

O aumento da transparência como forma de prevenção da corrupção na contratação pública: as medidas legislativas recentemente adotadas na sequência da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024

The increase of transparency as a way to prevent corruption in public procurement: measures recently approved in connection with the 2020-2024 Anticorruption National Strategy

Débora Melo Fernandes
João da Cunha Empis

Vol. 9 No. 2
outubro 2022
e-publica.scholasticahq.com

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

O AUMENTO DA TRANSPARÊNCIA COMO FORMA DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: AS MEDIDAS LEGISLATIVAS RECENTEMENTE ADOTADAS NA SEQUÊNCIA DA ESTRATÉGIA NACIONAL ANTICORRUPÇÃO 2020-2024

THE INCREASE OF TRANSPARENCY AS A WAY TO PREVENT CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT: MEASURES RECENTLY APPROVED IN CONNECTION WITH THE 2020-2024 ANTICORRUPTION NATIONAL STRATEGY

DÉBORA MELO FERNANDES

Advogada, Gama Glória, mestre em Direito
Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito - Campus de Palma de Cima
1649-014 Lisboa - Portugal
debora.fernandes@gamagloria.com

JOÃO DA CUNHA EMPIS

Advogado, Gama Glória, mestre em Direito
Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito - Campus de Palma de Cima
1649-014 Lisboa - Portugal
joao.empis@gamagloria.com

Resumo: A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 foi aprovada com o objetivo de prevenir a ocorrência do fenómeno de corrupção em diversos campos da atuação pública. Neste âmbito, este importante instrumento elenca um conjunto de mecanismos que visam promover maior transparência na contratação pública. No presente texto, abordam-se as principais alterações promovidas em matéria de contratação pública com o objetivo de imprimir uma maior transparência neste domínio. As referidas medidas foram concretizadas através da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (que alterou o Código dos Contratos Públicos) e, ainda, do Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro (diploma que implementa a ENA, aprovando o regime jurídico de prevenção da corrupção).

Abstract: The 2020-2024 Anticorruption National Strategy (Estratégia Nacional Anticorrupção) was approved as a way to prevent corruption practices in the different public instances. In this context, this important document lists a set of mechanisms aimed at promoting greater transparency in public procurement. This article addresses the main changes occurred in public procurement law in order to achieve greater transparency in this field. These changes were enacted by means of Law no. 30/2021, of 21 May (which amends the Portuguese Public Procurement Code) and Decree-Law no. 109-E/2021, of 9 December (which implements the Anticorruption National Strategy and provisions important contributions to public procurement applicable legislation).

Palavras-chave: transparência; corrupção; contratação pública; conflito de interesses; impedimentos

Keywords: transparency; corruption; public procurement; conflict of interests; impediments

1. O roteiro definido pela Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 para a contratação pública

A corrupção é o facto social que serve de mote ao presente texto.

Pretendendo dar uma resposta a este fenómeno, o sistema penal português tipifica como crime um conjunto de condutas que se subsumem no conceito (criminal) de corrupção. A este respeito, basta atentar nos artigos 372.º (recebimento ou oferta indevidos de vantagem), 373.º (corrupção passiva) e 374.º do Código Penal (corrupção ativa).

O propósito do presente texto não consiste na análise do fenómeno da corrupção numa perspetiva de Direito Penal. Todavia, partindo destas normas, mas sem atender com inteiro rigor ao seu alcance, importa estabelecer, para efeitos deste estudo, que a corrupção consiste, de forma muito abreviada, na solicitação ou aceitação, por parte de funcionário, de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou sua promessa, para a prática de um ato ou omissão contrários aos deveres do cargo (corrupção passiva) e, do ponto de vista inverso, na atribuição, ou promessa de atribuição, a funcionário, de vantagem patrimonial ou não patrimonial com a mesma finalidade (corrupção ativa).

Acresce que o conceito penal de corrupção não comporta o mesmo alcance que o conceito social deste fenómeno, o qual é mais abrangente, abarcando no seu âmbito outras condutas também tipificadas como crime no ordenamento jurídico português¹.

Indiscutível é, em todo o caso, a conclusão de que o fenómeno da corrupção afeta negativamente a atividade de gestão pública, sendo suscetível de comportar graves prejuízos para o Estado, na medida em que coarta a capacidade de este último prover à satisfação de necessidades coletivas.

A este respeito, é referido na Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de abril (doravante “ENA”), que a “*corrupção pode ter impactos financeiros diretos nas contas do Estado, impedindo que o valor correspondente à despesa*

1. Disso mesmo nos dá conta a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, ao referir o seguinte: “No entanto, o conceito de corrupção alcança na sociedade um sentido mais abrangente, abarcando outras condutas, também criminalizadas, cometidas no exercício de funções públicas, como o peculato, a participação económica em negócio, a concussão, o abuso de poder, a prevaricação, o tráfico de influência ou o branqueamento”. Cfr. Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, p. 3, disponível em www.justica.gov.pt. Ainda a este respeito, é importante notar que o artigo 3.º do Regime Geral da Prevenção da Corrupção, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro, define corrupção e infrações conexas como “os crimes de corrupção, recebimento e oferta indevidos de vantagem, peculato, participação económica em negócio, concussão, abuso de poder, prevaricação, tráfico de influência, branqueamento ou fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, previstos no Código Penal, aprovado em anexo ao [Decreto-Lei n.º 48/95](#), de 15 de março, na sua redação atual, na [Lei n.º 34/87](#), de 16 de julho, na sua redação atual, no Código de Justiça Militar, aprovado em anexo à [Lei n.º 100/2003](#), de 15 de novembro, na [Lei n.º 50/2007](#), de 31 de agosto, na sua redação atual, na [Lei n.º 20/2008](#), de 21 de abril, na sua redação atual, e no [Decreto-Lei n.º 28/84](#), de 20 de janeiro, na sua redação atual”.

