

RESUMO

O presente artigo propõe-se a refletir sobre o mercado de livre concorrência e as licitações na Europa, analisando seu procedimento e as regras para a sua legalidade, com enfoque no combate às possíveis fraudes. Assim, utiliza-se uma forma metodológica pautada na legislação da União Europeia, de Portugal e na consulta a trabalhos já produzidos e a opiniões de membros dos órgãos europeus que tratam da livre concorrência, além do estudo e análise de dados, resultando, dessa forma, na confirmação da importância da liberdade do mercado e da não formação de cartéis.

Palavras-chave: Licitações. Livre Concorrência. Cartéis.

ABSTRACT

This article proposes to reflect on the free competition market and the biddings in Europe, analyzing its procedure and the rules for its legality, with a focus on combating possible fraud. This way, a methodological form is used, based on the legislation of the European Union, of Portugal and on the consultation of works already produced and opinions of the European bodies dealing with free competition, in addition to the study and analysis of data, confirmation of the importance of market freedom and non-cartel formation.

Keywords: Bids. Free competition. Cartels.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 POLÍTICA EUROPEIA DE CONCORRÊNCIA

3 CARTEIS EM LICITAÇÕES NA EUROPA

4 MERCADO CONCORRENCIAL E SEUS AGENTES ECONÔMICOS

5 AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

5.1 A definição de prioridades e o exercício dos poderes sancionatórios da autoridade da concorrência

6 COMBATE À FRAUDE NAS CONTRATAÇÕES COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.1 O conluio na contratação pública

6.2 Formas mais comuns de conluio na contratação pública

6.3 Índícios de fraude na contratação pública

6.4 Como reduzir o risco de fraude nos procedimentos

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A livre concorrência é uma das bases de uma economia justa e aberta aos novos empreendedores. Por meio dela traz-se situações em que diferentes membros do mercado definem suas características de venda e fornecimento de serviços, mantendo-se equiparados aos demais fornecedores e também conquistando clientes.

Para que se garanta a concorrência equivalente para todo o mercado algumas práticas são consideradas proibidas às empresas, como por exemplo a formação de alianças e acordos financeiros entre concorrentes buscando controlar o mercado consumidor por meio de, por exemplo, divisão de clientes, fixação de preços, dentre outros artifícios. Essas alianças são denominadas cartéis.

A presença de cartéis se torna ainda mais preocupante em negociações que tratem de contratos com a administração pública, ou seja, licitações, pois a essa contratante cabe mais ainda o dever de garantir a livre concorrência se prevendo contra possíveis fraudes em seus procedimentos de contratação.

2. POLÍTICA EUROPEIA DE CONCORRÊNCIA

Nesse contexto, a União Europeia, grupo econômico e político constituído por vinte e oito países europeus, possui regras de concorrência que visam garantir condições igualitárias e justas no mercado, além de incentivar inovações e a criação de novas pequenas e médias empresas.

A legislação dessa União traz limitações as empresas ao não permitir que: se fixem preços ou dividam mercados entre si; se abuse de uma posição dominante no mercado para prejudicar as concorrentes de menor porte; e se realizem fusões buscando alcançar uma posição detentora de maior poder no mercado. Assim, as empresas de grande porte devem pedir uma autorização prévia da Comissão Europeia, órgão executivo da União Europeia, para que possam realizar fusões.

Cabe também à Comissão Europeia a tarefa de aplicar coimas, ou seja multas, às empresas que pratiquem atitudes que dificultem as relações entre consumidores e empresas concorrentes. Esses inquéritos quanto a práticas que limitam a concorrência abrangem não só bens como também serviços financeiros e determinadas profissões.

A concorrência, que garante o bom funcionamento do mercado europeu e permite que os consumidores se beneficiem do sistema de mercado livre, consiste então na definição de regras que venham garantir uma justa competitividade entre as empresas. Conseqüentemente se incentiva o empreendedorismo e a produtividade, além de se aumentar as opções para escolha do consumidor por meio de uma baixa de preços e da melhoria de qualidade dos produtos e serviços.

