



**CONTRIBUTO DA TIAC PARA A REVISÃO
DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

30 Setembro 2016

I. NOTA PRÉVIA

Na ocasião em que é aberto o debate sobre a revisão do Código dos Contratos Públicos, a TIAC entende chegado o momento de promover uma revisão que incremente a transparência e integridade da contratação pública, mas estimule também a dimensão de participação cívica, incentivando as autoridades públicas a desenvolverem e testarem novas metodologias de envolvimento dos cidadãos nos processos de investimento público.

Embora nos últimos anos se tenham registado avanços no sentido do reforço da transparência nos processos de contratação pública – nomeadamente através da criação de plataformas on-line para gestão e publicitação de contratos públicos – continua por concretizar a dimensão de participação cívica no acompanhamento e acesso pleno à informação sobre estes processos.

Há que continuar a reforçar a integridade dos procedimentos de contratação pública, para que se possam prevenir todos os riscos de corrupção associados. Isso exige implementar mecanismos de acompanhamento efetivo dos vários passos do processo de contratação, que avaliem e monitorem com a máxima eficácia e, ao mesmo tempo vinculem todos os intervenientes a um padrão comum de transparência e integridade.

Para tal entendemos indispensável que se inovem as políticas e os procedimentos institucionais, reforçando a cooperação entre as várias instituições com responsabilidades nesta área e estimulando uma maior participação cívica.

Nesse âmbito, a [Transparency International](#), rede global de ONGs anti-corrupção que a TIAC representa em Portugal, tem desenvolvido trabalho significativo, investigando e testando novas metodologias de controlo com o envolvimento da sociedade civil, de entre as quais se destacam os [Pactos de Integridade \(Integrity Pacts\)](#).

A dimensão económica e o impacto social associados à contratação de bens e serviços por parte do Estado exigem a promoção dos mais altos padrões de transparência, integridade e participação cívica.

A experiência da Transparency International com a aplicação de Pactos de Integridade a nível internacional demonstra o impacto desta metodologia no reforço da partilha de informação, da participação cívica, da transparência, da livre concorrência, da diligência e da integridade nos processos de contratação pública. Reconhecendo esse impacto, a Comissão Europeia estabeleceu uma parceria com a Transparency International através da qual serão implementados Pactos de Integridade a projetos de investimento público apoiados pelos fundos europeus de coesão e desenvolvimento regional em 11 países da União, incluindo Portugal.

Os Pactos de Integridade consistem num compromisso de transparência, partilha de informação e prestação de contas que vincula as organizações sujeitas ao Código dos Contratos Públicos, os operadores económicos concorrentes e a sociedade civil, num processo que permite aos cidadãos avaliar a integridade e qualidade dos processos de contratação pública.

A dimensão económica e o impacto social associados à contratação de bens e serviços por parte do Estado exigem a promoção dos mais altos padrões de transparência, integridade e participação cívica. Exigem também uma atitude permanente de procura, teste e implementação de boas práticas envolvendo decisores públicos, responsáveis da administração do Estado, setor privado e sociedade civil que, sem onerarem demasiado as entidades contratantes, possam elevar a integridade destes processos e reforçar a confiança dos cidadãos nas instituições públicas.

É com esse objetivo que damos o presente contributo à discussão legislativa do anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos.

II. IMPACTOS MAIS RELEVANTES DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS NA PREVENÇÃO E COMBATE A RISCOS DE CORRUPÇÃO

1- Regras gerais da contratação pública

No que respeita às regras gerais de contratação pública e sempre na ótica primordial da transparência:

- a) regista-se com agrado a redução para €20.000 (bens e serviços) e €30.000 (empreitadas) do limite máximo até ao qual a entidade adjudicante pode contratar convidando só um operador económico. A partir destes limites e até €75.000 para bens e serviços e €150.00 para as empreitadas, torna-se obrigatório convidar, pelo menos, três operadores económicos. A diminuição destes limites permitirá reduzir margens de descriconaridade e incentivar a concorrência, em comparação com os limites definidos na lei atualmente em vigor (€75.000 para bens e serviços e €150.000 para empreitadas).
- b) por outro lado, vê-se com especial preocupação o alargamento do ajuste direto simplificado (que até aqui só vigorava para bens e serviços) às empreitadas de valor inferior a €5.000. Este procedimento é totalmente oculto, pois não se encontra sequer abrangido pela necessidade de publicitação no www.base.gov.pt
- c) não está claro o significado concreto da expressão «contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar» (art.º 113.º, n.º 2), sendo tal interpretação decisiva para delimitar o âmbito da proibição de as entidades adjudicantes contratarem sistematicamente os mesmos operadores económicos.

2- Apresentação das propostas

Neste domínio consideramos que, para reforço da transparência na relação entre entidades públicas contratantes e operadores económicos, deve ser obrigatoriamente exigida a qualquer entidade concorrente, no processo de contratação por ajuste direto ou na apresentação da proposta (art.º 57.º), a apresentação de documentação que identifique a sua estrutura empresarial com a divulgação dos seus beneficiários efetivos na aceção do Artigo 2, n. 5 da Lei 25/2005 de 5 de junho, ficando esta informação também disponível no portal dos contratos públicos.