*adicional ou à receita por cobrar seja canalizado para a saúde, a segurança social, a educação, a segurança, a justiça, a cultura ou para a modernização da Administração Pública, pondo em causa, conseqüentemente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que incumbe ao Estado garantir*².

A ENA é um instrumento da maior relevância, assente na premissa de que o fenómeno da corrupção deve ser combatido, em primeira linha, a montante, isto é, através da adoção de medidas preventivas, relegando-se a tutela penal repressiva para medida de último recurso³.

A ENA dá particular enfoque ao universo da contratação pública, reconhecendo tratar-se de *“uma das áreas em que se justificam alterações ao quadro legal, no sentido de tornar os procedimentos mais transparentes e assim reduzir os contextos facilitadores da corrupção”*⁴.

Tendo em vista este propósito, a ENA traça sete prioridades que se inserem numa política preventiva em matéria de corrupção.

Com relevância para o presente texto, destaca-se a prioridade de melhorar *“as práticas institucionais em matéria de transparência e integridade”*⁵. A concretização desta prioridade passa, entre outras medidas, por *“reforçar a transparência e a dimensão de integridade no exercício da atividade política e de altos cargos públicos”*⁶, tendo em vista *“tornar os procedimentos mais transparentes e assim reduzir os contextos facilitadores de corrupção”*⁷, nomeadamente a contratação pública. É ainda de sublinhar a prioridade de *“prevenir e detetar os riscos de corrupção na ação pública”*⁸.

No presente estudo, analisaremos as medidas que, na sequência do roteiro definido na ENA, foram aprovadas pelo legislador português com o ensejo de prevenir, através do aumento da transparência da atividade administrativa, a corrupção no domínio específico da contratação pública.

As medidas legislativas em causa foram consagradas (i) no Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”), tendo sido aditadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (doravante, Lei n.º 30/2021”), e (ii) no regime geral de prevenção da corrupção (doravante “RGPC”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro, diploma que, entre outros, implementa a ENA.

2. ENA, p. 10.

3. ENA, p. 8.

4. ENA, p. 21

5. ENA, pp. 12 e ss.

6. ENA, p. 16.

7. ENA, p. 21.

8. ENA, p. 28 e ss.

2. A transparência da Administração Pública ao serviço da imparcialidade administrativa e da prevenção do fenómeno da corrupção

A promoção da transparência em vários domínios da atuação pública é tratada pela ENA como uma medida adequada para a redução do fenómeno da corrupção. O domínio da contratação pública – contexto especialmente facilitador do fenómeno da corrupção⁹ – não é evidentemente exceção.

A palavra transparência é polissémica. Na sua aceção jurídica, “*mais do que representar um instituto juridicamente preciso, resume um modo de ser da Administração, um objetivo ou um parâmetro para medir o desenvolvimento da atividade*”¹⁰.

A ideia de transparência e as exigências dela decorrentes são forma de concretização, no domínio da função administrativa, da ideia geral de um “*governo em público do poder público*”, que NORBERTO BOBBIO apontava como a essência do governo democrático¹¹. De facto, a transparência administrativa joga um papel essencial na sustentação do princípio constitucional democrático-participativo (*maxime* artigos 2.º, *in fine*, 48.º, 109.º, 1.ª parte, e 267.º, n.º 5, da Constituição) e no reforço da legitimação democrática da Administração, constituindo mesmo condição indispensável para o exercício da cidadania e da participação na vida pública e para a responsabilização (*accountability*) e controlo externo dos poderes públicos. Deste modo, muitos Autores associam diretamente a ideia de transparência à democracia administrativa e ao princípio democrático¹². O Tribunal Constitucional já afirmou, aliás, que “[o] princípio da transparência da Administração é consubstancial a toda a ordem jurídica democrática”¹³.

Como a primeira signatária deste texto teve já oportunidade de escrever noutra local¹⁴, o princípio da transparência projeta-se em dois planos: o *funcional*, impondo uma atuação administrativa que deixe ver e se dê a ver, sem opacidade, impenetrabilidade e segredo para além do legalmente consentido; e o *organizatório-procedimental*, exigindo que as soluções organizatórias e procedimentais adotadas pelo legislador ordinário e pela própria Administração permitam que a atuação administrativa seja visível e percecionável por todos, sem distância inultrapassável entre a Administração

9. ENA, p. 20.

10. Antunes, LF. Mito e Realidade da Transparência Administrativa. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, Vol. II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1993, p. 2.

11. Bobbio, N. O Futuro da Democracia, trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: D. Quixote, 1988, pp. 109 e ss.

12. V.g. Antunes, LF. Mito e Realidade da Transparência Administrativa. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, Vol. II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1993, p. 4. Gonçalves, PC. Notificação dos Actos Administrativos (Notas sobre a Génese, âmbito, Sentido e Consequências de uma Imposição Constitucional). AB VNO AD OMNES – 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1091.

13. Cf. acórdão n.º 231/92, proc. n.º 34/90 (Rel. Assunção Esteves). Cf., em sentido próximo, o acórdão n.º 278/92, proc. n.º 442/91 (Rel. Ribeiro Mendes).

