

II

*(Comunicações)*COMUNICAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO
EUROPEIA

COMISSÃO EUROPEIA

**Comunicação 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)

Índice

	<i>Páginas</i>
1. INTRODUÇÃO	3
1.1. A questão em apreço	3
1.2. As dificuldades no tratamento da questão	4
1.3. Esforços envidados até ao momento para resolver o problema da colusão	5
2. INSTRUMENTOS AO NÍVEL DA UE PARA LUTAR CONTRA A COLUSÃO	5
2.1. Compromisso político no sentido de tomar medidas	5
2.2. Princípios orientadores para a concretização desse compromisso	6
2.3. Objetivo da presente comunicação	7
3. APOIAR OS ESTADOS-MEMBROS E AS AUTORIDADES ADJUDICANTES	7
4. MELHORAR A COOPERAÇÃO ENTRE AS AUTORIDADES CENTRAIS RESPONSÁVEIS PELOS CONTRATOS PÚBLICOS E DA CONCORRÊNCIA AO NÍVEL NACIONAL	8
5. ORIENTAÇÕES PARA AS AUTORIDADES ADJUDICANTES SOBRE A FORMA DE APLICAR O MOTIVO DE EXCLUSÃO POR COLUSÃO EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 38.º, N.º 7, ALÍNEA E), DA DIRETIVA 2014/23/UE, O ARTIGO 57.º, N.º 4), ALÍNEA D), DA DIRETIVA 2014/24/UE E O ARTIGO 80.º, N.º 1, DA DIRETIVA 2014/25/UE	10
5.1. As disposições jurídicas aplicáveis e o seu cumprimento até à data	10
5.2. O âmbito de aplicação do motivo de exclusão por colusão: cobertura das práticas concertadas e interligação com o motivo de exclusão devido a falta profissional grave	12
5.3. Competências das autoridades adjudicantes para aplicar o motivo de exclusão: ampla margem discricionária e limites à sua margem de manobra	13
5.4. Noção de «indício suficientemente plausível»: factos suscetíveis de serem considerados indícios, o que constitui um «indício» por oposição a «provas» e tratamento a dar aos requerentes de clemência	14
5.5. Empresas filiadas que participam no mesmo processo de adjudicação: direito de os operadores sobre os quais possam recair suspeitas de colusão de demonstrarem a sua independência na apresentação de propostas	17

5.6. Apresentação de propostas conjuntas e subcontratação: uma avaliação cuidadosa, mas equilibrada, por parte da autoridade adjudicante	18
5.7. Medidas de «limpeza automática» adotadas pelos operadores económicos na aceção do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva: direito dos operadores de demonstrarem a sua fiabilidade e necessidade de as autoridades adjudicantes efetuarem uma avaliação proporcionada dos argumentos apresentados	19
5.8. A importância de as autoridades adjudicantes informarem e/ou obterem assistência junto da autoridade da concorrência ou de outras autoridades centrais envolvidas	20
5.9. Definir as condições para excluir um operador económico em conformidade com o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva	21
ANEXO	23
Meios e sugestões para combater eficazmente a colusão na contratação pública	23

1. INTRODUÇÃO

1.1. A questão em apreço

A contratação pública é uma das formas de despesa pública mais tangíveis, dado que a sua finalidade é fornecer obras, bens ou serviços diretamente utilizados pelos cidadãos (por exemplo, uma estrada ou um aeroporto, os materiais utilizados num hospital ou ainda serviços de transporte público em autocarros). Os contratos públicos representam uma quota-parte considerável do PIB dos Estados-Membros da UE ⁽¹⁾, desempenhando um papel essencial no crescimento económico, no progresso social e na consecução do objetivo fundamental dos Estados relativo à prestação de serviços de boa qualidade aos seus cidadãos. Os cidadãos têm o direito de verificar que os dinheiros públicos são gastos da forma mais eficiente, transparente, responsável e justa, de utilizar serviços públicos de qualidade e, em última instância, de continuar a ter confiança nas instituições públicas.

No domínio da contratação pública, o termo «colusão» (também muitas vezes denominado «manipulação das propostas») refere-se a acordos ilegais entre operadores económicos, com o objetivo de distorcer a concorrência em processos de adjudicação. Estes acordos colusórios entre operadores económicos podem assumir várias tipologias, tais como uma concertação prévia do conteúdo das propostas dos operadores (especialmente o preço), de modo a influenciar o resultado do processo, a não apresentação de uma proposta, a atribuição do mercado com base na área geográfica, na autoridade adjudicante ou no objeto do concurso, ou o estabelecimento de mecanismos de alternância para um conjunto de processos. Estas práticas têm como finalidade permitir que um proponente pré-determinado celebre um contrato criando a ilusão de que o procedimento foi efetivamente concorrencial.

Fundamentalmente, a colusão anula os benefícios de um mercado de contratação pública justo, transparente, centrado na concorrência e orientado para o investimento, ao restringir o acesso de empresas a esse mercado e ao limitar a escolha por parte dos adquirentes públicos. Regra geral, um mercado de contratação pública afetado pela colusão dissuade os operadores económicos que cumprem a lei de participar nos respetivos processos de adjudicação ou de investir em projetos do setor público. Este desincentivo tem um efeito particularmente nocivo nas empresas que procuram ou necessitam de desenvolver a sua atividade, especialmente as pequenas e médias empresas. De igual modo, é prejudicial para empresas com capacidade e interesse em desenvolver soluções inovadoras que satisfaçam as necessidades do setor público. Há muito que a colusão está identificada e é tratada como um fator de risco significativo para a eficiência da despesa pública. Estima-se que provoque um aumento até 60 % do custo suportado pelos adquirentes públicos em comparação com o valor que pagariam em condições de mercado normais ⁽²⁾. Um único caso de colusão num processo de adjudicação de vários milhões é quanto basta para custar ao contribuinte europeu milhões de euros em montantes pagos em excesso, em detrimento de uma despesa pública eficiente e responsável.

A colusão é um fenómeno frequente nos mercados da contratação pública (nomeadamente em setores económicos essenciais, como a construção civil, as tecnologias da informação ou a saúde). São regularmente identificados, investigados e julgados (em processos administrativos e, não raro, penais) casos de colusão em todas as partes do mundo, incluindo os Estados-Membros da UE ⁽³⁾. Em situações de emergência, a exemplo da pandemia de COVID-19, a necessidade urgente das autoridades públicas de adquirir, num prazo muito curto, grandes quantidades de bens e serviços para os respetivos sistemas de saúde pode agravar o risco de colusão entre alguns operadores económicos, que poderão tentar aproveitar a situação de emergência para restringir artificialmente a concorrência, a fim de maximizarem os seus lucros à custa das finanças públicas. Os efeitos prejudiciais da colusão nas finanças públicas podem revelar-se ainda mais graves na sequência de tais situações de emergência, num período em que a recuperação económica depende, em larga medida, da melhor utilização possível dos fundos públicos disponíveis e da realização de investimentos avultados em setores económicos fulcrais. A aplicação indevida de montantes excessivos em obras, bens e serviços implica uma redução dos fundos públicos disponíveis para levar a cabo atividades essenciais dos Estados, um aumento dos défices orçamentais e uma necessidade mais premente de recorrer a empréstimos, pondo assim em causa a estabilidade financeira dos Estados e os seus esforços de recuperação. Além disso, a relutância das empresas em participar em projetos do setor público nos mercados afetados pela colusão compromete os esforços no sentido de captar investimento privado em infraestruturas (por exemplo, no caso de concessões que requeiram uma participação de capital privado).

Nos termos do direito da União ⁽⁴⁾, a colusão entre operadores económicos é referida no artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o qual proíbe expressamente os acordos ou as práticas concertadas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno e que sejam suscetíveis de afetar o

⁽¹⁾ Estima-se que seja superior a 14 % do PIB total dos Estados-Membros da UE.

⁽²⁾ Ver, por exemplo: <http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/975181468151765134/Curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector>. Nos Estados Unidos, um processo pendente de alegada colusão em fase de investigação, no qual estão implicadas grandes empresas farmacêuticas, inclui alegações de uma participação das empresas num esquema colusório de fixação artificial dos preços de um conjunto de medicamentos genéricos, que ascendiam a mais 1000 % do que o seu preço de mercado normal.

⁽³⁾ De acordo com as informações recebidas pelos Estados-Membros (ver secção 2.2 da presente comunicação).

⁽⁴⁾ Tal como analisado na secção 5.1 da presente comunicação.

comércio entre os Estados-Membros. Além do mais, desde a adoção, em 2014, da mais recente geração de diretivas da UE relativas aos contratos públicos, a existência de indícios de colusão suficientemente plausíveis passou a ser, expressamente, um motivo facultativo para excluir um operador económico de um processo de adjudicação ⁽⁹⁾.

1.2. As dificuldades no tratamento da questão

A deteção e o tratamento dos casos de colusão na contratação pública colocam desafios concretos às autoridades nacionais. Os acordos ilegais de colusão entre operadores económicos são, por natureza, secretos e, na maioria dos casos, instaurados e executados de modo muito cauteloso e sofisticado. Existem indícios de que, em muitos casos (se não na maioria dos mesmos), a colusão não é detetada durante o processo de adjudicação, sendo finalmente descoberta e objeto de ação penal (o que nem sempre acontece) pelas autoridades competentes, regra geral, muito depois de o contrato ter sido executado na íntegra. Os esquemas colusórios de longo prazo podem, inclusivamente, assumir-se como parte integrante das práticas comerciais nalguns setores económicos, uma vez que os operadores económicos se sentem tentados ou inclinados a aderir às mesmas para «garantirem» o seu acesso e quota-parte do mercado.

Os mercados da contratação pública têm características específicas que os tornam mais vulneráveis à colusão comparativamente a outros mercados. As autoridades adjudicantes seguem geralmente padrões de aquisição relativamente estáveis, com processos de adjudicação que se repetem com frequência, quantidades semelhantes e especificações de produtos ou serviços normalizadas e sem grandes alterações comparativamente a concursos anteriores. Esta previsibilidade da procura dá azo a uma repartição do mercado ilícita entre os operadores, ao assegurar um retorno «equitativo» para cada um deles. De resto, determinados setores do mercado podem ter um número muito reduzido de operadores económicos a apresentar propostas para contratos públicos, devido, em boa parte dos casos, a uma localização afastada da autoridade adjudicante ou a uma dimensão pouco significativa do mercado em causa. A escassez de proponentes pode ainda ser agravada pelas escolhas tomadas ou pelas práticas aplicadas pelas próprias autoridades adjudicantes, designadamente quando não optam por concursos abertos ou quando introduzem requisitos concursais exigentes ou com especificações excessivas, que podem ter como consequência uma limitação ainda maior do número de propostas apresentadas num processo de adjudicação. Quanto menor for o número de operadores económicos ativos num mercado de contratação pública, mais fácil é a colusão. Por último, as autoridades adjudicantes podem igualmente ser sujeitas a um conjunto de requisitos de divulgação de informações sobre os processos de adjudicação, que vão além das exigências ao abrigo das diretivas da UE relativas aos contratos públicos (por exemplo, a divulgação de informação pormenorizada sobre quem tenha apresentado uma proposta e o preço correspondente). Tal pode ajudar os participantes numa colusão a trocar informações e a controlar o cumprimento de um acordo ilegal por todas as partes no mesmo.

A dificuldade inerente ao tratamento de casos suspeitos de colusão é exacerbada pela realidade com que se deparam frequentemente as autoridades adjudicantes na realização dos procedimentos de concurso. As autoridades adjudicantes (especialmente as de menor dimensão) padecem muitas vezes de um défice de pessoal com formação e experiência adequadas que seja capaz de identificar casos de colusão em determinado processo de adjudicação. Por norma, os funcionários responsáveis por concursos ⁽¹⁰⁾ concentram-se em assegurar que o processo satisfaz os requisitos processuais e legais básicos em vigor e é concluído no prazo previsto. Mesmo nos casos em que os funcionários responsáveis por concursos detetam propostas suspeitas, não conhecem, muitas vezes, todo o leque de instrumentos à sua disposição para intervir nem os possíveis mecanismos existentes para obter assistência especializada das autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos ou das autoridades da concorrência. Além disso, a perspetiva de atrasos no processo de adjudicação, os quais têm amiúde repercussões administrativas, orçamentais ou até políticas, pode dissuadir os funcionários responsáveis por concursos de tratar eficazmente dos casos suspeitos de colusão. As dúvidas em torno da capacidade ou mesmo da disponibilidade de uma autoridade adjudicante para combater firmemente a colusão podem funcionar como mais um elemento propiciador de colusão entre os operadores económicos.

⁽⁹⁾ Ver o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO L 94 de 28.3.2014, p. 65), bem como o artigo 38.º, n.º 7, alínea e), da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO L 94 de 28.3.2014, p. 1). O motivo de exclusão previsto na Diretiva 2014/24/UE pode igualmente aplicar-se à Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO L 94 de 28.3.2014, p. 243), por força do artigo 80.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.

⁽¹⁰⁾ Para efeitos da presente comunicação, os termos «funcionário responsável por concursos» ou «pessoal responsável por concursos» refere-se ao pessoal de autoridades ou entidades adjudicantes que participa, em maior ou menor grau, na elaboração, abertura e execução de um processo de adjudicação de contrato público. Esta definição não prejudica as competências dos Estados-Membros no que toca à organização das suas administrações nacionais, aos níveis de tomada de decisão, à participação de vários departamentos nos processos globais de adjudicação, etc. Neste sentido, a capacidade de detetar e tratar de um caso suspeito de colusão e o dever de assegurar a fiabilidade do processo de adjudicação aplicam-se a todos intervenientes no processo, desde o membro do pessoal que recebe e abre as propostas até ao gestor que assina a decisão de adjudicação do contrato.

Por último, o combate à colusão na contratação pública é ainda mais difícil quando é associada a práticas de corrupção, por exemplo, quando os operadores económicos em conluio subornam uma pessoa com influência no processo de adjudicação para garantir que as suas práticas ilícitas não sejam detetadas. Embora a colusão e a corrupção sejam encaradas, para efeitos da presente comunicação, como problemas distintos na contratação pública, podem ocorrer conjuntamente e comprometer ainda mais a fiabilidade do processo de adjudicação.

1.3. Esforços envidados até ao momento para resolver o problema da colusão

Até à adoção das diretivas relativas aos contratos públicos de 2014, as práticas colusórias na contratação pública eram essencialmente tratadas ao nível da UE, sob o prisma do direito da concorrência. Eram abordadas como casos típicos de concertação entre dois ou mais operadores de mercado independentes, o que restringe a concorrência e é proibido nos termos do artigo 101.º do TFUE.