O desrespeito a essas regras de concorrência costuma ser tratado pela autoridade nacional da concorrência – ANC do país, porém alguns casos chegam a Comissão Europeia devido à globalização e ao crescimento do mercado interno.

Dessa forma, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia tem-se discriminadas as regras anteriormente mencionadas, como, por exemplo, as limitações aos apoios públicos às empresas, sendo proibidos os empréstimos e subvenções, os desagravamentos fiscais, o fornecimento de bens e serviços a preços preferenciais e as garantias públicas que melhoram a notação de crédito a uma empresa relativamente à dos seus concorrentes, a menos que cumpram certos critérios, conforme a letra do artigo 107.

Já conforme o artigo 101 é proibida a união de empresas para fixar preços, caracterizando a política “*antitrust*” europeia que controla esses possíveis monopólios além de incentivar a concorrência:

Artigo 101

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
 - b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
 - c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
 - d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
 - e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.
- (UNIÃO EUROPEIA, 2010.)

Além disso, essas regras proibindo acordos que controlem o mercado estão previstas também em diversos outros regulamentos, até mesmo de setores mais específicos, e em documentos não regulamentares, como comunicações e orientações. Nos regulamentos também define-se os poderes da Comissão no âmbito de investigar as empresas.

Toda essa política busca evitar a existência de cartéis, já que com esses as empresas conseguem se proteger da pressão da concorrência e não atentam para lançar produtos inovadores, melhorar sua qualidade e ainda controlar os preços, o que prejudica o consumidor. Cabe, enfim, à Comissão Europeia a aplicação de coimas às empresas que não respeitem a proibição aos cartéis.

Devido a sua ilegalidade, os cartéis costumam ser secretos e de difícil localização e obtenção de provas, o que fez com que a Comissão aplicasse a chamada Política de Clemência. Essa política determina que haja imunidade total ou ao menos uma redução na multa às empresas que venham a reconhecer e provar a existência de um cartel.

Outra forma de reduzir a coima aplicável a empresa participante de um cartel é no caso de as empresas envolvidas reconhecerem a infração, assumindo responsabilidade e seguindo o procedimento determinado pela Comissão, causando uma economia de gastos no processo.

Vale ainda ressaltar que um acordo pode ser autorizado caso tenha mais efeitos benéficos do que maléficis, se não for concluído entre empresas concorrentes, se envolver empresas que possuem apenas uma pequena quota de mercado ou caso o acordo seja necessário para melhoria de produtos ou serviços ou para o desenvolvimento de novos produtos.

3. CARTÉIS EM LICITAÇÕES NA EUROPA

Os negócios registrados na União Europeia têm direito a competir por contratos públicos, as licitações, em qualquer país dentro da união. Essa amplitude de negociação gera a necessidade de que se estabeleçam mínimas regras de competição por esses contratos aplicáveis aqueles cujo valor monetário oferecido exceda uma certa quantia, ou seja, que seriam de interesse para o contrato público mesmo que vindos de outro país do bloco econômico.

Já os contratos cujo valor monetário não exceda a quantia determinada, geralmente advindos do próprio país da licitação, também deverão seguir as regras nacionais porém terão seu procedimento simplificado.

Assim, no site oficial da União Europeia, ficam discriminadas algumas condições que as autoridades públicas têm o dever de seguir ao lançar uma licitação, a começar pela proibição a prática de discriminação que seja decorrente do fato de determinado negócio vir de outro país. Também não se pode recusar documentos que venham dos demais países da União Europeia, contanto que estes tragam uma garantia. Esse tipo de diferenciação ainda pode ser considerado xenofobia, um crime internacional.

Proíbe-se, ainda, que as autoridades públicas determinem marcas ou patentes na descrição do produto que se deseja adquirir, pois estaria sendo favorecido o nome mencionado, não dando espaço para a real concorrência, e deve-se também disponibilizar as informações acerca das ofertas para todos que possam se interessar, independentemente de qualquer característica ou origem.