14. Fernandes, DM. O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade. Revista da Ordem dos Advogados. 2015. Janeiro-Junho. Ano 75, p. 437.

e os particulares nem acesso difícil ou dificultado à informação administrativa e à participação na gestão efetiva da Administração.

O princípio da transparência administrativa encontra-se funcionalmente orientado para quatro fins elementares¹⁵:

- a) Possibilitar a compreensão, por parte dos administrados, das razões subjacentes à atuação (regulamentar, contratual, por via de ato administrativo ou material) da Administração, reduzindo a conflitualidade da relação administrativa e potenciando a adesão dos administrados às decisões da Administração;
- b) Permitir aos administrados a aferição do cumprimento das vinculações normativas a que a Administração se encontra sujeita;
- c) Aproximar a Administração das populações e permitir a participação dos cidadãos e das associações cívicas na gestão efetiva da Administração; e
- d) Fundar a confiança dos administrados e dos cidadãos em geral na isenção e racionalidade da Administração e dos poderes públicos, contribuindo assim para a legitimação da atividade administrativa.

Neste quadro, o valor da transparência encontra, como facilmente se intui, pontos de interseção com diversos princípios e valores fundamentais da organização, do funcionamento e da atividade administrativa, colocando-se, com respeito a estes, numa relação instrumental de meio-fim. Por outras palavras, o princípio da transparência não se autojustifica, tendo antes como fim último a garantia de valores constitucionais substanciais¹⁶.

Com particular relevo para o objeto deste estudo, importa reconhecer que a transparência administrativa se encontra numa relação de especial interdependência com o princípio da imparcialidade. Na verdade, numa certa perspetiva, a transparência é concebida como uma *garantia preventiva* do princípio da imparcialidade¹⁷, sendo um garante fundamental da confiança dos particulares no que respeita à isenção e retidão da atuação administrativa¹⁸.

Com efeito, os comandos do princípio da transparência e os instrumentos jurídicos de que este se serve¹⁹ *pressionam* ou visam pressionar a

15. Fernandes, DM. O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade. Revista da Ordem dos Advogados. 2015. Janeiro-Junho. Ano 75, p. 438.

16. Fernandes, DM. O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade. Revista da Ordem dos Advogados. 2015. Janeiro-Junho. Ano 75, p. 443.

17. Artigo 266.º, n.º 2, da Constituição e artigo 9.º do Código do Procedimento Administrativo (doravante "CPA").

18. Fernandes, DM. O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade. Revista da Ordem dos Advogados. 2015. Janeiro-Junho. Ano 75, p. 444.

19. A saber: o direito de acesso à informação; o dever de fundamentação; a audiência prévia, a consulta pública e outros modos de participação dos particulares; a notificação, publicação e publicitação; a comunicação e a divulgação ativa de informação pela Administração. Para uma análise detalhada destes instrumentos, cfr. o estudo de Fernandes, DM. O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade. Revista

Administração Pública a reger-se, em toda a sua atividade, por um padrão de isenção, objetividade, lisura e equidistância relativamente a todos os interessados e a todos os interesses, sem privilegiar indevidamente uns em detrimento de outros, conforme exigido pelo princípio da imparcialidade na sua vertente negativa.

Não significa isto que os dois princípios tenham o mesmo conteúdo normativo. De facto, o princípio da transparência preconiza que a Administração deve *parecer* imparcial, de modo a projetar essa imagem de imparcialidade para o exterior e ser capaz de fundar a confiança dos administrados no funcionamento e atuação administrativa. Por outras palavras, é o critério da mulher de César (a quem, recorde-se, não basta ser, é preciso parecer) que este princípio eleva a verdadeiro parâmetro de juridicidade da conduta administrativa²⁰.

Pois bem: na perspetiva adotada – bem, a nosso ver – pela ENA, os mecanismos jurídicos tendentes a assegurar e promover a imparcialidade da atuação administrativa em todos os campos a que esta se estende constituem justamente uma das principais vias para prevenir, a montante do fenómeno patológico, a prática de atos de corrupção.

Aliás, a comprovar o que acaba de se afirmar, é de notar que a relação de interdependência entre transparência, imparcialidade da atuação administrativa e confiança dos administrados, e o seu efeito positivo na prevenção da corrupção, é perfeitamente perceptível nas medidas preconizadas pela ENA para o contexto específico da contratação pública. Eis o que agora veremos.

3. Medidas de promoção da transparência como instrumento de prevenção da corrupção no domínio da contratação pública

Segundo a ENA, o aumento da transparência no domínio da contratação pública pode ser alcançado através de um conjunto de medidas, nomeadamente por via²¹:

- a) De uma mais ampla publicitação do procedimento contratual²²;

da Ordem dos Advogados. 2015. Janeiro-Junho. Ano 75, pp. 450-456.

20. Fernandes, DM. O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade. Revista da Ordem dos Advogados. 2015. Janeiro-Junho. Ano 75, p. 445.

21. ENA, p. 21.

22. A este respeito, e ainda que já não estejamos em sede pré-contratual, isto é, no âmbito da formação do contrato público, a Lei n.º 30/2021 traz uma relevante alteração no que respeita à publicidade das modificações contratuais. De acordo com o artigo 315.º do CCP, na redação conferida pela Lei n.º 30/2021, as modificações contratuais devem ser publicitadas pelo contraente público no portal dos contratos públicos ([base.gov](https://base.gov.pt)) independentemente do respetivo valor, ou seja, a obrigação de publicitação é agora mais abrangente do que acontecia na versão anterior deste artigo (de acordo com a qual apenas as alterações que representassem um valor acumulado superior a 10% do preço contratual tinham de ser publicitadas no portal dos contratos públicos). A publicitação é condição de eficácia dos acordos ou atos modificativos dos contratos.