Ao longo dos anos, tanto a Comissão como as autoridades nacionais da concorrência (habilitadas a fazer aplicar o disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE) geriram vários casos de colusão na contratação pública ⁽⁷⁾. Na maioria dos Estados-Membros, as autoridades nacionais da concorrência emitiram orientações específicas sobre a luta contra a colusão. Também foram elaboradas orientações relativas a sinergias entre as autoridades responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência, no âmbito da Rede Internacional da Concorrência ⁽⁸⁾, na qual a Comissão participa. As autoridades da concorrência têm difundido junto das autoridades adjudicantes formas de adotar medidas preventivas na fase de planeamento dos processos de contratação pública, além de ministrarem formação sobre a luta contra a colusão a funcionários responsáveis por concursos. Nos últimos anos, os métodos de análise de dados a partir de sistemas de contratação eletrónica têm vindo a revelar-se um instrumento adicional valioso para detetar casos de colusão.

Em novembro de 2017, o OLAF publicou um manual intitulado «Fraud in Public Procurement — A collection of Red Flags and Best Practices» (Fraude em contratos públicos — um conjunto de sinais de alerta e boas práticas) ⁽⁹⁾, elaborado com base em contributos de peritos dos Estados-Membros para o Comité Consultivo para a Coordenação da Luta Contra a Fraude (COCOLAF). O manual inclui uma secção dedicada à colusão, fornecendo uma lista muito abrangente e pormenorizada de «sinais de alerta» e sugestões para detetar casos de colusão na fase prévia ao concurso e na fase de concurso.

Outros organismos, nomeadamente a OCDE ⁽¹⁰⁾ e o Banco Mundial ⁽¹¹⁾, também desenvolveram um trabalho importante sobre o problema da colusão na contratação pública.

2. INSTRUMENTOS AO NÍVEL DA UE PARA LUTAR CONTRA A COLUSÃO

2.1. Compromisso político no sentido de tomar medidas

Tal como referido anteriormente, foram confiados poderes de investigação e execução às autoridades europeias e nacionais da concorrência, com vista a sancionar as práticas colusórias e a dissuadir os operadores económicos de adotarem práticas colusórias no futuro. Contudo, na maior parte dos casos, a aplicação do direito da concorrência e as sanções ocorrem depois de o mal-estar feito, ou seja, após a adjudicação do contrato e, na maioria dos casos, já depois de ter sido executado na íntegra. Ainda que essa identificação tardia de práticas colusórias sirva o propósito de sancionar a colusão e dissuadir práticas semelhantes no futuro, não serve qualquer propósito concreto relativamente aos processos de concurso que

⁽⁷⁾ Relativamente aos casos investigados pela Comissão, ver, por exemplo, o processo SPO (que implicava empresas de construção nos Países Baixos) de 1992 (processos IV/31.572 e 32.571), o processo sobre tubos com revestimento térmico de 1999 (processo IV/35.691/E-4), o processo sobre elevadores e escadas rolantes de 2007 (processo COMP/E-1/38.823), o processo sobre cabos elétricos de 2014 (processo AT.39610), assim como os processos citados no relatório da Direção-Geral da Concorrência da Comissão sobre a aplicação das regras de concorrência no setor farmacêutico, aprovado em 28 de janeiro de 2019 (disponível em: https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_pt.pdf).

⁽⁸⁾ Nomeadamente o capítulo do manual relativo à aplicação da legislação em matéria de cartéis elaborado pela Rede Internacional da Concorrência (ICN) que trata das relações entre autoridades e da concorrência e organismos de contratação pública («Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies»).

⁽⁹⁾ A colusão foi igualmente abordada num estudo encomendado pelo OLAF intitulado «Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU», publicado em junho de 2013 (disponível em https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf).

⁽¹⁰⁾ Em 17 de julho de 2012, o Conselho da OCDE adotou uma recomendação sobre a luta contra a manipulação de propostas na contratação pública (<https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>). A recomendação insta os governos a zelarem por uma conceção dos processos de contratação pública que promova a concorrência e diminua o risco de manipulação das propostas. Em 2009, a Divisão de Concorrência da OCDE já tinha elaborado diretrizes e listas de verificação muito pormenorizadas para combater a manipulação de propostas na contratação pública. A recomendação da OCDE serviu de base a documentos de orientação emitidos por várias autoridades nacionais sobre o tema da colusão.

⁽¹¹⁾ Em 2013, o Banco Mundial publicou o seu manual de sensibilização sobre a fraude e a corrupção («Fraud and Corruption Awareness Handbook»), destinado aos funcionários públicos que intervêm na contratação pública, que inclui uma secção dedicada à colusão. Em 2011, o Banco Mundial emitiu igualmente orientações específicas sobre a luta contra a colusão no setor da construção, que identificou como sendo o setor mais vulnerável a práticas colusórias, a par do setor do fornecimento de medicamentos.

efetivamente são afetados e pode resultar na adjudicação do contrato a um operador que atuou em colusão, em detrimento do interesse público. Não obstante o papel essencial das autoridades europeias e nacionais da concorrência na luta contra a colusão, afigura-se crucial travar a colusão na fase mais relevante, a saber, antes de um contrato ser adjudicado. Para tal, é necessário enfrentar o problema também sob o prisma da contratação pública, ou seja, capacitar os funcionários que organizam processos de adjudicação para prevenir, detetar e reagir eficientemente a comportamentos colusórios durante o próprio processo. Essa capacitação inclui a utilização dos meios previstos nas diretivas relativas aos contratos públicos, em especial a possibilidade de excluir um proponente do concurso se existirem indícios suficientemente plausíveis de que atuou em colusão para restringir efetivamente a concorrência ⁽¹²⁾.

Na sua Comunicação de 2017 intitulada «Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa» [COM(2017)572] ⁽¹³⁾, a Comissão identificou seis prioridades estratégicas em que uma medida clara e concreta pode transformar a contratação pública num poderoso instrumento da política económica de cada Estado-Membro, conduzindo a benefícios substanciais nos resultados dos contratos públicos. No âmbito da prioridade estratégica «aumentar a transparência e a integridade e melhorar a qualidade dos dados», a Comissão anunciou a sua intenção de:

«[...] desenvolver ferramentas e iniciativas que abordam esta questão e aumentam a sensibilização para este tema para minimizar os riscos de comportamentos colusórios em mercados de contratos públicos. Tal incluirá medidas destinadas a melhorar o conhecimento do mercado por parte das entidades adjudicantes, apoio às autoridades adjudicantes no planeamento cuidadoso e na conceção dos processos de contratação, bem como uma melhor cooperação e intercâmbio de informações entre as entidades responsáveis pela contratação pública e as autoridades da concorrência. A Comissão irá também preparar orientações sobre a aplicação das novas diretivas da UE relativas aos contratos públicos sobre motivos de exclusão por colusão.»

Além destas medidas específicas, a comunicação de 2017 também incluía a prioridade estratégica «melhoria do acesso aos mercados da contratação». Para o efeito:

«[...] a Comissão incentiva os países terceiros a aderir ao Acordo da OMC sobre Contratos Públicos e esforça-se por concluir capítulos ambiciosos relativos aos contratos públicos nos acordos de comércio livre».

A abertura de mercados internacionais de contratos públicos e a autorização da entrada de novos operadores económicos nos processos de adjudicação, especialmente em países com mercados de contratação mais pequenos e em setores em que a oferta é limitada, são geralmente reconhecidos como meios fundamentais de aumentar a concorrência, evitar a concentração de mercado ou oligopólios e, conseqüentemente, dissuadir os comportamentos colusórios.

Em 10 de março de 2020, a Comissão confirmou o seu compromisso específico de fornecer orientações sobre a luta contra a colusão na contratação pública na sua comunicação intitulada «Plano de Ação a Longo Prazo para Melhorar a Aplicação e o Cumprimento das Regras do Mercado Único» [COM(2020)94 final] ⁽¹⁴⁾.

2.2. Princípios orientadores para a concretização desse compromisso

No sentido de honrar o seu compromisso político de resolver o problema da colusão, a Comissão está a envidar esforços na produção de ferramentas destinadas essencialmente ao pessoal responsável pela realização de procedimentos de concurso nos Estados-Membros. O objetivo é assegurar que estes técnicos tenham ferramentas, formação e apoio adequados, permitindo-lhes combater eficazmente a colusão nos processos de adjudicação.

O intuito da Comissão não é duplicar o trabalho desenvolvido até ao momento, mas antes intervir sobre aspetos do quadro regulamentar ou administrativo em que existe uma procura nítida e crescente por parte do mercado de orientações e medidas concretas.

A Comissão inspira-se nas experiências e boas práticas que já existem nos Estados-Membros da UE. Vinte e um Estados-Membros apresentaram respostas muito válidas a um conjunto de dez perguntas feitas pela Comissão em fevereiro de 2019, fornecendo contributos práticos para a resolução deste problema. A Comissão procurará associar de forma permanente peritos nacionais nos domínios da contratação pública e da concorrência ao desenvolvimento das ferramentas anunciadas, a fim de assegurar que todas as medidas tomadas criem verdadeiramente valor acrescentado na luta contra a colusão e incidam nas necessidades reais das autoridades adjudicantes.

⁽¹²⁾ Tal como analisado na secção 5.1 da presente comunicação.

⁽¹³⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

⁽¹⁴⁾ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2020:0094:FIN:PT:PDF>

2.3. Objetivo da presente comunicação

A presente comunicação descreve pormenorizadamente as ferramentas anunciadas na comunicação de 2017 supramencionada e que a Comissão pretende estabelecer para assistir eficazmente os Estados-Membros e as respetivas autoridades adjudicantes nos seus esforços de combate ao problema da colusão na contratação pública. As referidas ferramentas têm por finalidade:

- **Apoiar os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes no reforço das capacidades para resolver o problema**, em especial através da incorporação de métodos para dissuadir, detetar e combater a colusão no âmbito das iniciativas em curso da Comissão para a profissionalização da contratação pública. Os métodos incluem a melhoria do conhecimento do mercado, uma adaptação dos processos a fim de encorajar a máxima participação dos operadores económicos e limitar o risco de colusão, bem como a sensibilização (ver secção 3);
- **Promover a cooperação entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos⁽¹⁵⁾ e da concorrência ao nível nacional**, a fim de assegurar um apoio eficiente e contínuo às autoridades adjudicantes (ver secção 4).

A presente comunicação também inclui as anunciadas **orientações** concisas, intuitivas e facilmente legíveis **para as autoridades adjudicantes sobre a forma de aplicar o motivo de exclusão por colusão** previsto nas diretivas relativas aos contratos públicos. Essas orientações são apresentadas na secção 5, com um anexo que define um conjunto de meios para dissuadir, detetar e tratar melhor os casos suspeitos de colusão.

3. APOIAR OS ESTADOS-MEMBROS E AS AUTORIDADES ADJUDICANTES

Para dar resposta ao problema da colusão antes de o processo de adjudicação estar concluído, os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes têm de envidar esforços conjuntos no sentido de reforçar as capacidades administrativas necessárias para assegurar que o processo de adjudicação seja corretamente executado. As medidas que os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes podem equacionar, tendo em vista o reforço dessas capacidades, incluem:

- **A disponibilização de recursos** (especialmente recursos humanos) que sejam capazes de realizar processos de adjudicação, incluindo a capacidade de tratar de forma adequada e oportuna dos casos de presumível colusão;
- **A utilização dos incentivos administrativos disponíveis para premiar os funcionários** que realizam processos de concurso e detetam, tratam e comunicam ativamente os possíveis casos de colusão;
- **A organização de sessões de formação e de sensibilização destinadas ao pessoal responsável por concursos**. A formação do pessoal consistiria prioritariamente em chamar a atenção para os efeitos prejudiciais da colusão nos processos de adjudicação, promover em toda a administração uma cultura de serviço em que a colusão deve ser ativamente combatida e dotar o pessoal responsável por concursos de competências funcionais que lhes permitam resolver o problema na prática. Os cursos de formação poderiam incluir métodos para melhorar o conhecimento do mercado, conceber e realizar os processos por forma a limitar o risco de colusão e encorajar a participação dos operadores nos processos de adjudicação, bem como explorar todos os instrumentos e métodos disponíveis para detetar a colusão durante o processo de adjudicação. É igualmente aconselhável ministrar formação aos funcionários responsáveis por concursos sobre os princípios fundamentais do direito da concorrência no que respeita aos cartéis.

Os Estados-Membros da UE estão bem cientes da importância de profissionalizarem o seu pessoal responsável por concursos neste domínio. A maioria já publicou diretrizes ou outros documentos informativos sobre a prevenção e deteção de práticas colusórias. Alguns Estados-Membros também desenvolveram (ou estão atualmente a desenvolver) ferramentas práticas para filtrar as informações disponíveis, com vista a detetar propostas suspeitas de modo mais eficaz. A maioria dos Estados-Membros tem organizado campanhas de sensibilização e sessões de formação sobre a luta contra a colusão, dirigidas às autoridades adjudicantes e aos funcionários responsáveis por concursos.

A fim de chamar a atenção para este assunto e apoiar as medidas adotadas pelos Estados-Membros, a Comissão está a trabalhar em diferentes formas de incorporar a luta contra a colusão nas suas iniciativas em curso para a profissionalização da contratação pública (em consonância com a sua recomendação de 2017 sobre a profissionalização). Estão abrangidas as seguintes ações:

- Incluir competências profissionais de prevenção e deteção de práticas colusórias no Quadro Europeu de Competências para profissionais no domínio da contratação pública (ProcurComp^{EU})⁽¹⁶⁾;

⁽¹⁵⁾ Para efeitos da presente comunicação, entende-se por «autoridade central responsável pelos contratos públicos» a autoridade, departamento ou instituição a quem cabe, ao nível nacional, elaborar e executar o quadro jurídico nacional da contratação pública, bem como proceder ao seu acompanhamento e/ou apoiar o seu funcionamento. Tal não prejudica as competências dos Estados-Membros no que toca à organização das suas administrações nacionais.

⁽¹⁶⁾ https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_pt

- Partilhar com todos os Estados-Membros boas práticas e ferramentas desenvolvidas à escala nacional, através dos grupos de peritos da Comissão ou dos meios digitais de comunicação disponíveis;
- Promover a participação das autoridades nacionais da concorrência (nomeadamente de funcionários que tenham lidado, na prática, com casos de colusão) nas sessões de sensibilização e de formação destinadas a funcionários responsáveis por concursos, atendendo aos conhecimentos especializados facilmente disponíveis das autoridades nacionais da concorrência sobre essa matéria (ver igualmente a secção 4);
- Promover 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 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;
- Assegurar um intercâmbio de boas práticas para encorajar os funcionários responsáveis por concursos a reprimir ativamente os casos de presumível colusão;
- Através de um trabalho em conjunto com outras organizações internacionais (tais como a OCDE, a OMC, o Banco Mundial e o BERD), dinamizar uma base internacional de conhecimentos e experiências na luta contra a colusão, nomeadamente conhecimentos e experiências relativamente à abertura de mercados globais e à conceção e realização de concursos de modo favorável à concorrência, procurando obter a máxima participação dos operadores económicos.