As autoridades públicas ainda poderão excluir uma empresa de alguma busca por ofertas no caso dessa estar em falência ou liquidação, de ter suas atividades suspensas ou administradas por um tribunal, de ter sido considerada culpada por má conduta grave, de não

ter pago impostos ou contribuições de segurança social ou ainda de ter feito declarações falsas a uma autoridade pública.

Por último, existem casos em que se autoriza que as autoridades públicas contratem serviços sem realizar uma licitação, sendo estes na ocasião de emergências causadas por eventos inesperados, na existência de contratos que, por motivos técnicos ou de direitos exclusivos, só possam ser realizados por uma empresa já determinada, ou ainda no caso de contratos que, por lei, estejam excluídos de processos de licitação.

4. MERCADO CONCORRENCIAL E SEUS AGENTES ECONÔMICOS

Um mercado concorrencial equilibrado supõe agentes econômicos sujeitos à pressão competitiva uns dos outros, comportando-se de forma autônoma, através de meios lícitos, baseados nos méritos dos produtos ou serviços em causa e/ou da estratégia de comercialização.

Sempre que os agentes econômicos, através das respectivas condutas, procuram falsear ou adulterar o funcionamento dos mercados, pode estar-se perante práticas restritivas da concorrência.

As práticas restritivas da concorrência, que incluem os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas, ou seja, quando duas ou mais empresas combinam alguma forma de atuação que poderá dominar o mercado e limitar a livre concorrência, prejudicando as demais concorrentes do mesmo ramo. Tratam-se de práticas de conluio, previstas no artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e no artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Outra forma de restrição é por meio de abusos de posição dominante, que acontecem quando determinada empresa, por ser importante, consegue exercer influências nas decisões de consumidores e, assim, desequilibrar o mercado. Essa restrição está descrita no artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e no artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Por último, há a prática restritiva que acontece com um abuso de dependência econômica. Nesse caso, tratam-se de formas ilícitas de comportamento adotados por empresas

que podem resultar em qualquer restrição concorrencial. Esse tipo encontra-se previsto no artigo 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

É válido ressaltar que, em Portugal, cabe à Autoridade da Concorrência (AdC) a detecção, investigação e punição deste tipo de práticas. Cabendo um tópico a sua descrição.

5. AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (AdC)

A Autoridade da Concorrência atua desde sua criação em 2003 como uma entidade administrativa independente com poderes transversais sobre a economia portuguesa para a aplicação das regras de concorrência, em coordenação com as entidades reguladoras setoriais. Com efeito, a Autoridade tem por missão assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e da livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, um elevado nível de progresso técnico e a prossecução do maior benefício para os consumidores.

Esta missão traduz-se em atividades que se vão desenvolver ao longo de eixos prioritários de atuação. Um destes eixos prende-se, precisamente, com o controle das estratégias e comportamentos empresariais, na sua vertente de combate às práticas restritivas (colusão e abusos de posição dominante e de dependência económica), de modo a assegurar um nível adequado de concorrência nos mercados (cf. Estatutos da Autoridade da Concorrência).

A missão e a natureza da Autoridade da Concorrência se encontram descritas no Decreto Lei n.º 125 de 18 de Agosto de 2014, também conhecido como Estatutos da Autoridade de Concorrência.

Artigo 1.º - Natureza e missão

- 1 - A Autoridade da Concorrência (AdC) é uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente.
- 2 - A AdC é dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio.
- 3 - A AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes estatutos.
- 4 - A AdC prossegue a sua missão em Portugal, sem prejuízo das competências que lhe estejam cometidas em virtude de obrigações decorrentes de direito internacional a que o Estado português se encontre vinculado, particularmente as resultantes do direito da União Europeia.