- b) Do aperfeiçoamento do regime de impedimentos;
- c) De uma mais rigorosa densificação do princípio da imparcialidade, estendendo o conflito de interesses à fase da preparação do procedimento de formação do contrato público;
- d) De um melhor recorte das entidades relacionadas para efeitos de escolha de convidados a participação no procedimento;
- e) Da obrigatoriedade de as entidades adjudicantes assegurarem que os operadores com quem se relacionam garantem o respeito pelas normas aplicáveis em matéria de prevenção e combate à corrupção.

Estas medidas preconizadas pela ENA acabaram por ser acolhidas na legislação portuguesa por duas vias.

Por um lado, através da revisão ao CCP operada pela Lei n.º 30/2021. Com efeito, um dos propósitos que encabeçaram esta revisão foi justamente o *“encaço de acrescentar transparência ao processo adjudicatório”*, conforme se pode ler na Exposição de Motivos do diploma²³.

Ademais, com a revisão de 2021, o CCP passou a consagrar, no respetivo artigo 1.º-A (que tem por epígrafe “Princípios”), o dever de as entidades adjudicantes assegurarem, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria de prevenção e combate à corrupção (n.º 2), obrigando-se alguns adjudicatários, relativamente a determinados contratos, a apresentar um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas, enquanto documento de habilitação (artigo 89.º, n.º 1).

Existem ainda outras medidas, aditadas ao CCP pela Lei n.º 30/2021, e que adiante analisaremos com maior detalhe, que visam igualmente reforçar a transparência e a imparcialidade dos procedimentos adjudicatórios, em linha com o anunciado na ENA.

Por outro lado, a prevenção da corrupção na contratação pública foi ainda concretizada através do RGPC, que estabelece importantes medidas a observar na contratação pública. São de destacar as normas relativas aos conflitos de interesses (artigo 13.º).

Analisemos, então, a forma como o legislador deu corpo às medidas preconizadas na ENA para a área da contratação pública.

23. Neste âmbito, a Exposição de Motivos da Lei n.º 30/2021 destaca a introdução da regra de que as entidades convidadas a apresentar proposta, em procedimentos de consulta prévia, não podem ser especialmente relacionadas entre si, quer por partilharem representantes legais ou sócios, quer por se encontrarem coligadas por qualquer tipo de relação de sociedades coligadas, fatores que acrescem, no âmbito do procedimento de consulta prévia, ao regime geral dos impedimentos. Esta regra corresponde aos artigos 113.º, n.º 6, e 114.º, n.º 2, do CCP, na redação dada pela Lei n.º 30/2021.

3.1. Prevenção de conflitos de interesses: a declaração de inexistência de conflitos e a comunicação de situações de impedimento

Duas das principais medidas preconizadas pela ENA com vista ao aumento da transparência na contratação pública consistem, como vimos, no “aperfeiçoamento do regime de impedimentos” e numa “mais rigorosa densificação do princípio da imparcialidade, estendendo o conflito de interesses à fase da preparação do procedimento de formação do contrato público”²⁴.

É essencialmente no artigo 13.º do RGCP que se concretiza esta ideia.

Assim, em primeiro lugar, através da alínea a) do n.º 2 deste artigo, o legislador veio obrigar os membros dos órgãos de administração, dirigentes e trabalhadores das entidades públicas abrangidas pelo âmbito de aplicação do RGPC a assinarem uma declaração de inexistência de conflitos de interesses nos procedimentos de contratação pública em que intervenham.

Por conflito de interesses entende-se qualquer situação em que se possa, com razoabilidade, duvidar seriamente da imparcialidade da conduta ou decisão do membro do órgão de administração, dirigente ou trabalhador, nos termos dos artigos 69.º e 73.º do CPA (artigo 13.º, n.º 3, do RGPC). Estando em causa um conflito de interesse no âmbito de um procedimento de contratação pública, entendemos que, por uma razão de especialidade, o conceito carece de ser interpretado também à luz do que se dispõe no artigo 1.º-A, n.ºs 3 e 4, do CCP²⁵.

A referida declaração de inexistência de conflitos de interesses deve seguir o modelo aprovado por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da Justiça e da Administração Pública (artigo 13.º, n.º 2, do RGPC). À data de redação do presente texto, a aludida portaria ainda não se encontra aprovada.

Note-se, contudo, que o RGPC apenas se aplica aos serviços e às pessoas coletivas da administração direta ou indireta do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais e do setor público empresarial *que empreguem 50 ou mais trabalhadores* e, ainda, a entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica do setor privado, público e cooperativo e ao Banco de Portugal (artigo 2.º, n.º 2, do RGPC).

Ou seja, o âmbito de aplicação subjetivo do RGPC é mais circunscrito do que o do CCP, não abrangendo a totalidade das entidades adjudicantes

24. ENA, p. 20.

25. Em particular, deve atentar-se na definição oferecida pelo artigo 1.º-A, n.º 4, do CCP: “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”.

previstas no artigo 2.º do CCP (v.g. as fundações públicas e as associações públicas). Além disso, mesmo de entre as entidades abrangidas pelo âmbito de aplicação subjetivo do CCP, o RGPC apenas é aplicável àquelas que empreguem 50 ou mais trabalhadores, salvo no caso das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica do setor privado, público e cooperativo e ao Banco de Portugal.

