

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica -
Especialidade de Economia e Políticas Públicas

**O princípio da concorrência na consulta prévia e no
ajuste direto**

Orientador: Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues

Tiago António Lucas Arsénio

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues, agradeço sua plena disponibilidade, paciência, críticas assertivas, pelas sugestões de melhoria na elaboração e estrutura da dissertação, bem como, por todo o aprendizado nas suas disciplinas ao longo do mestrado.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por proporcionar-me a minha formação jurídica.

Aos meus pais, Jorge Arsénio e Joaquina Arsénio, ao meu irmão, Pedro Arsénio, à minha namorada, Ana Fernandes, um agradecimento especial por toda a vossa ajuda e apoio incondicional.

Muito obrigada a todos!

Resumo

O princípio da concorrência é um princípio basilar da contratação pública. A revisão do código dos contratos públicos de 2017 afirmou o princípio da concorrência com a criação do tipo de procedimento de consulta prévia. Esta alteração é relevante, pois é em concorrência que podem surgir propostas mais vantajosas para as entidades adjudicantes.

Se o objeto do contrato está, ou é suscetível de estar, submetido à concorrência de mercado, todos os tipos de procedimentos previstos no código dos contratos públicos podem ser concorrenciais. Neste desiderato, as entidades adjudicantes devem otimizar o princípio da concorrência com o princípio da boa administração.

Sabemos que à medida que o preço base do procedimento diminui, os tipos de procedimentos aplicáveis tendem a aumentar. A fundamentação, para a adoção do ajuste direto, quando se pode adotar o concurso público ou a consulta prévia, ou a adoção da consulta prévia quando se pode adotar o concurso público, deve ter em conta o máximo benefício económico para a sociedade.

O problema é que nem sempre as entidades adjudicantes se guiam por comportamentos em benefício da sociedade. A adoção do procedimento de ajuste direto em função do valor ou por critérios materiais, pode ser uma maneira ardilosa de afastar o princípio da concorrência. E a consulta prévia com convite a três entidades, ou mais, não deixa de ser uma norma permeável para as entidades adjudicantes mascararem o princípio da concorrência, criando a ilusão de concorrência.

O dilema, tautológico, dos comportamentos desonestos na contratação pública, não parece ser resolvido de uma forma unicamente paternalista. Isto leva-nos, para a relevância das questões da ética, da integridade e da deontologia profissional. Porém, a criação da figura do gestor do contrato e a provável profissionalização da contratação pública, podem ser um sinal de esperança credível para prevenir a corrupção na contratação pública.

Palavras chave: Princípio da Concorrência, Ajuste Direto, Consulta Prévia, Corrupção, Economia Comportamental.

Abstract:

The principle of competition is a basic principle of public procurement. The revision of the 2017 procurement code affirmed the principle of competition by creating the type of prior consultation procedure. This change is relevant, since it is possible to compete more favorably with contracting authorities.

If the subject-matter of the contract is, or is likely to be, subject to market competition, all types of procedures provided for in the public procurement code may be competitive. In this regard, contracting authorities should optimize the principle of competition with the principle of good administration.

We know that as the base price of the procedure decreases, the types of applicable procedures tend to increase. The basis for adopting direct adjustment, when the public tender or prior consultation can be adopted, or the adoption of prior consultation when the public tender can be adopted, must take into account the maximum economic benefit for the company.

The problem is that contracting authorities are not always guided by behavior in favor of society. The adoption of the direct adjustment procedure in terms of value or material criteria can be a cunning way to depart from the principle of competition. And prior consultation with an invitation to three or more entities is a permissible rule for contracting authorities to mask the principle of competition, creating the illusion of competition.

The tautological dilemma of dishonest behavior in public procurement does not seem to be solved in a purely paternalistic way. This leads us, for the relevance of the issues of ethics, integrity and professional deontology. However, the creation of the contract manager figure and the likely professionalization of public procurement can be a credible sign of hope to prevent corruption in public procurement.

Keywords: Principle of Competition, Direct Award, Prior Consultation, Corruption, Behavioral Economics.

