

Ficha técnica

Título – Guia de Boas Práticas: Combate ao Conluio na Contratação Pública

Edição – Abril de 2024

Autor – Autoridade Reguladora da Concorrência

Endereço – Rua dos Desportistas, n.º 918. Prédio JAT V - III, 2.º andar, Maputo - Moçambique

Contactos – info@arc.gov.mz | +258 85 023 6918

O presente guia não substitui a necessidade de recorrer ao quadro legal da concorrência, pelo que, para uma maior compreensão, recomenda-se a consulta aos instrumentos legais e, caso necessário, o recurso a aconselhamento junto da Autoridade Reguladora da Concorrência ou assistência técnica de outros profissionais qualificados em matérias relativas à concorrência e contratação pública.

Este guia pode ser objecto de revisão para acomodar e reflectir possíveis revisões legislativas.

Adicionalmente, uma versão mais detalhada do guia pode ser encontrada nas plataformas digitais da ARC - www.arc.gov.mz

Conteúdos

1. Conluio: Conceito
2. Conluio na contratação pública
3. Benefícios de promoção da concorrência na contratação pública
4. Formas mais comuns de conluio na contratação pública: Práticas anti-concorrenciais
5. Indícios de conluio na contratação pública
6. Redução do risco de conluio na contratação pública: Boas Práticas
7. Procedimento na detecção de indícios de conluio na contratação pública
8. Sanções aplicáveis no caso de conluio na contratação pública
9. Sinais de alerta de conluio na contratação pública: Check-list

DRAFT

Sobre este guia

A Autoridade Reguladora da Concorrência (ARC) é responsável por promover e defender a sã concorrência no exercício das actividades económicas no país e a consciencialização pública sobre o quadro legal respectivo, bem como por combater e sancionar práticas anti-concorrenciais.

Em linha com as atribuições acima, o presente ***Guia de Boas Práticas: Combate ao Conluio na Contratação Pública***, contém orientações, em matéria de concorrência, destinadas às partes envolvidas nos processos de contratação pública, nomeadamente entidades públicas contratantes, fiscalizadoras e entidades concorrentes ou contratadas, quais sejam pessoas colectivas (empresas ou associações de empresas) e pessoas singulares.

O objectivo do Guia visa dotar as partes envolvidas nos processos de contratação pública de conhecimento em matéria concorrencial, abordando preocupações anti-concorrenciais decorrentes do processo de contratação (*procurement*), apresentando opções pró-concorrenciais que podem ser usadas para reflectir as melhores práticas.

Outrossim, pretende-se contribuir para a promoção da sã concorrência na contratação pública em benefício das partes envolvidas e dos consumidores, porquanto, o conluio na contratação pública leva a condições menos favoráveis para o Estado do que as que resultariam de um cenário de concorrência efectiva, traduzindo-se em preços mais altos, qualidade inferior e/ou menos inovação.

O presente Guia destina-se igualmente a apoiar o Governo no aperfeiçoamento legislativo de contratação pública em matéria de concorrência, no âmbito dos poderes de regulamentação da ARC.

1. Conluio: Conceito

O conluio é a combinação maliciosa entre duas ou mais pessoas para enganar ou prejudicar outrem ou furtar-se ao cumprimento da lei.

2. Conluio na Contratação Pública

O conluio na contratação pública consiste na concertação de propostas entre as entidades concorrentes ou contratadas com o objectivo de eliminar, falsear ou restringir a concorrência nos procedimentos de contratação pública.

Este comportamento leva a condições menos favoráveis para o Estado do que as que resultariam de um cenário de concorrência efectiva, traduzindo-se em preços mais altos, qualidade inferior e/ou menos inovação.

A Lei da Concorrência proíbe acordos, decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas que se encontrem numa relação horizontal, desde que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional, que se traduzam em, de entre outras, efectuar coligações ou desenvolver outras práticas concertadas de modo a obter vantagens, interferir ou influenciar os resultados dos concursos públicos para o fornecimento de bens ou serviços.

3. Benefícios de promoção da concorrência na contratação pública

Considerando que a contratação pública é o procedimento de contratação de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços ao Estado, a concorrência é essencial para a promoção da eficiência na afectação dos recursos públicos.