Em suma, a obrigação de declaração de inexistência de conflitos de interesses estabelecida no artigo 13.º, n.º 2, alínea a), do RGPC apenas impende sobre membros dos órgãos de administração, dirigentes e trabalhadores das entidades públicas com 50 ou mais trabalhadores (salvo no caso das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica do setor privado, público e cooperativo e ao Banco de Portugal).

Ressalve-se, contudo, que esta conclusão não afasta a obrigação prevista no artigo 67.º, n.º 5, do CCP para os membros do júri e demais intervenientes no processo de avaliação de propostas, designadamente peritos: *“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, conforme modelo previsto no anexo XIII ao presente Código e que dele faz parte integrante”*.

Em segundo lugar, o artigo 13.º, n.º 3, do RGPC impõe ainda a obrigação de os membros dos órgãos de administração, dirigentes e trabalhadores de entidades públicas abrangidas pelo RGPC que se encontrem ou que razoavelmente prevejam vir a encontrar-se numa situação de conflito de interesses comunicarem a situação ao superior hierárquico ou, na sua ausência, ao responsável pelo cumprimento normativo²⁶, que toma as medidas adequadas para evitar, sanar ou cessar o conflito.

Poder-se-ia dizer, em linha com o exposto a propósito da apresentação da declaração de inexistência de conflito de interesses, que esta obrigação também só é aplicável aos membros dos órgãos de administração, dirigentes e trabalhadores de entidades públicas com 50 ou mais trabalhadores.

Sucede que o recorte dado pelo legislador ao âmbito subjetivo do RGPC não afasta a aplicação do CPA, em cujo artigo 69.º, n.º 1, se estabelece o elenco de situações que colocam um titular de órgão ou agente da Administração Pública em situação de impedimento para intervir num

26. Nos termos do artigo 5.º do RGPC, as entidades abrangidas por este regime jurídico devem adotar e implementar um programa de cumprimento normativo que inclua, pelo menos, um plano de prevenção de riscos de corrupção e infrações conexas (PPR), um código de conduta, um programa de formação e um canal de denúncias, a fim de prevenirem, detetarem e sancionarem atos de corrupção e infrações conexas, levados a cabo contra ou através da entidade (n.º 1). Estas entidades devem designar como elemento da direção superior ou equiparado, um responsável pelo cumprimento normativo, que garante e controla a aplicação do programa de cumprimento normativo (n.º 2). O responsável pelo cumprimento normativo exerce as suas funções de modo independente, permanente e com autonomia decisória, devendo ser assegurado, pela respetiva entidade, que dispõe da informação interna e dos meios humanos e técnicos necessários ao bom desempenho da sua função (n.º 3).

procedimento administrativo. Em tal caso, o titular de órgão ou agente não pode obviamente deixar de comunicar o facto ao respetivo superior hierárquico ou ao presidente do órgão colegial, consoante os casos (artigo 70.º, n.º 1, do CPA).

Deste modo, o dever de comunicação de uma situação de impedimento aplica-se – não já por via do RGPC, mas sim por força do CPA – aos titulares de órgãos e agentes de *todas* as entidades, *independentemente do seu número de trabalhadores*, que (i) integram a Administração Pública²⁷ e que, (ii) independentemente da sua natureza, exerçam poderes públicos ou cuja conduta seja regulada de modo específico por disposições de Direito administrativo²⁸.

Atento todo o exposto, é de concluir que a grande inovação trazida pelo artigo 13.º do RGPC consiste no alargamento da obrigação de apresentação de uma declaração de inexistência de conflito de interesses aos dirigentes e agentes das entidades adjudicantes abrangidas pelo RGPC (com 50 ou mais trabalhadores) que tenham alguma intervenção no procedimento adjudicatório, designadamente nas decisões de contratar, de escolha do procedimento, de aprovação das peças do procedimento, de qualificação de candidatos e de adjudicação de propostas. Esta obrigação deixa, assim, de impender, como até aqui, apenas sobre os membros do júri e demais intervenientes do processo de avaliação de propostas. Já a obrigação de comunicar uma situação de impedimento não constitui nada de inovador, uma vez que já resultava do regime geral dos impedimentos estabelecido nos artigos 69.º e ss. do CPA.

3.2. Aperfeiçoamento do regime de impedimentos (lato sensu) nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia: as entidades especialmente relacionadas

Ainda no que se refere ao aperfeiçoamento do regime dos impedimentos, medida preconizada pela ENA como adequada à prevenção do fenómeno da corrupção, cabe aludir ao regime de impedimentos previsto no CCP, em particular no artigo 55.º.

Note-se que estes últimos impedimentos não se confundem com aqueles a que aludimos no ponto anterior, os quais afetam pessoas singulares, impedindo-as de intervir, do lado, da entidade adjudicante, no procedimento pré-contratual, seja na fase instrutória seja na fase decisória, mas não as entidades interessadas em participar no procedimento. Pelo contrário, os impedimentos a que se refere o artigo 55.º do CCP constituem um entrave à apresentação de proposta por parte dos operadores económicos.

27. Nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do CPA, integram a Administração Pública:

- a) Os órgãos do Estado e das regiões autónomas que exercem funções administrativas a título principal;
- b) As autarquias locais e suas associações e federações de direito público;
- c) As entidades administrativas independentes;
- d) Os institutos públicos e as associações públicas.