Lista de Abreviaturas

CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPV	Vocabulário Comum para os Contratos Públicos
EPE	Entidade Pública Empresarial
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
TdC	Tribunal de Contas

Índice

1	INTRODUÇÃO	1
2	INTRODUÇÃO À ECONOMIA COMPORTAMENTAL NO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	5
2.1	Da questão jurídica, à económica e comportamental na contratação pública	8
2.2	Comportamento esperado dos principais atores na contratação pública	12
3	O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA	19
3.1	Enquadramento geral do princípio da concorrência	19
3.2	Procedimentos abertos à concorrência (v.g. concurso público)	24
3.3	Procedimento de consulta prévia	26
3.3.1	Adoção da consulta prévia com base no critério do valor	29
3.3.2	Adoção da consulta prévia com base em critérios materiais	31
3.4	Procedimento de ajuste direto.....	32
3.4.1	Adoção do ajuste direto com base no critério do valor	35
3.4.2	Adoção do ajuste direto com base em critérios materiais	36
3.5	A concorrência entre procedimentos abertos e fechados	38
3.6	A concorrência no novo ajuste direto e na consulta prévia	40
4	DA POSSIBILIDADE DE FALSEAR A CONCORRÊNCIA NA CONSULTA PRÉVIA E NO AJUSTE DIRETO	43
5	PROMOVER A CONCORRÊNCIA PARA PREVENIR E COMBATER A CORRUPÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	54
5.1	A problemática da corrupção na contratação pública	54
5.2	Prevenir comportamentos desonestos na contratação pública.....	60
6	A CRIAÇÃO DE PORTAIS PARA A TRANSPARÊNCIA E CONCORRÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	63
6.1	A publicitação dos anúncios de futuros procedimentos de ajuste direto e consulta prévia	64
6.2	Eventuais vicissitudes com a publicitação de anúncios de futuras consultas prévias e ajustes diretos	65
7	CONCLUSÕES	68
	BIBLIOGRAFIA	71

1 Introdução

O estudo sobre o princípio da concorrência nos novos procedimentos por ajuste direto e consulta prévia é relevante pois parece ser em concorrência que podem surgir propostas mais competitivas, permitindo deste modo que a entidade adjudicante possa selecionar a que melhor se adequa ao interesse público, satisfazendo assim o *Best Value for Money*¹.

A legalidade dos atos não está só condicionada às normas aplicáveis, mas também à garantia da salvaguarda de princípios. O jogo da concorrência honesto entre os agentes económicos é a forma mais eficiente de maximizar o bem-estar geral de uma sociedade. Se restringirmos a concorrência estamos a incentivar a uma alocação ineficiente de recursos, os agentes económicos potencialmente interessados deixam de ter incentivos para serem mais eficientes, havendo uma perda de bem-estar geral para a sociedade.

O princípio da concorrência destina-se, por um lado, a salvaguardar os interesses legítimos dos potenciais concorrentes e, por outro lado, maximizar o interesse público na maximização do bem-estar geral da sociedade. Porém, se abirmos à concorrência procedimentos de menor valor, temos de ter em conta o princípio da boa administração, para que o benefício esperado de abertura do procedimento à concorrência não seja anulado pela ineficiência administrativa que daí pode resultar.

Um dos desafios mais relevantes que se colocava ao legislador na revisão do código dos contratos públicos (CCP) de 2017 era a reinvenção dos procedimentos de menor valor, tendo em conta a realidade do elevado volume de ajustes diretos no mercado Português de compras públicas². A criação do procedimento de consulta prévia, com o convite a pelo menos três entidades, e a redefinição do procedimento de ajuste direto,

¹ INÊS, Pedro Daniel S. N. (2018). *Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência*. Dissertação de mestrado em administração pública - especialização em contratação pública. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 96. Consultado em 31.12.2018, disponível na internet em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_34.pdf

² MEDEIROS, Rui. (2018). *Stresstest à revisão do CCP*, p. 41. In *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Coord. Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira, Lisboa, 2.ª Ed., ISBN 978-972-629-199-2.

com convite a apenas uma entidade, tenta otimizar o encontro de um ponto ótimo entre o princípio da concorrência e o princípio da boa administração.

A observância do princípio da concorrência e demais princípios gerais da atividade administrativa subjaz todas as fases da contratação pública, garantindo-se os deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão³. O regime jurídico da contratação pública assenta numa estrutura de princípios da transparência, na igualdade e concorrência. Só um procedimento concorrencial, desde a manifestação de necessidades até ao pagamento final, salvaguarda o princípio da transparência e da igualdade entre os concorrentes.

O código dos contratos públicos investe no contraente público a missão de salvaguardar o interesse público subjacente à contratação pública. Perpassa como razão essencial nos procedimentos de ajuste direto e consulta prévia a necessidade de salvaguardar sempre uma ambiência concorrencial no procedimento. A contratação pública é um instrumento formidável para as entidades adjudicantes adquirirem os seus produtos de forma eficiente, despendendo o mínimo de recursos, que permite promover mercados abertos, livres e concorrenciais não enviesados pelo poder político ou económico. Todavia, há muitos anos que debatemos na praça pública a problemática da distorção da concorrência e da corrupção na contratação pública nos procedimentos de menor valor, designadamente, no ajuste direto.