A pressão concorrencial entre os participantes no procedimento de contratação pública gera ganhos de eficiência que permitem otimizar a alocação de recursos do Estado.

A contratação pública desempenha um papel importante no crescimento económico e na melhoria do bem-estar dos consumidores. O quadro legal de contratação pública estabelece que a aquisição de bens e serviços por qualquer órgão do Estado deve observar os princípios da

legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, prossecução e protecção do interesse público, transparência, publicidade, igualdade, concorrência, imparcialidade, boa-fé, estabilidade, motivação, responsabilidade, boa gestão financeira, celeridade e os demais princípios de direito público aplicáveis¹, entendendo-se que o sistema de contratação deve ser justo, equitativo, transparente, competitivo e eficaz em termos de custos.

Salvaguardar a concorrência é um dos princípios orientadores na contratação pública e está indirectamente presente nos outros princípios que inspiram as regras sobre a matéria, incluindo a transparência dos procedimentos e o tratamento igualitário dos concorrentes.

A concorrência na contratação pública pode resultar em preços mais baixos e maior qualidade e inovação dos bens e serviços adquiridos e fornecidos aos usuários finais dos serviços públicos, além disso, fornece à instituição pública contratante a possibilidade de escolha da proposta que melhor atende às necessidades do Estado. Os potenciais fornecedores concorrendo entre si apresentam preços competitivos e um maior leque de alternativas, que resulta em maior qualidade e preços mais baixos. Adicionalmente, a concorrência na contratação pública pode resultar em inclusão, por meio da participação das pequenas e médias empresas na economia e na criação de empregos.

As entidades públicas contratantes podem promover a concorrência na contratação pública de duas maneiras, primeiro, desenvolvendo procedimentos de contratação que reduzam quaisquer restrições injustificadas à concorrência em seu *design* ou execução, segundo, ajudando a detectar e reportando indícios de práticas anti-concorrenciais entre os concorrentes no processo de contratação, à ARC.

4. Formas mais comuns de conluio na contratação pública: Práticas anti-concorrenciais

No mesmo procedimento de contratação pública podem coexistir diversas formas de conluio, as quais devem ser evitadas pelas empresas, associações de empresas ou pessoas singulares e não propiciadas pelas instituições adjudicantes ou contratantes:

¹ Cfr. Artigo 4 do “Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens Prestação de Serviços ao Estado”, aprovado pelo Decreto n.º 79/2022, de 30 de Dezembro.

a) Subcontratação

Esta infracção ocorre quando os concorrentes concordam em subcontratar uma parte do contrato para outros, com o objectivo de garantir que uma empresa específica, muitas vezes a empresa que está a coordenar o conluio, seja a vencedora, enquanto as outras empresas concordam em aceitar uma parte dos lucros por meio da subcontratação.

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

b) Supressão de propostas

Algumas empresas acordam não submeter ou retirar propostas, para que o contrato seja adjudicado à empresa que escolheram para vencer o procedimento.

c) Propostas de cobertura

No que tange a esta estratégia, os concorrentes concertam antecipadamente quem será o vencedor e sobre os preços que todos apresentarão. O vencedor designado apresenta o que parece ser o preço mais baixo para a entidade contratante, em comparação com todos os seus concorrentes. Para dar a aparência de concorrência genuína, as outras empresas "concorrentes" apresentam preços muito altos comparativamente ao apresentado pelo vencedor designado ou apresentam condições inaceitáveis para que sejam eliminadas do concurso.

Em resumo, 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.

d) Propostas rotativas

Os concorrentes combinam esquemas de rotatividade da proposta vencedora, alternando entre si o vencedor do procedimento.

Tais esquemas podem ter a supressão de propostas, as propostas de cobertura ou a subcontratação como instrumentos da rotatividade.