28. Artigo 2.º, n.º 1, do CPA.

De facto, a consagração de um regime de impedimentos como aquele que consta do artigo 55.º do CCP comporta uma verdadeira proibição de determinadas entidades – sejam elas pessoas coletivas ou singulares – participarem em procedimentos pré-contratuais e de acederem aos contratos celebrados na sequência destes procedimentos²⁹, proibição essa que se encontra vocacionada, entre outros aspetos, para a prossecução e proteção de importantes interesses públicos e valores essenciais do sistema democrático, como “a moralidade, a ética e a integridade nos negócios públicos”³⁰.

No ordenamento jurídico português, estes impedimentos encontram-se regulados no artigo 55.º do CCP. A revisão do CCP de 2021 apenas aditou uma alínea ao elenco de impedimentos constante deste artigo (a alínea f))³¹, a qual não se encontra, porém, orientada para a prevenção da corrupção nos procedimentos de contratação pública, mas antes para a proteção “da entidade adjudicante, bem como [d]o seu interesse específico na boa execução do contrato, cuja realização pode estar em risco em face de concorrentes não fiáveis ou sem idoneidade profissional, que apresentam risco elevado de mau desempenho”³².

Nada mais foi alterado ou aditado ao rol de impedimentos constante do artigo 55.º do CCP³³, não tendo sido, portanto, por esta via que o legislador concretizou o desígnio da ENA de aperfeiçoamento do regime de impedimentos.

Tal concretização ocorreu, isso sim, através do aditamento da regra do artigo 113.º, n.º 6, do CCP pela Lei n.º 30/2021, a qual clarifica que os “impedimentos” (proibições de participação em procedimentos de ajuste direto e consulta prévia) previstos no artigo 113.º, n.ºs 2 e 5, são extensíveis às entidades especialmente relacionadas com os operadores que se encontrem na situação de “impedimento”.

Naturalmente que empregamos aqui a expressão “impedimento” em sentido lato, bem sabendo que as normas dos n.ºs 2 e 5 do artigo 113.º do CCP estabelecem proibições de participação procedimental com uma natureza distinta dos impedimentos previstos no artigo 55.º do CCP. Na

29. Gonçalves, PC. *Direito dos Contratos Públicos*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 662 e ss.

30. Gonçalves, PC. *Direito dos Contratos Públicos*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 664.

31. Segundo a qual estão impedidas de “ser candidatas, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento as entidades que tenham sido objeto de aplicação de sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de contratação pública previstos em legislação especial, nomeadamente nos regimes contraordenacionais em matéria laboral, de concorrência e igualdade e não discriminação, bem como da sanção prevista no artigo 460.º, durante o período fixando na decisão condenatória”.

32. Gonçalves, PC. *Direito dos Contratos Públicos*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 664.

33. Orientado para o objetivo de prevenção e combate à corrupção está sim o impedimento consagrado na alínea h) do artigo 55.º do CCP. Porém, este impedimento não é uma novidade decorrente da ENA, pois existe desde a versão original do CCP, resultando da transposição das diretivas europeias em matéria de contratos públicos.

verdade, ao passo que estes últimos impendem sobre os operadores económicos, que ficam impedidos de se apresentar ao procedimento pré-contratual, os do artigo 113.º do CCP consagram “*uma categoria particular de «impedimentos» que atingem a entidade adjudicante, [...] que impedem ou proíbem a entidade de adjudicante de convidar a apresentar proposta em procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia determinadas entidades. Trata-se de uma situação que se configura, em regra, como um impedimento ou uma proibição imposta à entidade adjudicante (que não pode convidar)*”³⁴.

Pois bem: não é pretensão do presente texto dissecar todo o regime do artigo 113.º do CCP, sobretudo no que respeita à questão, já sobejamente discutida, de saber se são cumuláveis os contratos celebrados por ajuste direto e por consulta prévia para efeitos de verificação do respeito pelos limites previstos no n.º 2 do artigo 113.º.

Com relevo para o objeto deste estudo, o que importa é analisar o aditado artigo 113.º, n.º 6, que determina que “*não podem também ser convidadas a apresentar propostas entidades especialmente relacionadas com as entidades referidas nos n.ºs 2³⁵ e 5³⁶, considerando-se como tais, nomeadamente, as entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes legais ou sócios, ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo*”.

Esta norma pretende incrementar a transparência e, por conseguinte, a concorrência (já de si muito limitada) dos procedimentos adjudicatórios “fechados” – o ajuste direto e a consulta prévia –, evitando que os operadores económicos recorram a expedientes opacos ou mesmo fraudulentos para contornar os “impedimentos” prescritos nos n.ºs 2 e 5 do artigo 113.º.

Na prática, o que a disposição em causa visa evitar é que os operadores económicos obtenham ilegalmente a adjudicação de contratos a que estão impedidos de aceder, por via da criação ou utilização de entidades jurídicas diferentes das que são diretamente atingidas pelas proibições dos n.ºs 2 e 5 do artigo 113.º, mas que, ainda assim, são com elas especialmente relacionadas, quer porque os representantes legais ou os órgãos de gestão são os mesmos, quer porque estão em relação de simples participação³⁷, de

34. Gonçalves, PC. Direito dos Contratos Públicos. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 662.

35. Isto é, com “entidades a quem a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”.

36. Isto é, com “entidades que tenham executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores, exceto se o tiverem feito ao abrigo do Estatuto do Mecenato”.

37. Artigo 483.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante “CSC”).

participação recíproca³⁸, de domínio³⁹ ou de grupo^{40/41}.

O objetivo último deste regime é o de permitir o acesso ao mercado dos contratos públicos por parte de um maior número de operadores, evitando a contratação reiterada de um universo restrito de entidades e o favorecimento sistemático de uns operadores em detrimento de outros – contexto que, como bem se compreende, pode ser especialmente favorável ao fenómeno da corrupção.