Com o objetivo de cumprir sua missão já descrita, o dispositivo mencionado traz em seu artigo 5º as atribuições cabíveis à Autoridade:

Artigo 5.º - Atribuições

Para garantia da prossecução da missão prevista no artigo 1.º, incumbe à AdC:

- a) Velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões de direito nacional e da União Europeia destinados a promover e a defender a concorrência;
- b) Fomentar a adoção de práticas que promovam a concorrência e a generalização de uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral;
- c) Atribuir graus de prioridade no tratamento de questões que é chamada a analisar, nos termos previstos no regime jurídico da concorrência;
- d) Difundir, em especial junto dos agentes económicos, as orientações consideradas relevantes para a política de concorrência;
- e) Acompanhar a atividade e estabelecer relações de cooperação com as instituições da União Europeia, as entidades e organismos nacionais, estrangeiros e internacionais com atribuições na área da concorrência;
- f) Promover a investigação em matéria de promoção e defesa da concorrência, desenvolvendo as iniciativas e estabelecendo os protocolos de associação ou de cooperação com entidades públicas ou privadas que se revelarem adequados para esse efeito;
- g) Contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou do Governo;
- h) Exercer todas as competências que o direito da União Europeia confira às autoridades nacionais de concorrência no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas;
- i) Assegurar, sem prejuízo das competências do Ministério dos Negócios Estrangeiros, a representação técnica do Estado Português nos organismos da União Europeia ou internacionais em matéria de política de concorrência;
- j) Exercer as demais atribuições que lhe sejam legal ou estatutariamente cometidas.

(PORTUGAL, 2014)

Outrossim, para o desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de regulamentação e de supervisão. Esses poderes estão descritos no artigo 6º do DL nº 125/2014.

Os poderes sancionatórios transferem à Autoridade o dever de identificar e investigar situações em que o comportamento dos membros do mercado possa vir a infringir a legislação de concorrência nacional e a da União Europeia, especialmente no que tange a práticas que restrinjam a concorrência ou que controlem operações por meio de concentração de empresas. Sendo identificada uma situação que se enquadre nas descrições anteriores, caberá à Autoridade a aplicação de sanções, como a aplicação de coimas e outras opções previstas em lei, além da possibilidade de aplicar-se medidas cautelares.

Por outro lado, utilizando-se dos poderes de supervisão, a Autoridade deve tratar de procedimentos administrativos relativos a concentração de empresas que possam receber

notificação prévia. Deve, ainda comandar estudos, auditorias, inspeções e demais atos que sejam considerados necessários no âmbito da proteção a concorrência.

Já no quesito das obrigações referentes ao poder de regulamentação tem-se a elaboração e aprovação de regulamentos e outras normas de caráter geral, instruções ou outras normas de caráter particular, conforme lei. Ainda cabe a Autoridade a emissão de pronunciamentos, recomendações e diretivas genéricas sobre iniciativas legislativas ou quaisquer que tratem da promoção e defesa da concorrência, a pedido da Assembleia da República ou do Governo.

5.1. A definição de prioridades e o exercício dos poderes sancionatórios da autoridade da concorrência

Sempre buscando a eficiência e eficácia na atividade da Autoridade da Concorrência, o novo regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 08 de maio), propõe-se a empregar a possibilidade de definição dos “graus de prioridade”, conferidos às situações concretas submetidas ao crivo da Autoridade. Nesta senda, a Autoridade da Concorrência tem o papel tanto orientador, quanto sancionador, este último subordinado a uma avaliação objetiva da apropriação e adequação de sua atuação, visando os propósitos das normas de fomento e tutela da concorrência.

O artigo 7.º da Lei n.º 19/2012, que tem por epígrafe “prioridades no exercício da sua missão”, estabelece que:

1 – No desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões que é chamada a analisar. 2 – A Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 3 – Durante o último trimestre de cada ano, a Autoridade da Concorrência publicita na sua página eletrónica as prioridades da política de concorrência para o ano seguinte, sem qualquer referência setorial no que se refere ao exercício dos seus poderes sancionatórios.