Este tipo de prática na realidade moçambicana pode ser verificada de forma específica entre concorrentes com poder económico equivalente, os quais enveredam por esquemas de

rotatividade, falseando concorrência entre si e garantindo vantagens do grupo através de outra prática instrumental, como explicado acima.

e) 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.

f) Taxa dos perdedores

A taxa dos perdedores, também conhecida como taxa de compensação ou taxa de concurso, envolve um acordo entre os concorrentes para adicionar um certo montante em dinheiro sobre as respectivas propostas de preço. O montante adicionado não está de forma alguma relacionado aos custos de fornecimento dos serviços ou aos custos dos próprios bens, mas é uma quantia com a qual os concorrentes concordam que o vencedor do concurso deverá pagar uma taxa aos demais concorrentes para cobrir os seus custos de participação no concurso. Geralmente é disfarçado como custos de aluguer de equipamentos ou taxa de gestão, de entre outras formas.

g) Agrupamentos de interesses económicos em consórcios ou associações

Participar em concursos públicos na forma de consórcios ou associações é legal e pode ter efeitos positivos para a concorrência, porquanto, torna mais fácil para as pequenas empresas unir recursos para participar e obter o financiamento necessário para os investimentos exigidos. Entretanto, a participação no concurso em consórcio ou associação é proibida quando tenha por objectivo a constituição de um cartel ou a promoção do conluio em prejuízo da concorrência.

Nota a aparecer como *post it* nesta página do guia: além do conluio, outras práticas anti-concorrenciais também podem ser verificadas no processo de contratação pública, tais como o abuso de posição dominante sob a forma de prática de preços predatórios ou excessivos, de entre outras. Tais práticas são igualmente desencorajadas e sancionáveis nos termos da lei.

5. Indícios de conluio na contratação pública

a) Na apresentação de propostas

- Número de propostas substancialmente inferior ao habitual ou ao expectável.
- Algumas empresas retiram-se inesperadamente do procedimento.
- A proposta vencedora é recorrentemente da mesma empresa, e outras empresas continuam a submeter propostas apesar de não serem bem-sucedidas.
- Concorrentes habituais não apresentam propostas num procedimento no qual seria de esperar que o fizessem, continuando a concorrer em outros procedimentos.
- Empresas apresentam propostas conjuntas (em consórcio, por exemplo), apesar de terem condições para apresentar propostas individuais.
- Semelhanças nos preços apresentados pelos concorrentes para cada bem ou serviço, com uma diferença de preço igual ou com uma diferença percentual igual entre cada preço.
- Empresas apresentam propostas com preços acima do orçamento máximo de adjudicação (valor estimado da contratação previsto por lei), o que pode indicar a existência de acordo para que o concurso seja declarado nulo por falta de propostas qualificadas e forçar a entidade contratante a aumentar o orçamento máximo.
- Propostas diferentes que apresentam:
 - 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 correcções de última hora;
 - o mesmo papel timbrado, formulários semelhantes ou os mesmos dados de contacto e/ou endereço;

- carimbos idênticos ou datas de recepção coincidentes em caso de submissão física, ou, em caso de submissão online, os mesmos endereços electrónicos.

b) Nas declarações dos concorrentes

- Referem explicitamente propostas concorrentes ou a existência de acordo/concertação.
- Referem exclusividade de uma área geográfica ou de um cliente a um concorrente.
- Referem não fornecer determinada zona geográfica, determinado(s) cliente(s) ou tipo de produto/serviço, apesar de terem condições para o fazer.
- Empresa justifica a sua proposta com referência a “tabelas de preços do sector”, “orientações de associações de empresas” ou outras expressões análogas.
- Declarações de associações de empresas com referência detalhada a propostas.
- Sugerem conhecimento antecipado do sucesso/insucesso de uma ou mais propostas em momento anterior à adjudicação e divulgação de resultados.

c) Nos resultados do procedimento

- Padrão de rotatividade da proposta vencedora entre os concorrentes.
- Padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras.

d) Nos comportamentos

Empresa vencedora subcontrata reiteradamente um ou mais concorrentes.

- Empresa vencedora reclama a adjudicação do contrato, vindo posteriormente a verificar-se que foi subcontratada.

- Empresas do mesmo nível, em termos de poder económico ou quota de mercado, não apresentam propostas no mesmo concurso, alternando a apresentação de forma rotativa (propostas rotativas).
- Apenas alguns dos concorrentes no procedimento solicitam orçamento a um fornecedor imprescindível para o contrato em causa.
- 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).