Em consonância com a comunicação de 2017 supramencionada, importa prestar especial atenção aos setores económicos considerados sensíveis, por serem vulneráveis à colusão (por exemplo, devido a uma concentração da oferta ou da procura, designadamente nos processos de adjudicação de pequena escala executados ao nível subcentral ou local) ou importantes devido à sua dimensão económica ou ao seu papel na sociedade (a saber, a construção civil, a saúde e o setor das tecnologias da informação).

4. MELHORAR A COOPERAÇÃO ENTRE AS AUTORIDADES CENTRAIS RESPONSÁVEIS PELOS CONTRATOS PÚBLICOS E DA CONCORRÊNCIA AO NÍVEL NACIONAL

Um combate eficaz à colusão na contratação pública exige uma abordagem completa por parte das autoridades adjudicantes, aproveitando os conhecimentos e experiências tanto no domínio dos concursos como da concorrência. O estabelecimento de um quadro abrangente, estável e eficiente para apoiar as autoridades adjudicantes nesta tarefa exige uma plena cooperação entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência ao nível nacional.

Nalguns Estados-Membros, estas autoridades definiram (ou estão atualmente a definir) as condições para uma cooperação mais estreita na luta contra a colusão num acordo *ad hoc*. Na prática, este tipo de acordo promove o intercâmbio de informações, experiências e boas práticas na luta contra os comportamentos anticoncorrenciais na contratação pública. Nalguns Estados-Membros, como a Suécia e a Alemanha, a autoridade da concorrência também desempenha um papel de supervisão da aplicação das regras de contratação pública.

Independentemente da forma assumida por essa cooperação, a Comissão recomenda vivamente que as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência tomem a iniciativa de unir esforços para lutar contra a colusão na contratação pública. Deste modo, os Estados-Membros e as suas autoridades centrais poderiam conceber e aplicar medidas de forma mais eficiente no apoio às autoridades adjudicantes, tais como:

- 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, especialmente mecanismos de denúncia de irregularidades ou programas de clemência ⁽¹⁷⁾;
- Elaborar as disposições práticas passo a passo para as autoridades adjudicantes obterem a assistência especializada das autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência;
- Possibilitar o acesso das autoridades às informações de que necessitam para o desempenho das suas funções no tratamento de casos suspeitos de colusão. Os Estados-Membros podem considerar, no âmbito dos respetivos quadros jurídicos e em conformidade com os requisitos da UE ⁽¹⁸⁾ e nacionais em matéria de proteção de dados, o seguinte:
- permitir o acesso das suas autoridades da concorrência às bases de dados de contratação eletrónica (tais como os registos nacionais de contratos disponíveis) e às propostas relativamente aos casos sob investigação,

⁽¹⁷⁾ Ver, por exemplo, uma das ferramentas deste género estabelecidas pela Comissão Europeia: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>

⁽¹⁸⁾ Designadamente o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da UE [Regulamento (UE) 2016/679].

- autorizar a troca de informações disponíveis entre as autoridades responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência, para que estas possam avaliar se existem padrões de colusão entre operadores económicos,
- impor às autoridades adjudicantes a obrigação de informarem as suas autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência dos casos em que tenham excluído um operador económico por suspeita de colusão (ver também a secção 5.8). Tal permitiria às autoridades centrais um seguimento e controlo da utilização ao nível nacional do motivo de exclusão previsto nas diretivas e efetuar o necessário acompanhamento desses casos (por exemplo, aquando da investigação dos casos no âmbito das regras da concorrência ou da apreciação de uma eventual exclusão do operador de procedimentos de concurso durante determinado período);
- Criar uma base de dados nacional dos casos de exclusão de operadores económicos por motivos de colusão, em conformidade com a legislação nacional e com os requisitos da UE ⁽¹⁹⁾ e nacionais em matéria de proteção de dados. A referida base de dados proporcionaria às autoridades adjudicantes informações facilmente disponíveis sobre os operadores económicos implicados em casos de colusão no passado, facilitando a tarefa de avaliar a idoneidade e fiabilidade desses operadores. Também ajudaria as autoridades centrais nacionais a controlar, por um lado, o modo como as diferentes autoridades adjudicantes tratam casos similares e, por outro, o cumprimento efetivo das decisões de exclusão de operadores económicos dos processos de adjudicação;
- Introduzir, no quadro nacional da contratação pública, instrumentos opcionais para as autoridades adjudicantes, capazes de dissuadir eficazmente os operadores económicos de adotarem práticas colusórias. Tais instrumentos poderiam incluir:
 - um requisito aplicável a qualquer proponente relativamente à apresentação em separado de uma declaração a atestar a independência da proposta, apensa à própria proposta ⁽²⁰⁾, e
 - cláusulas explícitas no contrato a estabelecer o direito de a autoridade adjudicante rescindir o contrato ou exigir uma indemnização se vier a apurar-se que o adjudicatário atuou em colusão;
- Cooperar no exame dos dados relativos à contratação pública, com vista a detetar mais facilmente indícios de colusão nos processos de adjudicação. Para o efeito, os Estados-Membros são convidados a estabelecer, no plano nacional, métodos simples e fáceis de aplicar para recolher e analisar grandes volumes de dados disponíveis nas bases de dados de contratação eletrónica (com um possível recurso a algoritmos, algoritmos de inteligência artificial ou aprendizagem automática);
- Coorganizar sessões de formação sobre a contratação pública e a concorrência destinadas ao pessoal responsável por concursos e pela concorrência, de modo que estas duas comunidades profissionais se familiarizem com os quadros e práticas de trabalho uns dos outros;
- Implementar um sistema de revisão periódica conjunta de processos de adjudicação selecionados, a fim de identificar casos de colusão e de acompanhar a contratação pública em setores sensíveis;
- Levar a cabo campanhas de sensibilização especificamente destinadas à comunidade empresarial ativa na contratação pública, destacando os requisitos legais em vigor aplicáveis à participação em processos de contratação pública, as possíveis consequências de um comportamento colusório, bem como as vantagens da concorrência leal no mercado da contratação pública tanto para os adquirentes públicos como para as empresas.

A Comissão estudará formas de apoiar os esforços dos Estados-Membros para criar as sinergias necessárias à escala nacional entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência (nomeadamente, mecanismos eficazes e práticos de cooperação, intercâmbio de informações e assistência permanentes), tais como:

- Aproveitar os debates nos grupos de peritos da Comissão para recomendar boas práticas relativamente aos mecanismos nacionais de apoio aos funcionários responsáveis por concursos e aos modos de cooperação ao nível nacional entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência. Tal incluirá, idealmente, apresentações por parte dos Estados-Membros onde existam mecanismos deste tipo. As orientações formuladas pela Rede Internacional da Concorrência (ver secção 1.3) poderão ser uma fonte de inspiração neste contexto;

⁽¹⁹⁾ Ver nota de rodapé 18.

⁽²⁰⁾ Os operadores económicos já são obrigados a declarar se celebraram qualquer acordo colusório quando apresentam o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP). A Comissão poderá equacionar, no futuro, complementar esta disposição com a exigência de uma declaração a confirmar que o proponente preparou a sua proposta de forma independente. A OCDE elaborou um modelo exemplificativo deste tipo de declaração: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/certificate-independent-bid-determination.pdf>

- Organizar um primeiro encontro ou seminário conjunto que reúna as comunidades profissionais de trabalhadores da contratação pública e peritos no domínio da concorrência. A Comissão pode considerar, além disso, a possibilidade de criar, caso entenda ter utilidade, um fórum ao nível da UE para incentivar a cooperação e o intercâmbio transfronteiras de informações, experiências e conhecimentos nesta matéria. Esse fórum poderia servir para debater e partilhar experiências sobre questões como práticas comuns à escala da UE em matéria de recolha de dados e análise de indicadores de colusão em toda a UE, o funcionamento da possibilidade de «limpeza automática» prevista no direito da União (ver secção 5.7) ou o modo como a Diretiva 2014/104/UE ⁽²¹⁾ se aplica às indemnizações por práticas colusórias.

Adicionalmente, a Comissão equacionará possíveis formas de promover a cooperação e o intercâmbio de informações à escala da UE entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência ao nível nacional, em conformidade com a legislação da UE ⁽²²⁾ e nacional em matéria de proteção de dados, a fim de permitir a partilha de informações em toda a UE sobre os operadores económicos que tenham sido excluídos de processos de adjudicação por motivos de colusão. Estes esforços poderão ter como inspiração os dispositivos existentes, como o Sistema de Informação do Mercado Interno ⁽²³⁾, o sistema central de informação da Rede Europeia da Concorrência (Sistema da Rede Europeia da Concorrência) ou o mecanismo de intercâmbio de informações desenvolvido no âmbito do mecanismo *ex ante* voluntário da Comissão para grandes projetos de infraestruturas ⁽²⁴⁾.

5. ORIENTAÇÕES PARA AS AUTORIDADES ADJUDICANTES SOBRE A FORMA DE APLICAR O MOTIVO DE EXCLUSÃO POR COLUSÃO EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 38.º, N.º 7, ALÍNEA E), DA DIRETIVA 2014/23/UE, O ARTIGO 57.º, N.º 4), ALÍNEA D), DA DIRETIVA 2014/24/UE E O ARTIGO 80.º, N.º 1, DA DIRETIVA 2014/25/UE

A presente secção da comunicação enuncia as opiniões não juridicamente vinculativas da Comissão sobre a forma de aplicar o motivo de exclusão por colusão previsto no artigo 38.º, n.º 7, alínea e), da Diretiva 2014/23/UE, no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE e no artigo 80.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE. Centra-se em questões específicas que se colocam aos Estados-Membros na aplicação das diretivas e aos funcionários responsáveis por concursos na apreciação das propostas durante processos de adjudicação. Estas opiniões não prejudicam as competências dos Estados-Membros no que toca à transposição e aplicação das diretivas e não implicam a criação de novas regras ou obrigações. Apenas o Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir designado por «Tribunal») tem poderes para dar uma interpretação juridicamente vinculativa das disposições do direito da União referidas na presente comunicação.

Por razões de exaustividade e usabilidade destas orientações, a presente comunicação também inclui no anexo conselhos simples e concisos, dirigidos principalmente aos funcionários responsáveis por concursos que preparam e realizam processos de adjudicação para as autoridades adjudicantes. São identificados alguns meios e ditos «sinais de alerta» que, na opinião da Comissão, são os mais fáceis de utilizar pelos funcionários responsáveis por concursos em todo o processo de adjudicação, com vista a dissuadir, detetar e combater a colusão. Estes conselhos refletem o trabalho valioso desenvolvido ao longo dos últimos anos por organizações e serviços como a OCDE, o OLAF ou as autoridades nacionais da concorrência, que têm providenciado aos funcionários responsáveis por concursos orientações e boas práticas abrangentes e facilmente disponíveis sobre a luta contra a colusão.

5.1. As disposições jurídicas aplicáveis e o seu cumprimento até à data

A colusão entre operadores económicos é proibida pelo direito da União em conformidade com o artigo 101.º do TFUE ⁽²⁵⁾, nos termos do qual:

«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 suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [...].»

Mesmo nos casos em que não afete (ou seja, suscetível de afetar) o comércio entre os Estados-Membros, a colusão poderá, ainda assim, ser objeto de ação penal nos termos das regras nacionais da concorrência.

⁽²¹⁾ Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

⁽²²⁾ Ver nota de rodapé 18.

⁽²³⁾ Ver considerando 128 da Diretiva 2014/24/UE.

⁽²⁴⁾ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>

⁽²⁵⁾ Em 8 de abril de 2020, a Comissão adotou uma comunicação sobre um «Quadro temporário para a análise de práticas anti-trust na cooperação entre empresas em resposta a situações de emergência decorrentes do atual surto de COVID-19» [C(2020) 3200 final]. Este documento diz respeito à gestão, na ótica do direito da concorrência, de possíveis formas de cooperação entre operadores económicos, a fim de assegurar o fornecimento e a distribuição adequada de produtos e serviços essenciais escassos durante o surto de COVID-19.

Antes da entrada em vigor da geração de diretivas relativas aos contratos públicos de 2014, os proponentes que atuavam em colusão podiam ser excluídos de processos de concurso ao abrigo do artigo 45.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18/CE, caso tivessem sido condenados, através de decisão transitada em julgado, por delito que afetasse a sua honorabilidade profissional [artigo 45.º, n.º 2, alínea c)], ou caso tivessem cometido falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as autoridades adjudicantes pudessem evocar [artigo 45.º, n.º 2, alínea d)] ⁽²⁶⁾. Ao aplicar este último motivo de exclusão facultativo, as autoridades adjudicantes podiam incluir uma infração às regras da concorrência, designadamente a colusão, como fundamento para justificar a exclusão, desde que fossem cumpridas as condições estabelecidas no referido artigo ⁽²⁷⁾.

As diretivas relativas aos contratos públicos de 2014 alteraram as regras relativas à exclusão, através da introdução de novos motivos de exclusão obrigatórios e facultativos, da possibilidade de os operadores económicos recorrerem a medidas de «limpeza automática» e de uma duração máxima da exclusão. Estes atos identificam expressamente, e pela primeira vez, a colusão como um motivo facultativo para excluir operadores económicos de processos de adjudicação. Mais especificamente, o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE (a seguir designada por «Diretiva») dispõe que uma autoridade adjudicante pode excluir ou pode ser solicitada por um Estado-Membro a excluir um operador económico de um processo de concurso:

«d) Se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência;»

Este motivo de exclusão facultativo consta igualmente do artigo 38.º, n.º 7, alínea e), da Diretiva 2014/23/UE relativa às concessões e pode aplicar-se aos concursos abrangidos pela Diretiva 2014/25/UE relativa aos serviços públicos, por força do seu artigo 80.º, n.º 1 ⁽²⁸⁾.

O artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva introduz o direito de os operadores económicos recorrerem às medidas geralmente denominadas de «limpeza automática» (analisadas mais pormenorizadamente na secção 5.7), estabelecendo o seguinte:

«Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.ºs 1 e 4 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão. Se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento de contratação.

Para o efeito, o operador económico deve provar que ressarciu ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave, esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito e tomou as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.

As medidas tomadas pelos operadores económicos são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração penal ou falta cometida. Caso as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador económico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão.

Um operador económico que tenha sido excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação pública ou concessão não pode recorrer à possibilidade prevista no presente número durante o período de exclusão resultante dessa decisão nos Estados-Membros onde esta produz efeitos.»