(PORTUGAL, 2012.)

Decorre da referida norma, especialmente do artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012, um elemento essencial no exercício dos poderes sancionatórios da Autoridade da Concorrência, objetivando uma atuação ativa e eficaz. Deste modo, considera-se fundamental determinar, através das Linhas de Orientação (LO), o *modus operandi* da Autoridade no que tange à aplicação do dispositivo mencionado; concorrendo, assim, para a lisura e objetividade de seus atos, bem como para a previsibilidade dos procedimentos executórios.

As LO (Linhas de Orientação) observam à aplicação do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 19/2012 no que se refere às atividades sancionatórias, ou seja, às circunstâncias, legalmente previstas, de abertura de processos sancionatórios e de demarcação dos parâmetros que permitirão à Autoridade da Concorrência estipular graus de prioridade distintos no exame das situações as quais for chamada a investigar no exercício de suas competências. Como tal, não obstam nem prejudicam o amparo das demais instruções ao abrigo do artigo 7.º, n.º 1 da referida legislação, qual seja o exercício das atribuições de supervisão e de regulamentação; nem modificam a definição anual das prevalências da política de concorrência, nos termos do artigo 7.º, n.º 3 da Lei n.º 19/2012.

No n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 19/2012, determina-se as condições às quais se sujeitam o exercício de poderes sancionatórios pela Autoridade da Concorrência:

[a] Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentado, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância de respeito pelos 9.º 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
(PORTUGAL, 2012.)

Reunidos os indícios de um ato que transgrida o prescrito nos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 ou nos artigos 101.º e 102.º TFUE, a Autoridade da Concorrência deverá avaliar, para a abertura de um processo contra-ordenacional, em particular “(i) as prioridades da política de concorrência, (ii) os elementos de facto e de direito que lhe tenham sido apresentados, (iii) a gravidade da eventual infração, (iv) a probabilidade de poder provar a sua existência, e (v) a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a sua missão.”

6. COMBATE À FRAUDE NAS CONTRATAÇÕES COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.1. O conluio na contratação pública

O conluio na contratação pública compreende um acerto de propostas com a finalidade de elidir ou prejudicar a livre concorrência nos procedimentos de contratação. A referida conduta resulta em condições menos favoráveis para o Estado do que as que resultariam de um cenário de concorrência factual, traduzindo-se em gastos de importâncias mais volumosas, qualidade inferior do produto ou do serviço, e menos incentivo à inovação nas produções e atividades.

O conluio compromete, assim, a eficiência na afetação dos recursos públicos e lesa o propósito de “mais e melhor por menos” da contratação pública, prejudicando também os adquirentes finais e os contribuintes fiscais. A Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 08 de maio) impede “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). A prática de fraude consiste em uma grave e preocupante violação da legislação tanto portuguesa, quanto da União Europeia, sendo acoimada com sanção 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; segundo a legislação em comento.

A Autoridade da Concorrência opera o exame de todas as denúncias transmitidas, tanto de entidades adjudicantes, quanto de empresas e/ou dos cidadãos em geral; ensejando eventual abertura de procedimentos sancionatórios. Constatado o envolvimento, presente ou passado, em atos de conluio e fraude na contratação pública, às empresas, assim como seus administradores e diretores, é facultado o requerimento junto da Autoridade do pedido de escusa ou de atenuação da pena no contexto do Procedimento de Clemência em processos contra-ordenacionais.

6.2 formas mais comuns de conluio na contratação pública

Em um único procedimento de contratação pública podem coincidir variadas formas de conluio. Usualmente, nas técnicas de fraude, os participantes selecionam uma das empresas para vencer o procedimento licitatório. Este tipo de hábito inclui, frequentemente, o estabelecimento prévio de preços entre concorrentes, bem como a estipulação de mecanismos de partilha dos proventos adicionais que decorrem do conluio, por exemplo, o pagamento de compensações pelo adjudicatário às restantes empresas em conluio.