6. Redução do risco de conluio na contratação pública: Boas Práticas

a) Para as entidades públicas adjudicantes, fiscalizadoras ou contratantes

- Promover a participação de concorrentes, evitando requisitos de qualificação restritivos e desnecessários, alargando a participação ao maior número de empresas possível e, não excluindo concorrentes potenciais de procedimentos futuros por não terem apresentado uma proposta em determinado procedimento.
- Estabelecer requisitos claros e reduzir a previsibilidade dos procedimentos relativamente à frequência, montante (salvaguardada a menção legalmente obrigatória do valor estimado no concurso) e quantidades envolvidos.
- Sensibilizar os funcionários envolvidos no processo de contratação sobre o combate ao conluio e promover a recolha sistemática de informação.
- Estipular critérios de avaliação e de adjudicação que promovam a concorrência.
- Mitigar oportunidades de comunicação entre os concorrentes.
- Exigir que os concorrentes revelem se pretendem subcontratar.

- Sensibilizar aos concorrentes sobre a importância de evitar o conluio, bem como outras práticas anti-concorrenciais e sanções associadas.

b) Para as entidades concorrentes ou contratadas

- Pautar pela concorrência sã e pela transparência nos procedimentos e em todas as fases da contratação pública.

- Não realizar acordos com concorrentes para interferir ou manipular os resultados dos concursos.

- Adotar políticas e procedimentos comerciais internos claros de conformidade que proíbam explicitamente o conluio e promovam a integridade na contratação pública.

- Realizar treinamento regular dos seus quadros sobre as leis e políticas relacionadas à contratação pública e à concorrência, bem como sobre os riscos do conluio e as consequências legais e éticas a ele associadas.

- Antes do envolvimento com parceiros comerciais na contratação pública (em consórcio ou em associação, por exemplo), as empresas devem realizar uma *due diligence* completa para garantir que esses parceiros também adotem padrões pró-concorrenciais e éticos elevados.

7. Procedimento na detecção de indícios de conluio na contratação pública

Na detecção de indícios de conluio na contratação pública, as entidades públicas contratantes, fiscalizadoras, adjudicantes, empresas, associações de empresas, pessoas singulares ou quaisquer outras que dos indícios tomem conhecimento, devem imediatamente denunciar à Autoridade Reguladora da Concorrência tais factos, por via presencial na sua sede ou virtualmente, através do seu website, contacto telefónico ou endereço electrónico.

A ARC procede ao registo e tratamento de todas as denúncias que lhe são apresentadas e inicia o adequado processo sancionatório para efeitos de investigação e aplicação de eventual sanção, se assim a lei o determinar, garantindo-se a confidencialidade das informações prestadas pelo denunciante durante as investigações.

Destaque-se que, caso a denúncia provenha de participante no conluio, o mesmo poderá, mediante pedido a ser analisado pela ARC, beneficiar-se de redução da sua multa, respeitando

ao procedimento previsto no Regulamento do Regime de Clemência, aprovado através da Resolução n.º (por incluir).

8. Sanções aplicáveis no caso de conluio na contratação pública

Sem prejuízo da responsabilidade criminal, das medidas administrativas e das medidas cautelares a que houver lugar, o conluio na contratação pública é punível pela ARC com multas, sanções acessórias e sanções pecuniárias compulsórias.

a) Multas

As empresas em conluio podem ser sancionadas com multa de até 5% do volume de negócios no último ano, de cada uma das empresas envolvidas ou do agregado das empresas que hajam participado no comportamento proibido.

As empresas ou o agregado das empresas que não prestarem ou que prestarem informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedidos da Autoridade Reguladora da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão podem ser sancionadas com multa de até 1% do volume de negócios do ano anterior.

Sobre as empresas ou agregado das empresas que não colaborem com a Autoridade Reguladora da Concorrência ou obstruam ao exercício dos poderes de que esta dispõe no âmbito dos processos de inquérito ou de inspecção, pode recair uma multa de até 1% do volume de negócios do ano anterior.