Da mesma forma, o artigo 114.º, n.º 2, do CCP, relativamente ao procedimento de consulta prévia, dispõe que as entidades a convidar não podem ser especialmente relacionadas entre si, também na aceção dada pelo artigo 113.º, n.º 6.

Da leitura deste “impedimento”, igualmente incluído no CCP pela Lei n.º 30/2021, é bem patente a preocupação do legislador: evitar a ocorrência de práticas pouco transparentes e redutoras da concorrência no âmbito do procedimento de consulta prévia, já de si com menor abertura à competição, nomeadamente pelo convite a entidades que mantêm alguma das relações acima indicadas.

Em termos procedimentais, existe, contudo, uma diferença muito evidente entre os “impedimentos” do artigo 113.º, n.ºs 2 e 5, e do artigo 114.º, n.º 2, e os impedimentos do artigo 55.º, que *“reside no facto de os concorrentes convidados para o ajuste direto e consulta prévia não terem de declarar a inexistência daquelas proibições de contratação, ao passo que os impedimentos do artigo 55.º têm sempre de ser objeto de declaração [artigo 57.º/1/alínea a), e n.º 6]”*⁴². Neste sentido, com vista a incrementar ainda mais a transparência e a concorrência dos procedimentos pré-contratuais, a evitar situações de fraude à lei e a ocorrência de práticas de corrupção, o legislador da revisão do CCP poderia ter ido mais longe, impondo aos operadores que, no momento da apresentação da proposta, declarassem não estar afetados pelos “impedimentos” previstos no artigo 113.º, n.º 6, e no artigo 114.º, n.º 2.

Para colmatar esta falha, é sabido que algumas entidades adjudicantes têm seguido a boa prática de solicitar, periodicamente, aos operadores económicos com quem estabelecem contratos por ajuste direto ou consulta prévia que declarem se estão ou não em situação de especial relação (na aceção do artigo 113.º, n.º 6) com outros operadores com quem essas entidades adjudicantes também habitualmente contratar por ajuste direto ou consulta prévia. Algumas entidades adjudicantes acrescentam, ainda, que, na falta de resposta, os operadores económicos faltosos não serão convidados a participar em procedimentos de ajuste direto ou consulta prévia desencadeados por essas entidades adjudicantes.

38. Artigo 485.º do CSC.

39. Artigo 486.º do CSC.

40. Artigos 488.º e ss. do CSC.

41. Para uma análise crítica desta solução, ver Sánchez, PF. A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos. Lisboa: AAFDL Editora. 2021, pp. 28-29.

42. Raimundo, MA. Direito dos Contratos Públicos. Vol. I, Lisboa: AAFDL Editora, 2022, p. 379.

Como quer que seja, a verdade é que o legislador não deixou de ter a preocupação de sancionar os operadores que apresentem proposta num ajuste direto ou numa consulta prévia em violação do estabelecido no artigo 113.º, n.º 6, e no artigo 114.º, n.º 2, do CCP. Com efeito, com a revisão de 2021, o artigo 456.º, alínea a), do CCP passou - e bem - a tipificar como contraordenação muito grave⁴³ a participação de operador económico que, no momento da apresentação da proposta, da adjudicação ou da celebração do contrato, se encontre em alguma das situações previstas no artigo 113.º, n.º 6, e no artigo 114.º, n.º 2.

Adicionalmente, a prática de uma contraordenação muito grave pode levar à aplicação da sanção de proibição de participar, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento pré-contratual pelo prazo máximo de 2 anos (artigo 460.º, n.ºs 1 e 2, do CCP).

Do exposto resulta que as proibições previstas no artigo 113.º, n.º 6, e no artigo 114.º, n.º 2, apesar de dirigidas às entidades adjudicantes, que ficam proibidas de convidar operadores económicos em situação de “impedimento” (proibição esta cujo desrespeito gera a invalidade dos procedimentos desencadeados em sua violação), não deixam também de atingir os próprios operadores económicos, que, em caso de violação, ficam sujeitos a responsabilidade contraordenacional e à proibição de participação em futuros procedimentos de contratação pública.

3.3 Prevenção da corrupção na fase de habilitação: o plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas

Uma outra medida anunciada pela ENA para o contexto específico da contratação pública prende-se com a “*obrigatoriedade de as entidades adjudicantes assegurarem que os operadores com quem se relacionam garantem o respeito pelas normas aplicáveis em matéria de prevenção e combate à corrupção*”.

Esta medida foi concretizada, no plano dos princípios, através da alteração do n.º 2 do artigo 1.º-A do CCP (que tem por epígrafe “Princípios”), que passou justamente a estabelecer o dever de as entidades adjudicantes assegurarem, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em matéria de prevenção e combate à corrupção.

Em concreto, este dever das entidades adjudicantes passa pelo previsto no artigo 81.º, n.º 9, do CCP, aditado pela Lei n.º 30/2021. Segundo esta disposição, quando esteja em causa a celebração de um contrato cujo valor o sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, o órgão competente para a decisão de contratar deve solicitar ao adjudicatário a apresentação, como documento de habilitação, de um plano de corrupção e de infrações

43. Punível com coima entre € 2.000 e € 3.700, no caso de pessoas singulares, e entre € 7.500 e € 44.800, no caso de pessoas coletivas (artigo 456.º).

conexas (doravante, “PPR”), salvo se o adjudicatário for uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei. Sendo este o caso, entendemos que a certificação em questão deve ser submetida como documento de habilitação.