Inúmeras são as formas de fraude na contratação pública, dentre elas as mais comuns trazidas pelo Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública:

- a) Propostas Rotativas: Os concorrentes combinam esquemas de rotatividade da proposta vencedora, alternando entre si o vencedor do procedimento.
 - b) Proposta de Cobertura: Para criar uma ilusão de concorrência, as empresas combinam submeter propostas com um preço mais elevado que o da empresa que escolheram previamente para vencer o procedimento, para que o contrato lhe seja adjudicado.
 - c) Supressão de Propostas: Algumas empresas acordam não submeter ou retirar uma proposta, para que o contrato seja adjudicado à empresa que escolheram para vencer o procedimento.
 - d) 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.
 - e) 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.
- (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública)

6.3 indícios de fraude na contratação pública

Os indícios de conluio podem atravessar todo o procedimento administrativo que precede a contratação pública, permeando desde a apresentação das propostas pela até o resultado do trâmite.

Em sede de apresentação das propostas, tem-se com indícios e sinais mais comuns de fraude, segundo o Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública, entre outras práticas:

“número de proposta substancialmente inferior ao habitual ou espetável; a retirada de empresas inesperadamente do procedimento; a proposta vencedora ser recorrentemente da mesma empresa, e outras empresas continuarem a submeter propostas apesar de não serem bem-sucedidas; concorrentes habituais não apresentarem propostas em um procedimento no qual seria de esperar que o fizessem, continuando a concorrer em outros procedimentos; propostas diferentes que apresentem os mesmos erros (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 contato, carimbos de registo postal idênticos ou, em caso de envio online, os mesmos endereços IP”.

(...)

“as declarações dos concorrentes, quando uma empresa refere-se explicitamente às propostas concorrentes ou à existência de acordo/concertação; referem-se à exclusividade de uma área geográfica ou de um cliente a um concorrente; a 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; sugere conhecimento antecipado do sucesso/insucesso de uma ou mais propostas em momento anterior à adjudicação e divulgação de resultados”.

(AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública)

No que tange ao resultado do procedimento, são apontados como traços de procedimento fraudulento o padrão de rotatividade da proposta vencedora entre os concorrentes ou padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras, por exemplo.

E, por fim, sugerem fraude nos comportamentos das empresas, dentre outros atos, de acordo com o referido Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública, quando:

“a vencedora subcontrata reiteradamente os demais concorrentes; a empresa vencedora não aceita a adjudicação do contrato, vindo posteriormente a verificar-se que foi subcontratada; vários concorrentes contratam 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)”.

(AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública)

6.4 como reduzir o risco de fraude nos procedimentos

Existem inúmeras medidas que podem ser empregadas pela Administração Pública com o fito de incentivar e proteger a livre concorrência e reduzir os riscos de fraude, dentre elas: evitar exigências e encargos de qualificação limitadores e desnecessários, bem como a não exclusão de concorrentes possíveis de procedimentos futuros ou da relação de potenciais concorrentes por não terem apresentado uma proposta em determinado procedimento anterior.

Ainda, o Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública traz, entre outras formas de reduzir o risco de conluio nos procedimentos licitatórios:

“reduzir custos de preparação da proposta simplificando os procedimentos de contratação ao longo do tempo (v.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 (v.g., em função da natureza, volume e da complexidade das matérias em causa); recorrendo, de forma ampla, à contratação eletrónica”.

(...)

“sensibilizar os recursos humanos e promover o escrutínio da informação, por meio de implementação de programas de formação contínua dos funcionários responsáveis pelos procedimentos de contratação; recolhimento, de forma sistemática, informação referente a processos de adjudicação passados (produtos e/ou serviços adquiridos, proposta apresentada por cada concorrente); revisão periodicamente o histórico das propostas para determinados produtos e serviços; comparação da lista de empresas que manifestaram interesse no procedimento e a lista de empresas que submeteram propostas, para identificar desistências e subcontratações; viabilizar entrevistas com empresas que deixaram de apresentar propostas ou com um padrão de apresentação de propostas não vencedoras, entre outras práticas”.