As entidades adjudicantes têm um papel fundamental na promoção dos acréscimos da concorrência nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia. A consulta prévia pode ser vista como um procedimento competitivo, como se fosse um pequeno concurso sem anúncio, no qual podem participar, em princípio, mais de três concorrentes⁴. Desta forma, se os procedimentos forem concorrenciais, estimulamos as empresas a serem mais competitivas, fazendo desaparecer do mercado empresas ineficientes que apenas prejudicam o desenvolvimento económico e a sociedade em geral. Um euro gasto numa

³ V., Acórdão n.º 39/2010 - 1.ª S/SS, de 3 de novembro, do Tribunal de Contas. A propósito da recusa de visto a um contrato de prestação de serviços de assessoria jurídica, por violação dos princípios da igualdade, concorrência e transparência. p. 20.

⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra, Almedina, 3ª Ed., ISBN 978-972-7705-5. pp. 553-545.

contratação concorrencial contribui para o crescimento económico, que de outra forma estaria a subsidiar o desperdício⁵.

É imprescindível profissionalizar a contratação pública, mudar mentalidades e trazer para dentro dos procedimentos pré-contratuais um número adequado de concorrentes para estimularem o funcionamento da concorrência e a entidade adjudicante assegurar os critérios de economia, eficiência e eficácia.

Hoje sabemos que as distorções ao princípio da concorrência podem emergir tanto nos procedimentos tendencialmente mais fechados à concorrência, como nos procedimentos mais abertos. O estudo desta temática envolve a investigação do direito da contratação pública, do direito da concorrência e também pode enquadrar-se na primazia da economia comportamental. Todavia, a teoria da economia comportamental não permite tecer apreciações da ética⁶, no entanto, é indispensável a transparência das entidades adjudicantes, devendo ter uma sólida estrutura ética organizacional, mensurável através de um robusto sistema de controlo interno, adequadas políticas internas de prevenção, mecanismos eficientes de deteção de comportamentos fraudulentos, numa lógica assertiva de responsabilização e *accountability*⁷. A confiança e a transparência estão sempre interligadas. Sem transparência as pessoas não acreditam no que os seus líderes dizem⁸.

As questões da ética e de direito devem ser previstas na conceção das políticas públicas sob forma de lei. As consequências que resultam da permeabilidade da lei e riscos de corrupção minam as bases do Estado de Direito Democrático, uma vez que podem não

⁵ TAVARES, Luís Valadares. (2011). *Contratação pública mais rigorosa trará menos despesa*. O público. Consultado em 31.12.2018, disponível na internet em <https://www.publico.pt/2011/04/18/economia/noticia/contratacao-publica-mais-rigorosa-trara-menos-despesa-1490252>

⁶ SANTOS, Ana Cordeiro. (2015). *Famílias Endividadas: Uma abordagem da economia comportamental política e comportamental*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6204-4. p. 55.

⁷ A este propósito, V., SERRA, Rute (2018). *Saúde: contratação pública e prevenção da fraude*. Revista Visão. Consultado em 01.12.2018, Disponível na internet em <http://visao.sapo.pt/opiniao/silncioda fraude/2018-02-15-Saude-contratacao-publica-e-prevencao-da-fraude>

⁸ GOLEMAN, Daniel; BENNIS, Warren; O'TOOLE, James. (2009). *Transparência - Como os líderes podem criar uma cultura de sinceridade*. Grávida, 1.ª Ed. ISBN 978-989-616-285-6. p. 8.

ficar assegurados os interesses financeiros do Estado⁹. Avaliar e prever os riscos de corrupção parece essencial para salvaguardar o interesse público e maximizar o bem-estar geral da sociedade, porque, enquanto houver tais truques de mágica, os mágicos existirão¹⁰. O problema é que existindo muitos mágicos, a sociedade vai acreditando nessa magia, não censurando as práticas imorais, implicando que futuramente tais práticas se tornam em direitos¹¹.

Por outro lado, não se investigar a relação entre a prática de comportamentos fraudulentos e a evolução do raciocínio moral dos indivíduos, não ajuda a solucionar o problema. Porventura seria de considerar intrinsecamente que a motivação para cometer fraudes, pode estar correlacionada com um nível deficiente de desenvolvimento moral do indivíduo¹². E à medida que os tempos mudam, as fraudes cometidas vão também mudando, ficando mais sofisticadas, evoluindo para formas mais complexas de difícil prova. Por esse motivo, é essencial nos adaptarmos aos novos comportamentos, porque as velhas medidas podem deixar de ser eficazes¹³.