Por último, o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva dispõe o seguinte:

«Os Estados-Membros devem especificar as condições de aplicação do presente artigo [...]. Devem, em particular, determinar o período máximo de exclusão no caso de o operador económico não ter tomado medidas, como as especificadas no n.º 6, para demonstrar a sua fiabilidade. Se o período de exclusão não tiver sido fixado por decisão transitada em julgado, esse prazo não pode ser superior a cinco anos a contar da data da condenação por decisão transitada em julgado nos casos referidos no n.º 1 e três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.º 4.»

⁽²⁶⁾ Estes motivos de exclusão eram igualmente aplicáveis por força da Diretiva 2004/17/CE, em conformidade com o seu artigo 54.º, n.º 4.

⁽²⁷⁾ Ver o despacho do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2019 no processo C-425/18, CNS, n.ºs 18 e 33.

⁽²⁸⁾ As referências na secção 5 da presente comunicação feitas unicamente à Diretiva 2014/24/UE ou às suas disposições devem ser entendidas como abrangendo igualmente as disposições correspondentes nas Diretivas 2014/23/UE e 2014/25/UE.

Os Estados-Membros têm referido vários casos em que as autoridades adjudicantes consultam a autoridade nacional da concorrência quanto ao tratamento a dar a propostas suspeitas. Nalguns Estados-Membros, as autoridades adjudicantes optaram mesmo por excluir operadores económicos com base em suspeitas de colusão. Contudo, as informações sobre essas exclusões não são conclusivas, dado que, na maioria dos Estados-Membros, as autoridades adjudicantes não são obrigadas a comunicar as decisões em causa às autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos ou da concorrência ao nível nacional.

Nalguns Estados-Membros, também chegaram aos tribunais nacionais ações relativas à aplicação do motivo de exclusão.

As diretivas não abordam especificamente os efeitos de uma possível anulação por recurso da decisão de uma autoridade adjudicante relativa à exclusão de um operador económico, ou de uma decisão contraditória sobre a matéria tomada pela autoridade nacional da concorrência após a adoção da decisão de adjudicação. A determinação desses efeitos é deixada ao critério dos Estados-Membros.

5.2. O âmbito de aplicação do motivo de exclusão por colusão: cobertura das práticas concertadas e interligação com o motivo de exclusão devido a falta profissional grave

A possibilidade de excluir um operador económico por suspeita de colusão não é interpretada, no âmbito da Diretiva, como uma sanção pelo comportamento do operador antes ou durante o processo de adjudicação. Funciona antes como uma forma de garantir o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento e da concorrência no processo de adjudicação, bem como assegurar a idoneidade, fiabilidade e habilitação do futuro adjudicatário para executar o contrato ⁽²⁹⁾.

No que concerne ao tipo de comportamento abrangido pelo motivo de exclusão, as diferenças entre as redações do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva e do artigo 101.º do TFUE têm suscitado dúvidas quanto às práticas ilegais que a autoridade adjudicante deve ter em conta para efeitos da aplicação deste motivo de exclusão.

De facto, o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva faz unicamente referência a «acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência», ao passo que o artigo 101.º do TFUE abrange «todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno». Numa interpretação da Diretiva coerente com o Tratado, os Estados-Membros deveriam, ao transporem a Diretiva para o direito nacional, poder considerar que são passíveis de desencadear a aplicação deste motivo de exclusão não só os acordos, mas também as práticas concertadas na contratação pública destinadas a falsear a concorrência. Alternativamente, os Estados-Membros poderiam entender essas outras formas de violação das regras da concorrência como um caso de falta profissional grave, justificando uma possível exclusão de um operador económico ao abrigo do artigo 57.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva ⁽³⁰⁾.

Algumas dúvidas podem igualmente surgir quanto à diferença entre o motivo de exclusão por colusão, estabelecido no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva, e o motivo de exclusão devido a falta profissional grave, previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea c). Tal como referido *supra*, até à entrada em vigor das diretivas de 2014, esta segunda disposição constituía fundamento para excluir um operador económico do processo de adjudicação nos casos de violação das regras da concorrência ⁽³¹⁾. Ambos os motivos de exclusão poderiam continuar a servir o mesmo propósito (uma possibilidade confirmada pelo considerando 101 da diretiva, que classifica expressamente a violação das regras da concorrência como um caso de falta profissional grave) e ambos são facultativos para as autoridades adjudicantes e têm o mesmo efeito, nomeadamente excluir um proponente do concurso. O aditamento do motivo decorrente de colusão no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), foi concebido como um instrumento mais específico que alarga as opções ao dispor das autoridades adjudicantes na resposta a situações de colusão. A diferença fundamental entre as duas disposições parece residir no grau de certeza necessário para a autoridade adjudicante excluir um proponente do concurso. Para invocar o artigo 57.º, n.º 4, alínea c), a autoridade adjudicante tem de «demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave». Pelo contrário, o disposto no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), permite à autoridade adjudicante ponderar a exclusão de um proponente, bastando para tal que existam «indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência». Compete à autoridade adjudicante determinar, consoante cada caso, qual dos dois motivos pode ser considerado aplicável, no pressuposto de que nada na Diretiva impede as autoridades adjudicantes de excluir um proponente de um concurso com base em mais de um motivo de exclusão.

⁽²⁹⁾ Ver considerando 101 da Diretiva.

⁽³⁰⁾ Tal como confirma o considerando 101 da Diretiva.

⁽³¹⁾ Ver o despacho do Tribunal de Justiça no processo CNS mencionado *supra*, n.ºs 18 e 33.

5.3. Competências das autoridades adjudicantes para aplicar o motivo de exclusão: ampla margem discricionária e limites à sua margem de manobra

O artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva confere às autoridades adjudicantes uma ampla margem discricionária quanto à decisão de excluir ou não um proponente de um concurso, nos casos em que existam indícios de colusão suficientemente plausíveis.

O artigo 57.º, n.º 4, alínea d), não especifica melhor nem deixa implícito o que pode ser classificado como um indício ou de que modo um indício pode ser considerado suficientemente plausível para excluir o proponente. Visivelmente, a intenção do legislador da UE terá sido permitir às autoridades adjudicantes apreciar, em cada caso, se são cumpridas as condições para excluir um proponente pelo motivo em apreço, sem ser demasiado prescritivo ⁽³²⁾. A natureza facultativa deste motivo de exclusão implica que as autoridades adjudicantes possam decidir manter um proponente num processo de adjudicação, mesmo que tenham indícios de colusão suficientemente plausíveis (salvo quando a legislação nacional exigir que as autoridades adjudicantes excluam o proponente – ver mais abaixo).

O Tribunal tem confirmado sistematicamente que, nos termos do artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva, compete à autoridade adjudicante (e não a outra instância ou organismo nacional) apreciar autonomamente se um operador económico deve ser excluído de um processo de adjudicação específico ⁽³³⁾. Tal como explica o Tribunal de forma bem objetiva: «Esta possibilidade de a entidade adjudicante excluir um proponente de um procedimento de contratação destina-se sobretudo a permitir-lhe apreciar a idoneidade e a fiabilidade de cada um dos proponentes», nomeadamente para assegurar «a fiabilidade do [adjudicatário], na qual assenta a confiança que a [entidade adjudicante] deposita naquele» ⁽³⁴⁾.

As autoridades adjudicantes dispõem de uma ampla margem discricionária no que toca à exclusão de um proponente por suspeita de colusão. No entanto, existem determinados limites, estabelecidos pela Diretiva.

Em primeiro lugar, quando transpõem a Diretiva para o direito nacional, os Estados-Membros podem obrigar as suas autoridades adjudicantes a aplicarem os motivos de exclusão facultativos previstos no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva e, em relação ao artigo 57.º, n.º 4, alínea d), a excluírem um proponente do processo de adjudicação se tiverem indícios de colusão suficientemente plausíveis ⁽³⁵⁾.

Além disso, nos termos do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva, os Estados-Membros têm o direito de especificar as condições de aplicação do artigo em apreço, em conformidade com o direito da União, a fim de assegurar, especialmente, que as autoridades adjudicantes adotem uma abordagem coerente desta questão ao nível nacional. O considerando 102 da Diretiva admite a possibilidade de os Estados-Membros definirem as referidas condições no caso específico da apreciação das medidas de «limpeza automática» postas em prática por um proponente. Contudo, essas condições não podem alterar, modificar, alargar ou limitar o âmbito de aplicação ou os pressupostos dos motivos de exclusão enunciados no n.º 4 do artigo em apreço, limitar o poder discricionário das autoridades adjudicantes, nem prejudicar ou condicionar as respetivas decisões. O objetivo de tais condições é enquadrar, ao nível nacional, o exercício pelas autoridades adjudicantes dos poderes que lhes são conferidos ao abrigo da Diretiva ⁽³⁶⁾.

Em segundo lugar, nos termos do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva, um proponente pode comprovar a sua fiabilidade, fornecendo à autoridade adjudicante as provas a que se refere esse mesmo número, para demonstrar que adotou medidas de execução suficientes para sanar os efeitos negativos da sua falta grave (ou seja, medidas de «limpeza automática»). O considerando 102 da Diretiva estabelece o seguinte:

«Se tais medidas proporcionarem garantias suficientes, o operador económico em questão deverá deixar de estar excluído por esses motivos apenas.»

No exame dessas provas, a autoridade adjudicante deve ter em conta a gravidade ou as circunstâncias específicas da infração e apresentar uma justificação caso decida que as provas não são suficientes para permitir que o proponente prossiga a sua participação no concurso.

⁽³²⁾ Ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de outubro de 2018, Vossloh Laeis GmbH, C-124/17, n.º 23; acórdão de 19 de junho de 2019, Meca srl, C-41/18, n.ºs 28 e 31; e acórdão de 3 de outubro de 2019, Delta Antrepriză, C-267/18, n.ºs 25 a 29.

⁽³³⁾ Ver o acórdão Vossloh Laeis, n.º 23; o acórdão Meca, n.ºs 28, 31 e, especialmente, 34; o acórdão Delta Antrepriza, n.ºs 25 e 27; o despacho CNS, n.ºs 34 e 35; e também o despacho do Tribunal de Justiça de 20 de novembro de 2019 no processo C-552/18, Indaco, n.º 24.

⁽³⁴⁾ Ver o acórdão Delta Antrepriză, n.º 26.

⁽³⁵⁾ As respostas obtidas pela Comissão ao seu questionário de fevereiro de 2019 indicam que, no âmbito da transposição das diretivas de 2014, a maioria dos Estados-Membros optou por manter o caráter facultativo deste motivo de exclusão para as respetivas autoridades adjudicantes.

⁽³⁶⁾ Ver o acórdão Meca, n.º 33, e o acórdão Delta Antrepriză, n.ºs 25 e 27. O Tribunal exige que essas condições respeitem «as [...] características essenciais» e «os objetivos e os princípios» dos motivos de exclusão. Ver ainda o despacho Indaco, n.ºs 23 e 25, bem como o acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 2020 no processo C-395/18, Tim, n.º 36.

Em terceiro lugar, o princípio da proporcionalidade, que abrange todas as fases do processo de adjudicação, aplica-se igualmente à fase de apreciação de eventuais casos de colusão. Tal é confirmado pelo considerando 101 da Diretiva, que estabelece o seguinte:

«Ao aplicar motivos facultativos de exclusão, deverá prestar-se especial atenção ao princípio da proporcionalidade.»

A autoridade adjudicante deve agir de forma proporcional quando avalia as medidas de «limpeza automática» postas em prática pelo proponente em causa. O artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva dispõe o seguinte:

«As medidas tomadas pelos operadores económicos são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração penal ou falta cometida.»

Para efeitos da aplicação deste motivo de exclusão, o princípio da proporcionalidade requer, por norma, que a autoridade adjudicante realize uma apreciação concreta e individualizada do operador económico em causa ⁽³⁷⁾, independente de decisões anteriores tomadas por outras autoridades (ver secção 5.4), e sem prejuízo do direito do operador de pôr em prática medidas de «limpeza automática» (ver secção 5.7).

Em quarto lugar, o poder discricionário da autoridade adjudicante quanto à decisão de excluir um operador do processo de adjudicação é igualmente atenuado pela necessidade de a decisão ser bem documentada e devidamente fundamentada. Em caso de aplicação de medidas de «limpeza automática», o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva dispõe o seguinte:

«Caso as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador económico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão.»

Uma decisão devidamente fundamentada reduziria significativamente o risco de ser anulada por recurso do operador económico em causa.

De forma geral, as autoridades adjudicantes devem estar cientes, em todas as fases do processo de adjudicação, de que a exclusão de um operador económico do processo resulta efetivamente numa limitação da concorrência e da escolha por parte dos adquirentes públicos. Trata-se de uma medida que deve ser aplicada com prudência (principalmente em setores com um número reduzido de operadores económicos ativos) e apenas caso não seja possível garantir a idoneidade e a fiabilidade do futuro adjudicatário por outras vias menos drásticas.

5.4. Noção de «indício suficientemente plausível»: factos suscetíveis de serem considerados indícios, o que constitui um «indício» por oposição a «provas» e tratamento a dar aos requerentes de clemência

Conforme referido na secção 5.3, as diretivas não circunstanciam o que pode ser qualificado de «indícios suficientemente plausíveis», os quais permitem a uma autoridade adjudicante excluir um operador económico do processo de adjudicação com base no motivo de exclusão por colusão.

Por conseguinte, pode considerar-se, de modo geral, 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. A autoridade adjudicante pode ter em conta, como possível indício plausível, dados levados ao seu conhecimento, 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. Outros aspetos que as autoridades adjudicantes podem avaliar (através dos métodos analíticos disponíveis ou com base nas listas dos chamados «sinais de alerta») incluem:

- O comportamento global no mercado dos proponentes que participam no concurso (por exemplo, proponentes que nunca apresentam propostas no mesmo processo de adjudicação, proponentes que apenas apresentam propostas em determinadas regiões ou proponentes que parecem revezar-se na participação em processos de adjudicação);
- O texto das propostas (por exemplo, erros ortográficos ou formulações repetidos em propostas diferentes, ou comentários mantidos por lapso no texto da proposta e que indiciam um conluio entre proponentes);
- Os preços propostos no processo de adjudicação (por exemplo, proponentes que oferecem um preço mais alto do que noutros concursos semelhantes ou que oferecem preços demasiado elevados ou baixos);
- Pormenores de ordem administrativa (por exemplo, propostas apresentadas por um mesmo representante comercial) ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Ver o despacho CNS, n.º 34.

⁽³⁸⁾ O anexo das presentes orientações descreve em linhas gerais os «sinais de alerta» mais comumente utilizados.