Simultaneamente, as pessoas singulares que injustificadamente não comparecerem em diligência de processo para que tenham sido regularmente notificadas, como testemunhas, peritos ou representantes das empresas queixosas ou infractoras, a ARC pode aplicar uma multa de até 10 salários mínimos do sector económico em questão.

Note-se que a aplicação da multa não dispensa às empresas infractoras, ao agregado das empresas infractoras ou às pessoas singulares do cumprimento do dever, se este ainda for possível.

b) Sanções acessórias

Para além da multa, caso a gravidade da infracção ou o interesse público em geral o justifique, a ARC pode aplicar as seguintes sanções:

- Exclusão ou proibição dos infractores de participar em concursos públicos por um período de cinco anos;
- Publicação da sanção aplicada no Boletim da República e/ou num jornal de maior circulação nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante em que o conluio produziu os seus efeitos, a expensas dos infractores;
- Cessaçãõ parcial de actividade, ou qualquer acto ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência.

c) Sanções pecuniárias compulsórias

A ARC pode aplicar, quando tal se justifique, uma sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso, a contar da data fixada na decisão, num montante que não excede 5% da média diária do volume de negócios, das empresas ou agregado de empresas, no último ano no caso de não acatamento de decisão da ARC que imponha uma sanção ou ordene a adopção de medidas determinadas.

9. Sinais de alerta de conluio na contratação pública: Check-list

O conluio na contratação pública consiste na concertação de propostas ou comportamentos com o objectivo de eliminar, falsear ou limitar a concorrência nos procedimentos de contratação pública.

Vários indícios podem alertar as entidades adjudicantes para a possibilidade de conluio nos procedimentos de contratação.

Mostra-se importante que as entidades adjudicantes reconheçam os principais sinais de alerta através da check-list seguinte e, que as entidades concorrentes evitem o conluio através das características apresentadas no mesmo instrumento abaixo.

Na apresentação de propostas

- Número de propostas inferior ao habitual.
- Propostas retiradas de forma inesperada.
- Propostas fictícias que as empresas sabem que não serão bem-sucedidas.
- Concorrentes habituais não apresentam propostas.
- Propostas conjuntas quando as empresas teriam condições para o fazer individualmente.
- Propostas diferentes que apresentam:
 - os mesmos erros (v.g., erros ortográficos, gramaticais ou de cálculo);
 - as mesmas lacunas face à informação requerida;
 - a mesma terminologia, em particular quando atípica;
 - a mesma formatação, grafia ou correções de última hora;
 - o mesmo papel timbrado, formulários semelhantes ou os mesmos dados de contacto;
 - carimbos de registo postal idênticos ou datas de receção, em mão, coincidentes ou, em caso de envio online, os mesmos endereços IP.

Nas condições comerciais

- Propostas com preços iguais.
- Subidas uniformes de preços não explicadas por aumento dos custos.
- Alinhamento súbito dos preços entre concorrentes.
- Descida de preços quando participa um novo concorrente.
- Diferença muito significativa entre o melhor preço e os das demais propostas.
- Diferenças de preço entre propostas são percentagens/montantes fixos.
- Variação significativa e injustificada no preço das propostas da mesma empresa.
- Preços para serviços locais superam os preços para regiões mais distantes.
- Empresas locais e não locais apresentam custos de transporte semelhantes.
- Semelhanças na calendarização e nas rubricas de custos entre propostas.

Nas declarações dos concorrentes

- Referência a propostas concorrentes ou à existência de um acordo.
- Referência a exclusividade a uma área geográfica ou a determinados clientes.
- Referência a orientações do setor, v.g., de associações empresariais.

Nos resultados dos procedimentos

- Padrão de rotatividade das propostas vencedoras.
- Padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras.

Nos comportamentos

- Empresa vencedora subcontrata reiteradamente os demais concorrentes.
- Empresa vencedora não aceita a adjudicação do contrato e posteriormente é subcontratada.
- Alguns concorrentes não solicitam orçamento a um fornecedor imprescindível.
- Vários concorrentes contratam a mesma consultora no apoio à elaboração de propostas.