Em simultâneo, no momento de apresentação da candidatura ou negociação por ajuste direto, o(s) beneficiário(s) efetivo(s) da entidade concorrente deve(m) obrigatoriamente divulgar quaisquer donativos que tenha(m) efetuado no decurso de uma campanha para eleição da autoridade adjudicante, quando se trate de uma entidade eleita.

3- Conflitos de interesses

A TIAC consideramos que o anteprojeto do Código dos Contratos Públicos inclui evoluções favoráveis no que respeita à prevenção e repressão de conflitos de interesses entre adjudicatários e adjudicantes, na medida em que:

- a) no novo art.º 1.º-A, n.º 3, declara-se, que *«as entidades adjudicantes devem adotar as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente os conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de formação de contratos públicos, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento dos operadores económicos»*, sem prejuízo da aplicação das garantias de imparcialidade previstas no Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Acresce que o n.º 4 do mesmo art.º procura especificar o conceito de «conflito de interesses», definindo-o como «qualquer situação em que o dirigente ou o trabalhador de uma entidade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da entidade adjudicante, que participe na preparação e na condução do procedimento de formação de contrato público ou que possa influenciar os resultados do mesmo, tem direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do referido procedimento».

- b) complementarmente, estipula impedidos de participar em qualquer procedimento de contratação pública os concorrentes que «Estejam abrangidos por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão», considerando como medidas menos gravosas «designadamente, a substituição de membros do júri ou de peritos que prestem apoio ao júri, a instituição de sistemas de reconfirmação de análises, apreciações ou aferições técnicas, ou a proibição de o concorrente recorrer a um determinado subcontratado» (art.º 55.º, n.º 1, alínea l) e n.º 2).

Ainda que esta solução seja positiva, o articulado carece de desenvolvimento e assertividade, pelo que se recomenda que sejam especificamente tipificados os comportamentos cuja verificação tornaria os concorrentes impedidos (aplicando-se as medidas alternativas previstas no n.º 2 aos restantes casos), à semelhança do que faz o Código do Procedimento Administrativo para os impedimentos e suspeições.

Da mesma forma, é também do nosso ponto de vista negativa a manutenção da redação da alínea j), de acordo com a qual se encontram impedidos todos os que «Tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência» [sublinhado nosso].

A formulação adotada continua a permitir a ocorrência de conflitos de interesses, potenciais ou aparentes.

Uma regulação mais exigente aconselharia a que a proibição fosse absoluta, isto é, qualquer tipo de assessoria ou apoio técnico deveria impedir o autor da mesma de participar no procedimento em causa, sem necessidade de prova do efetivo benefício daí adveniente.

- c) pela primeira vez se institui a obrigatoriedade de «Antes do início de funções, os membros do júri e todos os demais intervenientes no processo de avaliação de propostas, designadamente peritos, subscrevem declaração de inexistência de conflitos de interesses» - art.º 67.º, n.º 3.

No entanto, mantém-se a regra do n.º 2, que permite que os titulares do órgão competente para a decisão de contratar possam integrar o júri, situação que pode conduzir a potenciais conflitos de interesses (em situações, por exemplo, em que o órgão competente seja o executivo municipal e um dos membros do júri seja um dos vereadores desse mesmo executivo).

4- Contratação eletrónica

É positivo o facto de o anteprojeto determinar, no novo art.º 1.º-A, n.º 5, que «Salvo disposição legal em contrário, na instrução dos procedimentos de formação de contratos públicos devem ser utilizados preferencialmente meios eletrónicos», princípio que pode ter efeitos positivos para evitar conluios e outras práticas anti-concorrencias e até criminosas.

Alerta-se no entanto para a importância crucial de regulamentar de forma clara e exigente a utilização das plataformas eletrónicas, imprescindível para que o recurso à contratação eletrónica potencie a livre concorrência e a transparência de processos.

Com efeito, apesar da evolução já verificada na utilização da contratação eletrónica em Portugal, a falta de regulamentação da atual Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto – Regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública – constitui um fator restritivo da liberdade de acesso dos operadores económicos aos procedimentos concursais.

Sem a regulamentação necessária, o princípio da liberdade de escolha de plataformas eletrónicas está, em termos práticos, limitado, contribuindo para situações de opacidade e restrição da concorrência que têm suscitado um aumento das queixas dos operadores económicos e de suspeitas de ilegalidades e falhas regulatórias nesta matéria.

III. RECOMENDAÇÕES PARA O AUMENTO DA TRANSPARÊNCIA, INTEGRIDADE E PARTICIPAÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

1- Incentivos à inovação, transparência e responsabilização

O Código dos Contratos Públicos deve prever a possibilidade de as entidades públicas adjudicantes desenvolverem e testarem, por sua iniciativa, boas práticas de contratação pública para lá das legalmente exigidas – nomeadamente através do recurso a Pactos de Integridade¹ e plataformas de comunicação, informação e participação alicerçadas na transparência e prestação de contas – que, sem dispensa do cumprimento das restantes normas do Código dos Contratos Públicos, contribuam para identificar e disseminar práticas inovadoras de reforço da transparência, integridade e participação.