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. Por exemplo, seria difícil justificar a exclusão de dois proponentes de um processo de adjudicação apenas porque as respetivas propostas foram apresentadas eletronicamente com poucos minutos de diferença.

Relativamente a algumas questões mais específicas no tocante ao que pode ser entendido com um indício suficientemente plausível para efeitos da Diretiva:

Em primeiro lugar, atendendo à análise feita na secção 5.3, pode considerar-se que as diretivas permitem aos Estados-Membros elaborar normas ou diretrizes nacionais para definir aquilo que as autoridades adjudicantes podem considerar «indícios suficientemente plausíveis» para efeitos da aplicação do motivo de exclusão. No entanto, tal como mencionado anteriormente, as normas nacionais devem respeitar tanto a letra como o espírito da Diretiva, que exige apenas «indícios» da participação em acordos ilegais que distorçam a concorrência num processo de adjudicação e não provas formais, como um acórdão judicial que confirme essa participação. Se o legislador europeu exigisse provas para desencadear esse motivo de exclusão, a redação da Diretiva refletiria esse requisito, à semelhança do disposto no seu artigo 26.º, n.º 4, alínea b), e artigo 35.º, n.º 5. O Tribunal confirmou igualmente que uma violação das regras da UE em matéria de contratação pública, por exemplo, um comportamento anticoncorrencial, pode ser provada «[...] não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que estes sejam objetivos e concordantes e que os proponentes interligados estejam em condições de apresentarem prova em sentido contrário» ⁽³⁹⁾.

Por outras palavras, na prática, as autoridades adjudicantes não são obrigadas a dispor de provas de colusão num processo de adjudicação pendente, uma vez que tal seria contrário à letra da Diretiva. Por conseguinte, as disposições legislativas nacionais que exigem uma confirmação de que o operador em causa atuou em colusão no processo de adjudicação pendente, através de decisão adotada por uma autoridade da concorrência ou de acórdão judicial, antes de a autoridade adjudicante poder excluir a proposta de acordo com o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), levanta dúvidas no que concerne à sua compatibilidade com a Diretiva, porquanto uma decisão desta natureza constitui, de facto, uma prova de colusão ⁽⁴⁰⁾. Tal limitaria indevidamente os poderes conferidos às autoridades adjudicantes pela Diretiva para excluir um proponente com base em indícios de colusão suficientemente plausíveis, e não em provas. Quanto ao que pode ser considerado um indício de colusão, refira-se, a título exemplificativo, uma tomada de conhecimento pela autoridade adjudicante de que foi instaurada uma investigação pela autoridade da concorrência ou de que foi aplicada uma sanção penal aos órgãos diretivos do operador por suspeita de colusão, seja no processo de adjudicação pendente, seja noutros processos de adjudicação.

Em segundo lugar, ao avaliar a idoneidade ou fiabilidade de um proponente na aceção do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva, a autoridade adjudicante tem o direito de ter em conta qualquer facto que indicie um comportamento anticoncorrencial por parte desse proponente, independentemente de ocorrer no contexto do processo de adjudicação pendente ou de outro processo, anterior ou atual. O artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva não especifica se os factos que resultam em indícios de colusão suficientemente plausíveis devem obrigatoriamente ser respeitantes ao processo de adjudicação pendente ou se podem referir-se a outros processos (anteriores ou atuais), a processos num setor económico diferente ou a procedimentos de concurso realizados para o setor privado. Pelo contrário, o artigo 57.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Diretiva confirma de forma explícita que a autoridade adjudicante pode ter em conta «atos cometidos ou omitidos antes ou durante o procedimento». Por conseguinte, as autoridades adjudicantes podem, ao avaliar a fiabilidade de um proponente no âmbito do processo pendente, ter em conta uma decisão anterior adotada por outra autoridade adjudicante que tenha excluído o operador de um processo de adjudicação, ou uma decisão adotada por uma autoridade da concorrência ou um acórdão de um órgão jurisdicional nacional, pelo qual o operador ou um membro da sua direção ou do seu pessoal tenha sido condenado por práticas colusórias no contexto de processos de adjudicação anteriores ⁽⁴¹⁾. Todavia, a participação do operador num caso anterior de colusão não constitui, por si só, um motivo para o excluir de um processo de adjudicação pendente, dado que, segundo a jurisprudência do Tribunal ⁽⁴²⁾, as decisões emanadas de outras autoridades em casos anteriores não prejudicam a decisão da autoridade adjudicante que executa o processo de adjudicação.

⁽³⁹⁾ Ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de maio de 2018 no processo C-531/16, Ecoservice projektai, n.º 37.

⁽⁴⁰⁾ No seu recente acórdão de 11 de junho de 2020 no processo C-472/19, Vert Marine, o Tribunal de Justiça frisou igualmente a necessidade de garantir que as condições de aplicação instituídas pelos Estados-Membros sejam compatíveis com os condicionalismos de prazos dos processos de adjudicação, por forma a não privar as disposições da Diretiva da sua substância (ver n.ºs 36 e 38 do acórdão).

⁽⁴¹⁾ Embora não fiquem vinculadas a decisões adotadas além-fronteiras, as autoridades adjudicantes podem igualmente tomar em consideração casos em que o operador económico tenha participado em práticas colusórias noutro país.

⁽⁴²⁾ Ver o acórdão Delta Antreprizá, n.º 27, e o despacho CNS, n.º 34.

Aplica-se a mesma regra se, num caso anterior, um proponente tiver sido suspeito de colusão, mas, finalmente, as suspeitas tiverem sido descartadas ou o proponente tiver, ainda assim, permanecido no processo de adjudicação. A autoridade adjudicante não fica vinculada a nenhuma decisão anterior quando realiza o seu processo de adjudicação ⁽⁴³⁾, conservando o direito de ponderar a exclusão de um proponente do processo de adjudicação se o seu comportamento no passado gerar dúvidas credíveis e justificáveis para a autoridade adjudicante no que respeita à idoneidade e fiabilidade do mesmo no âmbito do processo de adjudicação pendente.

Conforme referido na secção 5.3, a autoridade adjudicante deve justificar os fundamentos que levaram à sua decisão final de excluir o operador em causa do processo de adjudicação e, mais particularmente, explicar de que forma os factos específicos foram considerados indícios de colusão suficientemente plausíveis que punham em causa a fiabilidade do proponente para efeitos do processo de adjudicação pendente. Para permitir que a autoridade adjudicante realize uma avaliação fundamentada, o operador económico deve informá-la, sempre que tal lhe seja pedido, de quaisquer decisões anteriores adotadas por uma autoridade da concorrência ou acórdãos judiciais no âmbito dos quais tenha ficado estabelecido que o operador atuou em colusão. Essa informação é solicitada através do questionário incluído no Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) ou em formulários nacionais equiparáveis, que os operadores devem geralmente apresentar juntamente com a respetiva proposta ⁽⁴⁴⁾. Se um operador económico não comunicar à autoridade adjudicante as informações requeridas para verificar a ausência de motivos de exclusão, a autoridade tem o direito, nos termos do artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva, de excluir esse operador do processo de adjudicação.

Em terceiro lugar, há exemplos de operadores económicos que admitiram ter participado no passado em casos de colusão e cooperado com uma autoridade da concorrência, enquanto requerentes de clemência ou de imunidade e/ou no contexto de um processo de transação. Coloca-se, pois, a questão de saber se o direito nacional pode estipular que essa cooperação anterior impossibilita automaticamente as autoridades adjudicantes de considerar que essa participação num esquema de colusão no passado constitui um indício de colusão suficientemente plausível para efeitos da aplicação do motivo de exclusão nos processos de adjudicação executados depois de a autoridade da concorrência ter tornado a sua decisão pública.

Antes de procurar a resposta a essa questão, há que ter presente que, na maior parte das jurisdições:

- Uma decisão de clemência ou transação pressupõe que o operador em causa reconhece ter participado num acordo colusório ilegal;
- Pode dar-se o caso de um operador, que era objeto de uma investigação por colusão e optou finalmente por uma transação, ter inicialmente recusado cooperar com a autoridade da concorrência e posto em causa ou obstruído a investigação. Essa atitude do operador é o oposto daquela que deveria ter assumido ao abrigo do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva para restabelecer a sua fiabilidade enquanto futuro adjudicatário;
- Por último, a resolução destes casos não exige a assunção de um compromisso por parte do operador no sentido de evitar práticas semelhantes no futuro ou de tomar medidas específicas. O operador não assume nenhum compromisso nem fornece nenhuma garantia de que adotará medidas específicas (medidas de «limpeza automática») para restabelecer a sua fiabilidade e idoneidade na aceção da Diretiva. Por norma, o direito da concorrência não prevê a exclusão de um operador de futuros processos de adjudicação de contratos públicos como sanção pelo seu comportamento anticoncorrencial.

À luz do que precede, importa distinguir duas situações: por um lado, os processos de adjudicação que tenham sido objeto de investigação e decisão da autoridade nacional da concorrência e tenham abrangido um pedido de clemência ou de transação e, por outro lado, outros processos de adjudicação executados após a referida decisão ter sido tornada pública.

- No primeiro caso, os Estados-Membros devem, de modo geral, ter a liberdade de optar por isentar total ou parcialmente os requerentes de clemência, imunidade ou transação de qualquer sanção relativamente ao processo ou processos de adjudicação abrangidos pelo respetivo pedido e caso a colusão entre os operadores em causa tenha sido estabelecida e objeto de sanção por decisão da autoridade nacional da concorrência ⁽⁴⁵⁾. Seria, assim, possível garantir a eficiência dos

⁽⁴³⁾ Salvo se estiver em vigor uma decisão de exclusão do operador de qualquer processo de adjudicação por um período determinado (ver secção 5.9).

⁽⁴⁴⁾ Ver o acórdão Delta Antrepriză, n.º 36.

⁽⁴⁵⁾ O artigo 23.º, n.º 1, da Diretiva (UE) 2019/1, que visa «atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno», dispõe que os Estados-Membros têm de assegurar que os atuais ou antigos dirigentes, membros dos órgãos de administração ou outros membros do pessoal dos requerentes que apresentam às autoridades da concorrência pedidos de dispensa da coima estão totalmente protegidos contra quaisquer sanções aplicadas no âmbito de processos judiciais de natureza administrativa e não penal, pela sua participação no cartel secreto abrangido pelo pedido de dispensa da coima, em casos de violação de legislação nacional que prossiga predominantemente os mesmos objetivos que o artigo 101.º do TFUE. O considerando 64 confirma que essa disposição abrange igualmente a legislação nacional em matéria de manipulação das propostas. A Comunicação da Comissão de 2006 relativa à imunidade em matéria de coimas também limita a imunidade a «qualquer coima que de outra forma seria aplicada à empresa que revele a sua participação num alegado cartel».

mecanismos de clemência ou transação instituídos pelos Estados-Membros, uma vez que a exoneração de um operador económico que tenha admitido a sua participação num esquema de colusão das graves consequências dispostas na legislação nacional poderia constituir um forte incentivo à denúncia e revelação de casos de colusão por parte dos operadores.

A opção descrita acima deveria igualmente estar disponível quando um processo de adjudicação afetado pelo acordo colusório em relação ao qual a autoridade nacional da concorrência decidiu aplicar uma sanção continua pendente na data em que a autoridade da concorrência torna a sua decisão pública. Não obstante as prerrogativas das autoridades adjudicantes nos termos do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva, pode muito provavelmente considerar-se que um operador económico que tenha admitido a sua participação num esquema de colusão, cooperado com a autoridade da concorrência, pagado as coimas aplicadas e tomado medidas adequadas para restabelecer a sua fiabilidade cumpre os requisitos para a sua «limpeza automática», ao abrigo do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva. Por conseguinte, a exclusão desse operador de um processo de adjudicação em curso pela autoridade adjudicante, no âmbito do qual as medidas de «limpeza automática» do operador já estavam parcialmente refletidas na correspondente decisão da autoridade nacional da concorrência, pode considerar-se desproporcionada.

- No segundo caso, porém, nenhuma disposição da Diretiva pode ser interpretada por forma a permitir aos Estados-Membros introduzir uma presunção de fiabilidade obrigatória, geral e sem reservas para tais operadores e/ou obrigar as autoridades adjudicantes a aceitarem automaticamente a participação desses operadores nos processos de adjudicação executados ou concluídos depois de a decisão da autoridade nacional da concorrência ter sido tornada pública. Tal seria efetivamente contrário ao poder discricionário específico das autoridades adjudicantes (previsto na Diretiva e confirmado sistematicamente pelo Tribunal, tal como analisado anteriormente) de obter garantias da fiabilidade do proponente, nomeadamente, exigindo provas, se necessário, da adoção das medidas de «limpeza automática» previstas no artigo 57.º, n.º 6, e avaliando se as medidas apresentadas pelo operador são suficientes para manter o proponente no processo de adjudicação ⁽⁴⁶⁾. Tal como salientado igualmente pelo Tribunal ⁽⁴⁷⁾, estas garantias de participação em futuros processos de adjudicação podem mesmo ser consideradas diretamente contrárias à disposição de «limpeza automática» estabelecida no artigo 57.º, n.º 6 (ou, inclusivamente, torná-la nula), porquanto os operadores económicos com acesso garantido a futuros processos de adjudicação deixam de ter qualquer incentivo para adotar medidas a fim de restabelecer a sua fiabilidade.

Existe um equilíbrio adequado entre o direito de a autoridade adjudicante avaliar o risco de colusão associado à participação num processo de adjudicação pendente de um proponente que tenha apresentado um pedido de clemência ou procedido à transação num anterior caso de colusão e a obrigação de avaliar, de forma proporcionada, os elementos de prova que o operador pode apresentar em conformidade com o artigo 57.º, n.º 6, no que respeita às medidas por si tomadas para restabelecer a sua fiabilidade. Se a autoridade adjudicante decidir excluir o proponente, apesar das medidas de «limpeza automática» levadas ao seu conhecimento, terá de fundamentar por que razão essas medidas foram consideradas insuficientes para manter o proponente no processo de adjudicação.

5.5. Empresas filiadas que participam no mesmo processo de adjudicação: direito de os operadores sobre os quais possam recair suspeitas de colusão de demonstrarem a sua independência na apresentação de propostas

As autoridades adjudicantes são frequentemente confrontadas com o problema da gestão de propostas distintas apresentadas no mesmo processo de adjudicação por operadores económicos com algum tipo de filiação entre si (por exemplo, membros do mesmo grupo de empresas, operadores que são filiais de outros, empresas que partilham os mesmos membros do conselho de administração ou representantes legais, ou empresas com participação no capital social da mesma empresa terceira). A autoridade adjudicante poderá, nalguns casos, suspeitar que as propostas apresentadas por proponentes afiliados são coordenadas (isto é, não autónomas nem independentes), pondo assim em causa o respeito pelos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Ver o acórdão Vossloh Laeis, n.º 32.