O PPR deve ter o âmbito e o conteúdo previstos no artigo 6.º do RGPC. Assim, nos termos do n.º 1, deve abranger toda a organização e atividade do adjudicatário, incluindo áreas de administração, de direção, operacionais ou de suporte, e conter: (i) a identificação, análise e classificação dos riscos e das situações que possam expor a entidade a atos de corrupção e infrações conexas, incluindo aqueles associados ao exercício de funções pelos titulares dos órgãos de administração e direção, considerando a realidade do setor e as áreas geográficas em que a entidade atua; bem como (ii) medidas preventivas e corretivas que permitam reduzir a probabilidade de ocorrência e o impacto dos riscos e situações identificados.

De acordo com o artigo 6.º, n.º 2, do RGPC, do PPR do adjudicatário, devem constar: (i) as áreas de atividade da entidade com risco de prática de atos de corrupção e infrações conexas; (ii) a probabilidade de ocorrência e o impacto previsível de cada situação, de forma a permitir a graduação dos riscos; (iii) medidas preventivas e corretivas que permitam reduzir a probabilidade de ocorrência e o impacto dos riscos e situações identificados; (iv) nas situações de risco elevado ou máximo, as medidas de prevenção mais exaustivas, sendo prioritária a respetiva execução; e, por fim, (v) a designação do responsável geral pela execução, controlo e revisão do PPR, que pode ser o responsável pelo cumprimento normativo.

3.4. Favorecimento da concorrência e da eficiência na contratação pública: a importância do planeamento

Por último, e ainda com relevância para o presente texto, o RGPC estabelece um conjunto de medidas tendentes à promoção de uma maior concorrência nos procedimentos de contratação pública, também com o intuito de dissuadir a contratação reiterada dos mesmos operadores e o favorecimento de uns em detrimento de outros.

A este respeito, de acordo com o artigo 16.º do RGPC, as entidades abrangidas por este diploma (que já vimos quais são) devem adotar as medidas que se revelem adequadas e viáveis para favorecer a concorrência na contratação pública e eliminar constrangimentos à sua efetivação, desincentivando o recurso aos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia.

Para o efeito, estas entidades devem (i) proceder a um planeamento atempado das suas necessidades, de modo a concentrar a respetiva contratação no mínimo de procedimentos; (ii) fazer uma gestão adequada dos contratos plurianuais de aquisição de bens e serviços com caráter de continuidade (segurança, limpeza, alimentação e manutenção de equipamentos), de forma a que os procedimentos tendentes à sua renovação se iniciem em momento que permita a sua efetiva conclusão antes da cessação da vigência dos contratos anteriores; (iii) fixar prazos

adequados e identificar atos tácitos relativamente a autorizações prévias à contratação pública; (iv) aderir a mecanismos de centralização de compras.

Da leitura que fazemos das referidas medidas, concluímos que estas visam evitar as urgências (quando evitáveis, naturalmente) que muitas vezes estão na base de adjudicações em sede de ajuste direto e de consulta prévia ao abrigo do critério material da urgência, quando, em boa verdade, o deveriam e poderiam ter sido ao abrigo de procedimentos abertos à concorrência. Também está em causa, através da promoção do planeamento atempado das aquisições públicas, incrementar a eficiência dos gastos públicos e evitar o recurso, por razões de fracionamento (ainda que não fraudulento) do objeto dos contratos, a procedimentos pré-contratuais não concorrenciais. Tudo isto com o propósito último de evitar a existência de ambientes favoráveis à adoção de práticas de corrupção.

4. Síntese

- A. ENA encontra-se redigida no pressuposto de que o fenómeno da corrupção deve ser combatido, a título principal, através da aprovação e implementação de medidas preventivas, relegando a repressão para medida de último recurso.
- B. De entre as suas várias prioridades e modos de ação, a ENA considera necessário o aumento da transparência nos procedimentos de contratação pública, enquanto contexto especialmente propício ao fenómeno da corrupção.
- C. Entre estas medidas, destacam-se as regras relativas à prevenção dos conflitos de interesses aprovadas pelo RGPC, em particular o alargamento da obrigação de apresentação de uma declaração de inexistência de conflito de interesses por parte dos dirigentes e agentes das entidades adjudicantes abrangidas pelo RGPC (com 50 ou mais trabalhadores) que tenham alguma intervenção no procedimento adjudicatório, designadamente nas decisões de contratar, de aprovação das peças do procedimento, de qualificação de candidatos e de adjudicação de propostas, em conformidade com o estabelecido o artigo 13.º, n.º 2, alínea a), do RGPC.
- D. É também de sublinhar o aperfeiçoamento do regime dos impedimentos (em sentido lato) nos procedimentos de ajuste direto e consulta prévia, com a introdução do conceito, e respetiva definição, de “entidades especialmente relacionadas”, em conformidade com os artigos 113.º, n.º 6, e 114.º, n.º 2, do CCP, na redação dada pela Lei n.º 30/2021.
- E. A revisão do CCP de 2021 veio ainda estabelecer a obrigação de determinados adjudicatários apresentarem um PPR em sede de habilitação, nos termos previstos no artigo 81.º, n.º 9, do CCP.

- F. Finalmente, o RGPC vem exigir das entidades adjudicantes um maior esforço de planeamento, com o intuito de aquelas reduzirem ao mínimo o recurso aos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia, promovendo, antes, procedimentos mais concorrenciais, e de aumentarem a eficiência dos gastos públicos.