(...)

“mitigar as oportunidades de comunicação entre os concorrentes, com eventuais diálogos entre a entidade adjudicante e as empresas candidatas devem ser tidos individualmente com cada empresa; promovendo o anonimato das propostas (utilizando um código para cada concorrente); 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; exigir que os concorrentes revelem se pretendem subcontratar outras empresas; atribuir especial atenção a propostas conjuntas (como em consórcio), que possam indiciar um esquema de conluio, por exemplo”.

(AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tivemos por objetivo expor as principais práticas de conluio e fraude entre licitantes, que atuam no mercado buscando fraudar as contratações com a Administração Pública com o fim precípua de maximizar suas margens de lucro à custa dos recursos públicos.

Tecemos algumas considerações iniciais acerca dos cartéis e fraude em licitações, mirando-nos, essencialmente, nas principais bases jurídicas portuguesas que legitimam e fomentam o combate aos cartéis nas contratações públicas. Ainda, considerando-se que é de pequena importância um estudo unicamente expositivo acerca de um problema prático, buscamos apontar algumas soluções igualmente práticas, baseando-nos no Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública.

Por fim, todo esse raciocínio deve servir de norte tanto para as comissões de licitação quanto para os órgãos estatais de controle, como é o caso da Autoridade da Concorrência em Portugal. Só com a expansão de uma cultura forte de combate aos cartéis e às fraudes em contratações é que a Administração Pública poderá mostrar-se indubitavelmente vantajosa ao interesse público.

REFERÊNCIAS

AURELIO CECCATO, MARCO. **1001 formas de se identificar cartéis em licitações: ABC, ABC, todo gestor deve ver e entender**, 2017. Disponível em: < <http://direitoadm.com.br/formas-de-se-identificar-carteis-em-licitacoes/> >. Acesso em: 05 jul. 2017.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. **Guia de Combate ao Conluio na Contratação Pública**. Disponível em: < http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Documents/Guia%20de%20Boas%20Praticas%20-%20Combate%20ao%20Conluio%20na%20Contratacao%20Publica.pdf >. Acesso em: 05 jul. 2017.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. **Missão e atribuição**. Disponível em: < http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/Missao_e_atribuicoes/Paginas/missao-e-atribuicoes.aspx >. Acesso em 05 jul. 2017.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. **Práticas Restritivas da Concorrência**. Disponível em: < http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx >. Acesso em: 05 jul. 2017.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. **Prioridades no Exercício dos Poderes Sancionatórios**, 2013. Disponível em: < http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Documents/Linhas_de_Orientacao_PRIORIDADES%20NO%20EXERC%3%8DCIO%20DOS%20PODERES%20SANCIONAT%3%93RIOS.pdf >. Acesso em: 04 jul. 2017.

PORTUGAL, DL n.º 125/2014, de 18 de Agosto de 2014. Estatuto da Autoridade da Concorrência. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2206&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>. Acesso em: 05 jul. 2017.

PORTUGAL, Lei n.º 19/2012, de 08 de maio de 2012. Disponível em <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Lei_19_2012-Lei_da_Concorrenca.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Concorrência – Melhorar o Funcionamento dos Mercados.** Disponível em: < https://bookshop.europa.eu/pt/concorr-ncia-pbNA0216161/?Catalog_CategoryID=sciep2OwkgkAAAE.xjhtLxJz >. Acesso em: 05 jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **European Comission – Competition ECN – Competition Authorities.** Disponível em: < http://ec.europa.eu/competition/ecn/competition_authorities.html >. Acesso em: 05 jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Rules & Procedures.** Disponível em: < http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_en.htm >. Acesso em: 04 jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, 2010.** Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.