⁽⁴⁷⁾ Ver o despacho Indaco, n.º 27.

⁽⁴⁸⁾ Ver o acórdão Ecoservice projektai, n.º 29. Esta situação pode verificar-se, nomeadamente, quando há indícios de que uma empresa tem acesso privilegiado ao método de preparação da proposta de uma segunda empresa, ou de que existe uma forma de coordenação na elaboração das propostas de ambas ou na determinação da sua estratégia de fixação dos preços.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal ⁽⁴⁹⁾, a autoridade adjudicante deve abster-se de fazer suposições de carácter geral passíveis de redundar numa exclusão automática dessas propostas ⁽⁵⁰⁾. Pelo contrário, deve dar aos operadores em causa a possibilidade de comprovar, através dos meios de prova que estes considerem adequados, que as suas propostas são realmente independentes e não prejudicam a transparência nem distorcem a concorrência no processo de adjudicação ⁽⁵¹⁾. Essas provas podem incluir, por exemplo, factos que demonstrem que as propostas respetivas foram redigidas de forma independente, que pessoas diferentes estiveram envolvidas na sua preparação, etc.

A autoridade adjudicante tem o direito de apreciar se essas explicações são prova suficiente de que a filiação dos operadores não influenciou o comportamento destes no processo de adjudicação ou o conteúdo das propostas respetivas, na aceção do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva, e de decidir se autoriza ou não a participação dos operadores em causa no concurso.

5.6. Apresentação de propostas conjuntas e subcontratação: uma avaliação cuidadosa, mas equilibrada, por parte da autoridade adjudicante

Nalguns casos, a apresentação de propostas conjuntas suscita dúvidas à autoridade adjudicante, sobretudo quando os membros do grupo de empresas que apresentam propostas conjuntas poderiam facilmente fazê-lo por sua própria iniciativa (ou quando seria, até, mais expectável que o fizessem). Alguns Estados-Membros tomaram medidas específicas nesta matéria, dando aos operadores económicos conselhos sobre a avaliação da possibilidade de apresentarem propostas conjuntas sem serem acusados de ter um potencial comportamento anticoncorrencial ⁽⁵²⁾.

Ao abrigo da Diretiva, a autoridade adjudicante usufrui de uma margem discricionária suficiente para avaliar se um caso de apresentação de propostas conjuntas comporta riscos para a correta tramitação do processo de adjudicação, nomeadamente se existem indícios de colusão suscetíveis de desencadear o motivo de exclusão nos termos do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva. No entanto, ao abordar estas questões, a autoridade adjudicante deve estabelecer um equilíbrio entre a necessidade de evitar riscos para a concorrência, através da apresentação de propostas conjuntas ⁽⁵³⁾, e de respeitar o direito dos operadores a apresentar propostas conjuntamente (tal como reconhecido no artigo 2.º, n.º 1, ponto 10, artigo 19.º, n.º 2, e artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva). Importa ter presente que as empresas consideram geralmente as parcerias estratégicas ou a cooperação aspetos essenciais da sua estratégia de crescimento. Os operadores económicos têm o direito de efetuar escolhas comerciais quanto às atividades que pretendem levar a cabo e as autoridades adjudicantes não devem, por si, restringir esse direito, mas sim avaliar os riscos de colusão numa base casuística.

No caso da subcontratação, é necessária uma abordagem semelhante: a autoridade adjudicante deve avaliar cuidadosamente os casos em que um subcontratante sugerido poderia facilmente ter participado por sua própria iniciativa no processo de adjudicação e executado o contrato de forma independente. As situações em que dois proponentes se subcontratam reciprocamente podem igualmente ser consideradas pela autoridade adjudicante um potencial indício de colusão que deve ser analisado em conformidade com o artigo 57.º da Diretiva, uma vez que os acordos de subcontratação permitem geralmente às partes ter conhecimento das propostas financeiras da outra parte, pondo assim em causa a independência das partes na elaboração das suas próprias propostas. Embora os acordos de subcontratação à imagem dos descritos acima possam ser considerados um «sinal de alerta» que indicia uma possível colusão, as autoridades adjudicantes devem evitar suposições de carácter geral de acordo com as quais a subcontratação pelo adjudicatário de outro proponente no mesmo concurso constitua uma colusão entre os operadores económicos em causa, sem dar a esses operadores a possibilidade de aduzir argumentos que demonstrem o contrário ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 2008 no processo C-213/07, *Michaniki*, n.ºs 42, 43 e 62; acórdão de 19 de maio de 2009 no processo C-538/07, *Assitur*, n.ºs 30 e 32; acórdão de 8 de fevereiro de 2018 no processo C-144/17, *Lloyd's of London*, n.ºs 35, 36 e 38; e acórdão *Ecoservice projektoi*, n.º 38.

⁽⁵⁰⁾ Tendo especialmente em conta que o Tribunal reconheceu que as estruturas empresariais de operadores afiliados podem incluir dispositivos que garantem a independência e a confidencialidade na preparação de propostas para um mesmo concurso (ver o acórdão *Lloyd's of London*, n.º 37, e o acórdão *Assitur*, n.º 31).

⁽⁵¹⁾ Ver o acórdão *Lloyd's of London*, n.º 36, e o acórdão *Assitur*, n.º 30.

⁽⁵²⁾ Seguindo as Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal, adotadas em janeiro de 2011 pela Comissão (disponíveis em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=PT)).

⁽⁵³⁾ De modo geral, um mercado aberto e um elevado número de propostas recebidas num processo de adjudicação podem ser considerados fatores que reduzem o eventual risco de uma proposta conjunta em termos de limitação da concorrência.

⁽⁵⁴⁾ Ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015 no processo C-425/14, *Impresa Edilux*, n.º 39.

5.7. Medidas de «limpeza automática» adotadas pelos operadores económicos na aceção do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva: direito dos operadores de demonstrarem a sua fiabilidade e necessidade de as autoridades adjudicantes efetuarem uma avaliação proporcionada dos argumentos apresentados

Conforme referido na secção 5.3, o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva confere aos operadores económicos cuja situação justifique a sua exclusão o direito de demonstrarem a sua fiabilidade, isto apesar de existirem motivos para a exclusão ⁽⁵⁵⁾.

O artigo 57.º, n.º 6, descreve pormenorizadamente as medidas denominadas de «limpeza automática» que os operadores económicos podem levar ao conhecimento da autoridade adjudicante para esse efeito. O considerando 102 da Diretiva faculta exemplos deste tipo de medida, nomeadamente intervenções ao nível do pessoal e da organização, como sejam a rutura de todas as ligações com as pessoas ou organizações envolvidas na conduta ilícita, medidas adequadas de reorganização do pessoal, a aplicação de sistemas de notificação e controlo e a criação de uma estrutura de auditoria interna para acompanhar o cumprimento e a adoção de mecanismos internos em matéria de responsabilidade e compensação.

O mesmo considerando refere que os Estados-Membros podem determinar, nos termos do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva, as «[...] exatas condições processuais e materiais aplicáveis nesses casos», o que inclui a possibilidade de estabelecer, ao nível nacional, critérios ou diretrizes pormenorizados sobre o método de aplicação prática das disposições de «limpeza automática» por parte das autoridades adjudicantes. Contudo, tal como analisado na secção 5.3, as disposições nacionais definidas em conformidade com o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva devem ser concordantes com o âmbito de aplicação e os pressupostos das correspondentes disposições da Diretiva, sem prejudicar o direito dos operadores de apresentar argumentos de «limpeza automática» ou o poder discricionário da autoridade adjudicante para apreciar os mesmos ⁽⁵⁶⁾. Os Estados-Membros podem igualmente optar por confiar a apreciação das medidas de «limpeza automática» a outras autoridades além da autoridade adjudicante, tanto de forma centralizada como descentralizada. No entanto, ao fazê-lo, devem assegurar que as condições e os objetivos do regime de «limpeza automática» estejam cumpridos, principalmente no tocante à realização de uma apreciação adequada e rápida das medidas de «limpeza automática» postas em prática pelo operador ⁽⁵⁷⁾.

As informações precisas ou os elementos de prova que o operador económico pode facultar para fins da apreciação pela autoridade adjudicante variam consoante o caso em apreço. Atendendo ao princípio da proporcionalidade, deve ser possível ponderar a obrigatoriedade de o operador demonstrar a adoção das medidas definidas no artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, que sejam aplicáveis ao caso concreto. Por exemplo, o operador deverá provar que pagou ou se comprometeu a pagar uma indemnização pelas suas práticas ilícitas unicamente se decorrer uma ação contra si. Além disso, nalguns casos, a adoção de medidas apenas em relação ao pessoal poderá ser suficiente para convencer a autoridade adjudicante da fiabilidade do operador, sem ser necessário tomar outras medidas técnicas ou organizativas.

A Diretiva exige que as autoridades adjudicantes avaliem os argumentos apresentados pelo operador económico antes de decidirem se o excluem ou não do concurso, incluindo quando consideram ter provas de que esse operador atuou em colusão. Tal como confirmado pelo Tribunal ⁽⁵⁸⁾, a Diretiva não especifica se as explicações ou medidas de «limpeza automática» são fornecidas pelo proponente por iniciativa própria ou a pedido da autoridade adjudicante. Na falta de uma disposição explícita e à luz do artigo 57.º, n.º 7, tal como referido *supra*, compete aos Estados-Membros determinar se as autoridades adjudicantes devem requerer aos operadores a apresentação dessas explicações antes de adotarem uma decisão ou se essa possibilidade deve ser deixada à iniciativa do operador. Se o direito nacional exigir aos proponentes que indiquem espontaneamente medidas de «limpeza automática», o mais tardar, juntamente com a respetiva proposta, a autoridade adjudicante deverá informar os proponentes desse requisito de forma clara e precisa na abertura do procedimento ⁽⁵⁹⁾. Em todo o caso, à luz da jurisprudência do Tribunal ⁽⁶⁰⁾, seria aconselhável as autoridades adjudicantes estabelecerem de forma clara nos documentos do concurso as informações que os operadores económicos deverão incluir nas suas propostas, nomeadamente informações sobre as suas ligações ou acordos celebrados com outros proponentes, bem como as eventuais medidas de «limpeza automática» adotadas na sequência de uma anterior infração às regras da concorrência. A declaração de tais acordos e a prestação de informações sobre possíveis medidas de «limpeza automática» já são exigidas pelo Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) ou por formulários nacionais equiparáveis, que os operadores devem apresentar juntamente com a respetiva proposta.

⁽⁵⁵⁾ No seu acórdão *Vert Marine* (n.º 17), bem como no seu acórdão de 14 de janeiro de 2021 no processo C-387/19, RTS (n.ºs 26 e 48), o Tribunal de Justiça confirmou que os Estados-Membros devem garantir esse direito quando da transposição das diretivas.

⁽⁵⁶⁾ Ver o acórdão *Vert Marine*, n.º 24.

⁽⁵⁷⁾ Ver o acórdão *Vert Marine*, n.ºs 28, 33, 35 e 36.

⁽⁵⁸⁾ Ver o acórdão RTS, n.º 33.

⁽⁵⁹⁾ Ver o acórdão RTS, n.ºs 36 e 42.

⁽⁶⁰⁾ Ver o acórdão *Ecoservice projektai*, n.ºs 23 e 25.

O disposto no artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva não só confere aos operadores económicos o direito de apresentar provas que assegurem a sua manutenção no processo de adjudicação, como também permite à autoridade adjudicante não excluir um operador que tenha resolvido suficientemente os problemas verificados no seu comportamento anterior em procedimentos de concurso. A única limitação ao direito do operador de pôr em prática medidas de «limpeza automática» diz respeito à sua não aplicabilidade enquanto o operador permanecer sujeito a uma exclusão de processos de adjudicação durante um prazo estabelecido por decisão transitada em julgado adotada no Estado-Membro onde esta produz efeitos (ver secção 5.9) ⁽⁶¹⁾. Como tal, esta disposição não impede as autoridades adjudicantes de manter no concurso um operador económico que se tenha apresentado durante o concurso e reconhecido ter acordos ilegais com outros proponentes, tenha cooperado ativamente com a autoridade adjudicante para clarificar a situação e tenha tomado todas as medidas necessárias para evitar novas faltas graves.

Durante um processo de adjudicação, a autoridade adjudicante aprecia quaisquer medidas de «limpeza automática» postas em prática por um operador que tenha atuado em colusão com outros operadores no passado, tomando em consideração quaisquer provas fornecidas por esse operador ⁽⁶²⁾. Conforme referido na secção 5.3, a autoridade adjudicante deve avaliar as provas fornecidas pelo operador de forma proporcionada, ou seja, tendo em conta a gravidade e as circunstâncias particulares do caso concreto ⁽⁶³⁾, bem como as medidas específicas tomadas pelo operador para restabelecer a sua fiabilidade ⁽⁶⁴⁾.

O mesmo se aplica aos operadores implicados em anteriores casos de colusão e que tenham participado num programa de clemência ou de imunidade e/ou que tenham procedido a uma transação (ver secção 5.4.). Atendendo à importância dos programas de clemência para a luta contra os cartéis e à necessidade de proporcionar aos requerentes de clemência segurança jurídica e transparência no respeitante às condições da clemência, os Estados-Membros devem incentivar as autoridades adjudicantes a assegurar um tratamento proporcionado desses operadores na apreciação das medidas efetivas de «limpeza automática» que tenham adotado para garantirem a sua fiabilidade e idoneidade. O Tribunal já confirmou que, «em princípio, a transmissão à autoridade adjudicante da decisão que declara a infração das regras da concorrência cometida pelo proponente, mas que aplica a este último uma regra de clemência, por ter cooperado com a autoridade da concorrência, deve ser suficiente para provar à autoridade adjudicante que esse operador económico esclareceu totalmente os factos e as circunstâncias ao colaborar com essa autoridade [...]» em conformidade com o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva ⁽⁶⁵⁾.

Se a autoridade adjudicante concluir que as medidas apresentadas pelo operador económico não são suficientes para demonstrar a idoneidade deste, terá de aduzir as razões para essa decisão.

Uma cooperação estreita entre a autoridade adjudicante e outras autoridades, tais como as autoridades da concorrência, as autoridades responsáveis pelos registos nacionais de empresas, etc., permite facilitar a apreciação das medidas de «limpeza automática». Estas autoridades podem fornecer importantes conselhos, numa base casuística, sobre o impacto das referidas medidas e sobre as informações (em conformidade com a legislação nacional e da UE ⁽⁶⁶⁾) em matéria de proteção de dados) necessárias para a autoridade adjudicante poder avaliar, por exemplo, se o operador cooperou ativa e suficientemente com a autoridade da concorrência num caso anterior, se as pessoas implicadas em práticas de colusão no passado foram substituídas ou se as coimas ou indemnizações impostas foram devidamente pagas. Tendo em vista a conclusão dos processos de adjudicação dentro de um prazo razoável, as autoridades devem procurar desenvolver essa cooperação rapidamente, utilizando da melhor forma os recursos disponíveis.