Neste contexto, deve ser ponderada a atribuição de incentivos (financeiros ou de outra natureza) às entidades que desenvolvam boas práticas supletivas às previstas no Código dos Contratos Públicos.

2- Regras de contratação

No que se refere às regras de contratação, recomendamos:

- a) limitar-se a utilização do ajuste direto simplificado, eliminando a sua proposta de extensão à contratação de empreitadas;
- b) Concretizar-se de forma exigente e rigorosa o que, para efeitos da legislação, se entende por «*contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar*» (art.º 113.º, n.º 2), de modo a evitar que a norma seja usada como lacuna para privilegiar a contratação sistemática dos mesmos operadores económicos;
- c) Tornar-se obrigatória a publicação atempada de todos os contratos por ajuste direto simplificado no portal dos contratos públicos, por imposição do princípio da transparência.

3- Apresentação das propostas

No que respeita à apresentação de propostas, recomendamos:

¹ Uma brochura de apresentação dos Pactos de Integridade constitui anexo a este Contributo da TIAC para a Revisão do Código dos Contratos Públicos.

- a) A apresentação de propostas a procedimentos concursais (art.º 57.º) ou os processos de contratação por ajuste direto devem ser acompanhados de uma declaração obrigatória da entidade concorrente identificando a sua estrutura empresarial, com divulgação dos beneficiários efetivos na aceção do Artigo 2, n. 5 da Lei 25/2005 de 5 de junho.
- b) A informação sobre os beneficiários efetivos das entidades contratadas deve estar inserida no portal dos contratos públicos.
- c) Nas situações em que a entidade adjudicante seja um órgão eleito, o(s) beneficiário(s) efetivo(s) das entidades concorrentes ou que negoceiem um contrato por ajuste direto devem divulgar quaisquer donativos que tenham efetuado no âmbito de uma campanha eleitoral para a entidade adjudicante.

4- Prevenção de conflitos de interesses

Para prevenção de conflitos de interesse, recomendamos:

- a) Deve ser adotada uma proibição absoluta de participação num procedimento concursal aos autores de qualquer tipo de assessoria ou apoio técnico na formulação do procedimento, sem necessidade de prova do efetivo benefício daí adveniente.
- b) Devem ser especificamente tipificados os comportamentos que, a verificar-se, resultam no impedimento dos concorrentes (art.º 55.º, n.º 1, alínea l) e n.º 2), nomeadamente aplicando as normas que determinam impedimentos e suspeições no Código do Procedimento Administrativo (art.º 69.º e segs. do CPA), aplicando-se as medidas alternativas previstas no n.º 2 aos restantes casos;
- c) Deve ser vedada aos titulares do órgão competente para a decisão de contratar a participação no júri do procedimento concursal.

5- Regulamentação das plataformas eletrónicas de contratação

O novo Código dos Contratos Públicos deve ser acompanhado da urgente regulamentação da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto – Regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública.

Esta regulamentação é imprescindível para concretizar o princípio da liberdade de escolha de plataformas eletrónicas para entidades adjudicantes, concretizando assim o objetivo declarado da contratação eletrónica – promover a livre concorrência e a transparência nos processos de contratação pública.

IV – COMENTÁRIO FINAL

A contratação pública é não apenas uma das áreas em que mais se verificam riscos de corrupção, mas também aquela em que o custo da corrupção provoca maior impacto económico e social.

Num país como o nosso, em que a qualidade de vida de pessoas e empresas se encontra tão dependente da boa governança, os custos de um investimento público manietado pela corrupção são incalculáveis, no presente e no futuro.

Tais riscos demandam dos decisores políticos, instituições públicas, entidades reguladoras, agentes económicos e sociedade civil que se empenhem por forma a promover e garantir a integridade, a transparência e a participação em todos os concursos e em todas as fases dos processos mas, principalmente, que se desenvolva uma cultura e uma prática institucional que coloquem estas dimensões no centro da atividade pública.

Para isso não basta rever e atualizar o Código dos Contratos Públicos à luz das diretivas europeias aplicáveis. É preciso que a legislação portuguesa e as práticas institucionais se assumam de vanguarda ao nível da prevenção da corrupção na contratação pública, e que se cristalizem mecanismos de monitorização e controlo capazes de garantir que os procedimentos decorrem com os níveis mais elevados de integridade e de transparência,

Que a despesa pública seja, enfim, boa despesa.

Este documento foi produzido pela Transparência e Integridade, Associação Cívica no âmbito da discussão legislativa do anteprojeto do Código dos Contratos Públicos, após processo de consulta aos membros da associação e a investigadores e especialistas nas várias dimensões da contratação pública.

© Setembro 2016 TIAC

Transparência e Integridade, Associação Cívica
www.transparencia.pt

Transparência e Integridade,
Associação Cívica
Rua Leopoldo de Almeida 9B
1750-137 Lisboa

Tel.: (+351) 21 752 20 75

secretariado@transparencia.pt
www.transparencia.pt

facebook.com/transparenciapt
twitter.com/transparenciapt