5.8. A importância de as autoridades adjudicantes informarem e/ou obterem assistência junto da autoridade da concorrência ou de outras autoridades centrais envolvidas

As diretivas não exigem que a autoridade adjudicante consulte a autoridade central responsável pelos contratos públicos ou da concorrência ao nível nacional antes de decidir da exclusão de um operador económico do processo de adjudicação. No entanto, é globalmente aconselhável que as autoridades adjudicantes recorram a toda a assistência disponível logo que identifiquem uma proposta suspeita. Um aconselhamento especializado prestado pelas referidas autoridades facilitaria a avaliação global do caso, ajudaria a autoridade adjudicante a fundamentar adequadamente as escolhas tomadas e, por conseguinte, permitiria reduzir significativamente o risco de anulação por recurso da decisão final. No caso específico das autoridades adjudicantes de menor dimensão com recursos limitados, a assistência prestada pelas autoridades centrais

⁽⁶¹⁾ Tal como esclarecido recentemente pelo Tribunal, enquanto a exclusão por um período determinado não tiver sido confirmada por uma decisão transitada em julgado, o operador económico mantém o direito de apresentar medidas de «limpeza automática» para demonstrar a sua fiabilidade (ver o acórdão *Vert Marine*, n.º 18).

⁽⁶²⁾ Ver o acórdão *Vossloh Laeis*, n.º 23.

⁽⁶³⁾ Ver, entre outros, o acórdão *Tim*, n.º 50.

⁽⁶⁴⁾ A saber, a medida específica adotada no sentido de substituir as pessoas implicadas em comportamentos colusórios ou, se essa medida não estiver concluída à data do processo de adjudicação, medidas tomadas para assegurar que essas pessoas não tenham a possibilidade de envolver o operador em novos comportamentos anticoncorrenciais ilegais. Ver o acórdão *Delta Antreprizá*, n.º 37.

⁽⁶⁵⁾ Acórdão *Vossloh Laeis*, n.º 31.

⁽⁶⁶⁾ Ver nota de rodapé 18.

responsáveis pelos contratos públicos ou da concorrência pode revelar-se fundamental para tratar um caso de colusão, sobretudo se essa assistência consistir em aconselhamento acerca dos indícios identificados pela autoridade adjudicante ou em apoio na apreciação das medidas de «limpeza automática» apresentadas por um proponente. Em relação a esta segunda forma de assistência, o considerando 102 da Diretiva prevê expressamente a possibilidade de os Estados-Membros confiarem a outra autoridade a apreciação das medidas de «limpeza automática» apresentadas por um proponente suspeito de colusão, com o intuito de comprovar a sua fiabilidade. Conforme referido nas secções 5.3 e 5.4, a participação das autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos ou da concorrência ao nível nacional na apreciação de eventuais casos de colusão não deve prejudicar as competências da autoridade adjudicante para decidir, em última instância, da exclusão de um proponente do processo de adjudicação.

Para uma cooperação sólida e eficiente entre uma autoridade adjudicante que realiza um processo de adjudicação e as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos ou da concorrência ao nível nacional no tratamento de um caso suspeito de colusão, é indispensável que ambas as partes reconheçam a importância de resolver o problema, utilizar todos os recursos disponíveis e trocar informações de forma atempada. Ainda antes de abrirem o processo de adjudicação, as autoridades adjudicantes devem dispor de pontos de contacto junto da autoridade central responsável pelos contratos públicos e/ou da concorrência ao nível nacional, a fim de estabelecer um contacto logo que surjam suspeitas durante o processo. As autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos ou da concorrência devem procurar responder, o mais rapidamente possível, aos pedidos de assistência e aconselhamento de uma autoridade adjudicante. Ambas as partes devem estar disponíveis para partilhar, se necessário, todas as informações determinantes para detetar e avaliar casos de colusão⁽⁶⁷⁾. Mesmo que as autoridades adjudicantes não consultem as suas autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos ou da concorrência, recomenda-se vivamente que notifiquem essas autoridades de quaisquer casos de presumível colusão tratados e de quaisquer decisões finais adotadas pelas quais tenham sido excluídos operadores económicos de processos de adjudicação.

Por último, mas não menos importante, qualquer contacto entre a autoridade adjudicante e outras autoridades, estabelecido no período compreendido entre a identificação de um caso suspeito de colusão e (se possível, ao abrigo do direito nacional) o pedido de esclarecimentos ao operador económico, deve garantir uma confidencialidade absoluta e não pode ser divulgado ao proponente suspeito ou a outros participantes no processo de adjudicação. Caso estes requisitos não sejam respeitados, os proponentes em colusão procurarão muito provavelmente eliminar de forma ilegal quaisquer provas do seu acordo assim que tiverem conhecimento da medida instaurada contra si, impedindo assim o acesso das autoridades de aplicação da lei a elementos de prova importantes numa futura investigação.

5.9. Definir as condições para excluir um operador económico em conformidade com o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva

Conforme referido mais atrás⁽⁶⁸⁾, o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva permite aos Estados-Membros especificar as condições de aplicação do artigo em apreço. Essas condições poderão incluir o estabelecimento do período máximo durante o qual um operador económico será impedido de participar em qualquer processo de contratação pública, critérios ou exemplos de circunstâncias que possam ser consideradas motivos para justificar tal exclusão e o organismo nacional que será competente para a impor (tal como confirma o considerando 102 da Diretiva). Nos termos do artigo 57.º, n.º 7, se o período de exclusão de processos de adjudicação não tiver sido fixado por decisão transitada em julgado, esse prazo não poderá ser superior a três anos a contar da data do facto pertinente nos casos previstos no artigo 57.º, n.º 4. Na sua jurisprudência recente⁽⁶⁹⁾, o Tribunal precisou que a «data do facto pertinente», para efeitos do apuramento do ponto de partida para calcular o período de exclusão, corresponde à data em que o comportamento ilícito do operador económico foi objeto de uma decisão tomada por uma autoridade competente, sem que seja tida em conta a data em que ocorreram os factos que deram lugar à referida condenação.

A Diretiva não obsta a que os Estados-Membros estabeleçam a possibilidade de ser decretada uma exclusão por um período determinado, nos termos do artigo 57.º, n.º 7, por decisão da autoridade adjudicante no que se refere aos seus próprios processos de adjudicação no futuro, ou de qualquer outro organismo (a saber, a autoridade nacional da concorrência, a autoridade central responsável pelos contratos públicos ou um organismo especial instituído para o efeito) com um âmbito de aplicação mais geral.

De acordo com o artigo 57.º, n.º 7, o período máximo de exclusão de três anos só é aplicável se o período de exclusão não tiver sido anteriormente fixado por decisão transitada em julgado. Tal não obsta a que a legislação nacional permita que as autoridades judiciais considerem a aplicação de um período de exclusão mais largo quando é tomada uma decisão transitada em julgado num caso de colusão, em função da gravidade.

⁽⁶⁷⁾ De acordo com as condições previstas na legislação nacional e da UE [nomeadamente o artigo 31.º da Diretiva (UE) 2019/1].

⁽⁶⁸⁾ Ver secções 5.1 e 5.3.

⁽⁶⁹⁾ Acórdão Vossloh Laeis, n.ºs 37, 38 e 41.

Se um operador económico, que tenha sido excluído de processos de adjudicação por um período determinado ao abrigo do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva, apresentar uma proposta durante o período de exclusão, a autoridade adjudicante deverá, sem necessidade de qualquer avaliação suplementar, excluir essa proposta automaticamente. Uma vez esgotado o período de exclusão do operador económico, uma autoridade adjudicante continuará a poder decidir excluir esse operador de um processo de adjudicação, mas apenas caso estejam cumpridas as condições para aplicar o artigo 57.º, n.º 4, alínea d).

Por último, as decisões de exclusão por motivos de colusão dizem apenas respeito ao operador económico que tenha atuado em colusão, e não a outros operadores económicos com algum tipo de filiação a esse operador (tais como empresas-mãe, outras empresas do mesmo grupo ou filiais das empresas excluídas) que não tenham participado nos processos de adjudicação em causa. Tal não prejudica, naturalmente, o direito das autoridades adjudicantes a excluir de um processo de adjudicação qualquer operador económico que esteja numa das situações que justifiquem a exclusão nos termos das diretivas.

ANEXO

Meios e sugestões para combater eficazmente a colusão na contratação pública**1. Introdução**

Qualquer esforço no sentido de assegurar uma concorrência genuína e a melhor relação qualidade/preço nas aquisições públicas implica que a comunidade da contratação pública, especialmente os funcionários responsáveis por concursos, tenha plena consciência de um facto muito simples: por mais bem organizado e executado que seja, um contrato público não poderá proporcionar o melhor resultado possível ao adquirente público se os respetivos proponentes tiverem atuado em colusão para determinar de antemão aquele que, entre eles, obteria o contrato. Uma colusão entre os proponentes significa que os cidadãos não ficarão com o melhor produto ou serviço possível ao melhor preço possível, em detrimento do interesse público.

O funcionário responsável por concursos, isto é, a pessoa que conduz um processo de adjudicação, tem uma função central de minimização do risco de colusão na contratação pública e de combate às práticas colusórias que possam surgir. Trata-se da pessoa mais bem colocada para limitar esse risco durante a preparação do concurso, para detetar atos de colusão no âmbito da avaliação das propostas e para utilizar as ferramentas previstas na legislação nacional e da UE para dar uma resposta ativa à colusão e assegurar que os processos de adjudicação sejam concorrenciais e equitativos. Confrontado muitas vezes com condições difíceis e prazos apertados, cabe ao funcionário responsável por concursos tomar esse passo adicional e realizar um esforço suplementar para garantir que os dinheiros públicos sejam bem gastos.

A fim de apoiar os funcionários responsáveis por concursos nesta tarefa, a Comissão elaborou uma compilação concisa de recomendações sobre:

- A conceção de processos de adjudicação por forma a dissuadir a colusão entre os proponentes (secção 2 do anexo);
- A deteção de possíveis casos de colusão durante a avaliação das propostas (secção 3 do anexo); e
- As formas de reagir a casos suspeitos de colusão (secção 4 do anexo).

Podem ser obtidos conselhos mais exaustivos em orientações mais pormenorizadas publicadas pela OCDE ⁽¹⁾ e pelo OLAF ⁽²⁾, bem como pelas autoridades da concorrência dos Estados-Membros da UE.

2. Recomendação sobre a conceção de processos de adjudicação por forma a dissuadir a colusão entre os proponentes

- No enquadramento da sua estratégia global de contratação pública e na conceção de processos de adjudicação, **tente obter a máxima participação de proponentes**, quer do seu país quer do estrangeiro.

Tornar a participação dos operadores económicos mais simples aumenta a concorrência e minimiza o risco de colusão. Além disso, a participação de operadores económicos estrangeiros limita o risco de colusão em setores concentrados, nos quais o número de operadores económicos nacionais ativos é reduzido.

- Assim que tiver conhecimento do objeto do seu contrato, e antes de planear e abrir o processo de adjudicação, **pesquise exaustivamente o mercado** que irá prestar o serviço ou produto a adquirir.
 - Tente obter o máximo de informação possível sobre as opções disponíveis no mercado, as especificações que podem ser propostas, os operadores ativos no setor, os preços cobrados em casos semelhantes (em concursos do mesmo tipo, tanto do setor público como privado), os custos previstos para o adjudicatário, etc.
 - Caso não tenha uma perceção clara do custo de mercado real previsto para o serviço, bem ou obra que pretende submeter a concurso, não conseguirá avaliar a adequabilidade ou razoabilidade das propostas ou a existência de uma manipulação do preço proposto.
 - Utilize a Internet para passar o mercado a pente fino, a sua base de dados nacional de contratação eletrónica para encontrar aquisições anteriores do mesmo tipo ou de natureza semelhante e os registos profissionais oficiais de adjudicatários certificados.
 - Discuta o assunto com colegas no seu serviço ou noutras autoridades adjudicantes que tenham comprado recentemente o mesmo produto ou serviço e aproveite a experiência desses colegas.
 - Lembre-se de que nenhuma regra proíbe o funcionário responsável por concursos de realizar uma pesquisa de mercado exaustiva, à semelhança do que qualquer pessoa faria antes de uma compra particular.

⁽¹⁾ <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

⁽²⁾ https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf

- Quando planeia as suas aquisições, **evite, sempre que possível, uma previsibilidade** ou repetição constante nos processos de adjudicação que organiza frequentemente.

O conhecimento ou a certeza de que, nos próximos anos, lançará processos de adjudicação todos os seis meses para a mesma quantidade de determinada obra, produto, serviço ou bem, com o mesmo orçamento estimado e nas mesmas condições contratuais são fatores que darão azo a comportamentos colusórios, dado que os operadores económicos em conluio ficarão a saber que haverá contratos suficientes para todos. Apesar de ser útil informar antecipadamente o mercado das suas necessidades a médio e longo prazo, tente organizar as suas aquisições com calendários, quantidades e orçamentos suficientemente diversos. Perante essa diversificação, é mais difícil para os participantes numa colusão repartir o mercado entre si de forma «equitativa».

- **Planeie e lance o seu processo de adjudicação com a devida antecedência**, de modo a ter tempo suficiente para avaliar as propostas adequadamente e tratar os casos suspeitos de colusão sem ultrapassar os prazos para a conclusão do processo.
- Se possível e viável para a sua aquisição, **pondere a utilização da aquisição centralizada**, que pode fornecer garantias adicionais quanto à disponibilidade de recursos e aos conhecimentos necessários para detetar a colusão.

A aquisição centralizada é concretizada, por norma, mediante contratos-quadro. Embora esta técnica apresente vantagens consideráveis quer para a autoridade adjudicante, quer para os operadores (podendo ser particularmente útil para suprir necessidades públicas e garantir fornecimentos rápidos), nalguns casos, poderá ter efeitos adversos suscetíveis de conduzir a práticas colusórias. Em princípio, um contrato-quadro limita a concorrência num setor, dado que, num período até quatro anos, nenhum operador que não os adjudicatários do contrato-quadro poderão concorrer a um contrato específico (ou «por encomenda») ao abrigo do contrato-quadro. A ausência de novos agentes do mercado durante esse período pode aumentar o risco de colusão entre os adjudicatários do contrato-quadro, especialmente em contratos-quadro que sejam reabertos à concorrência na fase dos contratos específicos.

- Conceba e realize cada processo de adjudicação por forma a **encorajar a máxima participação dos operadores económicos**.
 - Defina especificações técnicas e critérios de seleção claros, razoáveis, abrangentes e facilmente compreensíveis que sejam proporcionados em relação à obra, serviço ou bem a contratar e que observem os requisitos europeus e nacionais.
 - Evite termos desnecessários, excessivamente complexos, irrelevantes ou discriminatórios (ou seja, que, favorecem ou desfavorecem certos operadores), que limitam a concorrência e que, em última análise, põem em causa a objetividade do processo de adjudicação e a fiabilidade da autoridade adjudicante enquanto potencial cliente futuro.
 - Utilize critérios de adjudicação qualitativos: a definição do preço como único critério de adjudicação propicia acordos colusórios, já que o resultado da avaliação passa a ser previsível e pode ser mais facilmente manipulado. Se as propostas forem avaliadas com base em critérios qualitativos, é mais difícil para os participantes numa colusão manipular as respetivas ofertas, uma vez que não conseguem prever facilmente de que modo o comité de avaliação as examinará.
 - Sempre que possível, procure soluções inovadoras para as suas necessidades. Muitas vezes, os participantes num esquema colusório, que se baseiam geralmente em aquisições públicas estáveis e previsíveis, não conseguem garantir a prestação de serviços ou bens inovadores, ao contrário de novos agentes de mercado que entram no mercado para colmatar essa lacuna. Neste caso, os participantes no esquema colusório ficam com certezas muito mais reduzidas quanto à adjudicação do contrato a um deles.
 - Conceda aos operadores tempo suficiente para a preparação e apresentação das propostas: independentemente do prazo mínimo imposto pelas diretivas da UE ou pela legislação nacional, não se coíba de fixar um prazo mais longo para a apresentação das propostas, tendo em atenção a complexidade do serviço ou do bem a fornecer.
 - Evite cobrar aos operadores taxas pelo acesso às informações sobre o processo de adjudicação.
 - Tire o máximo partido da contratação eletrónica, que facilita bastante o acesso dos proponentes às informações e a apresentação das respetivas propostas.

- Assegure uma publicação das informações e do anúncio de concurso tão ampla quanto possível e evite fazê-la durante períodos de férias, o que reduz o tempo à disposição dos operadores para elaborar as propostas.
- Tente concluir o processo o mais rapidamente possível, limitando, na medida do possível, o período compreendido entre o prazo para a receção das propostas e a decisão de adjudicação do contrato. Esta abordagem constitui um incentivo à participação dos operadores económicos e, simultaneamente, reduz o tempo à disposição dos proponentes para estabelecer acordos de colusão (por exemplo, a negociação da retirada de um proponente do concurso em troca da obtenção de parte do contrato na qualidade de subcontratante).
- Utilize métodos de **sensibilização dos operadores económicos para as possíveis consequências e de dissuasão das práticas colusórias**.
 - Inclua nos documentos do concurso disposições e cláusulas como:
 - a obrigação de os proponentes facultarem uma declaração a indicar que elaboraram as suas propostas de forma autónoma,
 - sanções para o futuro adjudicatário caso se apure que atuou em colusão no âmbito do processo de adjudicação ou a possibilidade expressamente prevista de a autoridade adjudicante rescindir o contrato ou exigir uma indemnização pelos referidos motivos,
 - informações sobre eventuais sanções previstas na legislação nacional para casos de colusão (tais como uma exclusão de concursos públicos por determinado período ou a imposição de coimas ao abrigo da legislação em matéria de concorrência).
 - Solicite aos proponentes, nos termos da legislação nacional, que indiquem, quanto antes durante o processo, se tencionam subcontratar parte do contrato.
 - Pondere cuidadosamente as informações a divulgar durante o processo de adjudicação. Não é necessário ir além das exigências previstas na legislação europeia e nacional. Se possível, evite divulgar informações (por exemplo, quem apresentou uma proposta, por que preço, pormenores sobre o concurso, etc.) passíveis de gerar contactos entre operadores ou de permitir a proponentes em colusão verificar facilmente se respeitaram os termos do seu acordo ilícito ao participarem em processos de adjudicação.

3. Recomendação sobre a deteção de possíveis casos de colusão durante a avaliação das propostas

- **Leve o tempo que for necessário para examinar minuciosamente as propostas apresentadas durante o concurso.** A colusão é muitas vezes descoberta em pequenos detalhes que passam geralmente despercebidos, mas que podem fornecer indícios plausíveis de que determinadas propostas foram elaboradas pela mesma pessoa ou coordenada entre os proponentes. Esteja alerta ao seguinte:
 - Erros idênticos ou erros ortográficos em propostas diferentes;
 - Propostas diferentes redigidas com uma caligrafia ou tipo de letra semelhantes;
 - Propostas que utilizam o cabeçalho ou as coordenadas de outro proponente;
 - Propostas diferentes com erros de cálculo idênticos ou metodologias idênticas para estimar o custo de determinadas rubricas;
 - Propostas apresentadas pela mesma pessoa ou com pessoas a partilhar as mesmas coordenadas.
- **Preste especial atenção às propostas que fiquem muito aquém dos critérios mínimos exigidos pelos documentos do concurso**, que estejam francamente incompletas ou que provenham de um operador obviamente inelegível para a execução do contrato.

Tais propostas indiciam um possível acordo de colusão, que inclui a apresentação de denominadas «propostas fictícias» (ou seja, propostas sem hipóteses de êxito e que não se destinam a obter o contrato), a fim de manipular a avaliação e atingir o resultado pretendido.
- **Analise cuidadosamente os preços propostos pelos proponentes**, especialmente os preços que pareçam desenquadrados por serem demasiado baixos ou demasiado altos comparativamente ao custo estimado do contrato, sem nenhum motivo aparente. Esteja atento ao seguinte:
 - Indícios de uma possível coordenação dos preços por parte das empresas, como aumentos idênticos nos preços, que não possam ser explicados por aumentos dos custos de mercado, ou a anulação de descontos, sobretudo em mercados onde sejam tradicionalmente concedidos descontos;
 - Uma diferença considerável entre o preço de uma proposta selecionada e os preços de outras propostas;

- Uma proposta de determinado fornecedor de valor muito mais elevado para um contrato específico do que outra proposta do mesmo fornecedor para outro contrato similar;
 - Reduções significativas em relação a preços anteriores depois de um operador económico novo ou pouco frequente ter apresentado uma proposta, o que poderá significar que o novo operador rompeu com um cartel existente;
 - Preços propostos por fornecedores locais mais altos para prestações ao nível local do que para prestações em destinos mais afastados;
 - Custos de fornecimento semelhantes propostos por empresas locais e não locais;
 - O mesmo preço proposto pela maioria dos proponentes;
 - Preços significativamente diferentes propostos por alguns proponentes em concursos semelhantes.
- **Se possível, verifique** (utilizando as bases de dados de contratação eletrónica, tais como os registos nacionais de contratos ou qualquer outra ferramenta informática disponível) **se as propostas que recebeu correspondem a um padrão de apresentação de propostas** com base em anteriores processos de adjudicação equiparáveis. Este tipo de padrão pode ser considerado um indício de acordo colusório. A fim de identificar estes padrões, verifique o seguinte:
- A regularidade com que são adjudicados contratos aos operadores económicos;
 - Operadores que propõem sistematicamente preços elevados nalguns concursos e preços baixos noutros para o mesmo tipo de bem, obra ou serviço;
 - Se é sempre o mesmo operador que oferece o preço mais baixo;
 - Operadores cujas propostas são selecionadas apenas nalgumas zonas geográficas;
 - Operadores que apresentam regularmente propostas, mas que não participam no seu concurso, quando se esperava que o fizessem;
 - Operadores que retiram inesperadamente as suas propostas durante o concurso;
 - Operadores que apresentam sempre propostas, mas nunca são selecionados;
 - Operadores que obtêm contratos alternadamente.
- Explore as possibilidades concedidas pela legislação nacional e da UE para **obter informações em qualquer fase do processo sobre a intenção de um proponente subcontratar parte do contrato e, em caso afirmativo, a que empresa.**

A subcontratação de trabalho por um proponente selecionado a outros proponentes preteridos no mesmo contrato, ou uma recusa do proponente selecionado em assinar o contrato, para depois vir a observar-se que é subcontratante do proponente a quem o contrato foi finalmente adjudicado, são duas situações que podem ser consideradas indícios de colusão suficientemente plausíveis.

- **Preste atenção às propostas apresentadas por um consórcio de operadores económicos** que poderiam ter participado no concurso por sua própria iniciativa ou quando seria mais expectável que o fizessem.

Uma proposta conjunta pode ser uma escolha comercial legítima, dependendo das condições de mercado específicas do procedimento de concurso, ou uma necessidade quando os operadores só conseguem satisfazer os critérios de seleção ou ter melhores hipóteses de obter o contrato participando como consórcio. Caso nenhuma destas situações seja perceptível, deve avaliar cuidadosamente se uma proposta conjunta pode ser considerada um indício de colusão.

- **Preste igualmente atenção às propostas apresentadas num processo de adjudicação por operadores económicos com algum tipo de filiação entre si** (por exemplo, propostas apresentadas pela empresa-mãe e pela sua filial ou por duas empresas do mesmo grupo).

Embora não seja necessariamente óbvio que essas empresas filiadas tenham tido reciprocamente acesso à preparação das respetivas propostas ou que tenham atuado em colusão, as propostas apresentadas por empresas filiadas podem encobrir um acordo colusório e poderá ser necessário certificar-se de que todas as propostas foram elaboradas de forma totalmente autónoma.

- **Preste especial atenção às propostas apresentadas por operadores económicos que já tenham sido excluídos pela sua autoridade adjudicante ou por outra autoridade adjudicante devido a atos de colusão, ou que tenham sido condenados no passado por uma autoridade nacional da concorrência por práticas colusórias.**

Ainda que tal condenação não redunde automaticamente numa exclusão do proponente de um processo de adjudicação pendente, em determinadas circunstâncias, pode considerá-la um indício de colusão suficientemente plausível. Nada o impede, aliás, de tomar em consideração casos de colusão detetados além-fronteiras nos quais esteja implicado o mesmo operador económico. Escusado será dizer que, se o operador económico tiver sido excluído de todos os processos de adjudicação no seu país por um período determinado e apresentar uma proposta durante esse período, terá de o excluir do seu processo de adjudicação sem apreciar a proposta apresentada.

4. Recomendação sobre as formas de reagir a casos suspeitos de colusão

- Se concluiu que existem haver indícios suficientemente plausíveis da atuação em colusão de operadores económicos para limitar a concorrência ou pré-determinar o vencedor de um processo de adjudicação, **tem, nos termos da legislação da UE, o direito de ponderar a exclusão dos proponentes do processo de adjudicação.**
- Antes de adotar uma decisão de exclusão, proceda a uma avaliação exaustiva dos indícios à sua disposição e documente as suas conclusões (incluindo todos os contactos conexos).
- Tenha em conta vários aspetos, como a natureza e gravidade dos factos, que o levaram a suspeitar de um acordo de colusão, as possíveis explicações fornecidas pelo proponente (ver abaixo) e a situação do mercado no setor em causa.
- Considere a possibilidade de excluir apenas os proponentes que representam uma ameaça genuína para a concorrência, por exemplo, apenas os proponentes que iniciaram ou conduziram o esquema colusório.
- Tenha presente que qualquer «sinal de alerta» revelador de uma possível colusão pode ter uma explicação razoável, que importará ter em conta antes de excluir um proponente do concurso.
- Explore as possibilidades concedidas pela legislação nacional e da UE para **permitir aos proponentes prestar esclarecimentos sobre as respetivas propostas**, nomeadamente quanto a aspetos que tenham gerado suspeitas de colusão.

Os proponentes suspeitos de atuar em colusão no âmbito de um processo de adjudicação podem, nos termos da legislação da UE, apresentar-lhe argumentos em defesa da sua manutenção no processo. Estes argumentos poderão incluir provas de que estes proponentes adotaram medidas para restabelecerem a sua fiabilidade (caso tenham sido excluídos de um concurso anterior ou condenados por uma autoridade nacional da concorrência por práticas colusórias) ou de que a sua participação no concurso não põe em causa a concorrência genuína necessária. Se considerar que os argumentos apresentados pelo proponente ou as medidas de «limpeza automática» adotadas ao abrigo das diretivas da UE ou da legislação nacional são suficientes para demonstrar a fiabilidade do mesmo, deverá manter o proponente no concurso. Tal permite aumentar a concorrência, especialmente em mercados concentrados nos quais o número de operadores económicos ativos é reduzido.

- Quando receber e apreciar os referidos argumentos, não acuse diretamente os proponentes de colusão nem tão-pouco deixe entender que poderá fazê-lo, uma vez que tal poderá levar proponentes em colusão a destruir ilegalmente provas que poderiam ser úteis no processo.
- Respeite o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes (ou seja, conceda a todos os proponentes em causa as mesmas possibilidades de se pronunciarem sobre qualquer dúvida que possa ter quanto às respetivas propostas), mas nunca aborde estas dúvidas com o conjunto dos proponentes simultaneamente.
- Ao avaliar as explicações que lhe sejam eventualmente apresentadas, preste atenção a afirmações que possam confirmar as suas suspeitas, nomeadamente proponentes que justifiquem os preços aludindo a «preços propostos do setor», «preços normais de mercado» ou «tabelas de preços do setor», que afirmem não vender numa zona específica ou a determinados clientes sem uma explicação razoável, ou que utilizem argumentos comuns ou, inclusivamente, a mesma terminologia que outros proponentes quando explicam o preço proposto.
- Analise os argumentos apresentados pelos proponentes de forma proporcionada e com um espírito aberto.
- **Contacte a sua autoridade nacional da concorrência e/ou autoridade central responsável pelos contratos públicos** (ou qualquer outra autoridade competente, consoante os dispositivos existentes ao nível nacional), nomeadamente caso tenha alguma dúvida, para obter aconselhamento e assistência especializada no tratamento da questão.
- Também pode considerar consultar o seu departamento jurídico ou de auditoria, caso disponha desse serviço.

- Estabeleça esses contactos de forma confidencial e sem o conhecimento do proponente sob suspeita ou de outros proponentes, a fim de evitar que potenciais proponentes em colusão tenham tempo de destruir ilegalmente provas antes de a autoridade da concorrência decidir intervir.
 - Caso decida excluir um proponente com base nesse motivo, **informe a sua autoridade nacional da concorrência e/ou autoridade central responsável pelos contratos públicos** de forma tão detalhada quanto possível, a fim de permitir que essas autoridades possam dar seguimento ao processo e, de modo mais geral, acompanhar a utilização deste motivo de exclusão pelas autoridades adjudicantes à escala nacional.
-