A investigação da dimensão psicológica do *modus operandi*, quase não tem sido estudada, sobretudo em Portugal. Sem um conhecimento aprofundado dos riscos de corrupção e fraude, sem o domínio aprofundado de um conjunto de técnicas de deteção e prevenção, sem uma sociedade em geral esclarecida para poder escrutinar são ínfimas as condições para a implementação de uma sociedade mais ética¹⁴. A avidez e a corrupção na contratação pública ajudaram a fomentar as crises, mas a fraqueza humana também desempenha um papel relevante. Não é possível conseguirmos proteger-nos de crises

⁹ V., neste sentido, a Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), de 4 de maio de 2017. *Permeabilidade da Lei a riscos de fraude, corrupção e infrações conexas*.

¹⁰ AKERLOF, George; SHILLER, Robert (2016). *Pescando Tolos – A Economia da Manipulação e Fraude*. Rio de Janeiro. Editora Alta Books. p. 8.

¹¹ GUSTAVE LE BOM foi um psicólogo social e físico amador Francês, autor de várias obras entre as quais o comportamento de manada e psicologia de massas.

¹² MAIA, António João; PIMENTA, Carlos; SOUSA, Bruno. (2017). *Fraude em Portugal Causas e Contextos*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6976-0. p. 413.

¹³ Veja-se a este propósito, LOPES, Joana Catarina P. Almeida. (2017). *O Auditor e a deteção de fraude – uma revisão da literatura*. Dissertação de mestrado em contabilidade - ramo de auditoria, Universidade de Aveiro, p. 47. Consultado em 23.11.2018, disponível na internet em <https://ria.ua.pt/handle/10773/22922>

¹⁴ MAIA, António João; PIMENTA, Carlos; SOUSA, Bruno. (2017). *Fraude em Portugal Causas e Contextos*. Op. Cit., p. 16.

futuras sem combatermos a avidez, a corrupção e as más práticas, sem compreendermos os efeitos potencialmente devastadores da nossa racionalidade limitada¹⁵.

É importante fazermos uma reflexão sobre o desenho da implementação de políticas públicas com base em hipóteses mais realista dos comportamentos humanos perversos esperados, para que as normas de direito sejam mais eficazes no combate a privilégios materiais dirigidos a grupos de interesse, em detrimento de uma perda de bem-estar geral de toda a sociedade¹⁶.

2 Introdução à economia comportamental no direito da contratação pública

A economia comportamental e direito utiliza os raciocínios da ciência económica para ajudar a solucionar questões jurídicas. Nesse sentido, tendo em vista que o direito é uma ciência de perspectiva objetiva e a economia estuda a racionalidade das decisões dos seres humanos num mundo em que os recursos são escassos, a racionalidade económica pode dar ao direito a arte de melhor regular o comportamento humano.

Na contratação pública esta análise é relevante, na medida em que existindo relações económicas entre ambas as partes, a utilização de raciocínios económicos irá permitir uma melhor compreensão dos comportamentos esperados. Assim, podemos aperfeiçoar as normas de direito, e outros preceitos, permitindo que as entidades adjudicantes introduzam racionalidade económica nos critérios de adjudicação, nomeadamente, nos fatores e subfatores que densificam a proposta economicamente mais vantajosa, na tentativa de utilizar o mínimo de recursos financeiros possíveis e obter o máximo de qualidade.

Às entidades adjudicantes espera-se que atuem em obediência à lei e ao direito¹⁷. O problema é que nem sempre isso acontece. A introdução da economia comportamental

¹⁵ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. (2018). *Nudge - Um pequeno empurrão – Como decidir melhor em questões de saúde, riqueza e felicidade*. Luade Papel. ISBN: 978-989-23-4108-8. p. 337.

¹⁶ Veja-se neste sentido, *Corrupção: Algumas lições da Economia Comportamental*. (2017). Consultado em 17.11.2018, disponível na internet em <http://www.economiacomportamental.org/nacionais/corruptao-algumas-licoes-da-economia-comportamental/>

¹⁷ Cfr. n.º 1, do artigo 3.º, do código do procedimento administrativo (CPA).

no direito da contratação pública pode ajudar a desenhar soluções, especialmente de natureza normativa, para anular ou mitigar comportamentos que provocam danos no bem-estar geral da sociedade, e que condicionam a liberdade de decisão das gerações vindouras¹⁸. Para JOÃO AMARAL e ALMEIDA e PEDRO SÁNCHEZ ao olharmos para o comportamento do mercado, é idealista a criação de procedimento de consulta prévia, pois o contributo esperado da obrigação de convidar mais de uma entidade para a promoção da concorrência é utópico¹⁹. Se a evolução do direito tiver por base uma perspectiva mais realista do comportamento dos vários atores, o legislador passa a ter uma plenitude de informação mais fidedigna dos vieses, de maneira a poder evitar, corrigir ou mitigar comportamentos indesejados, ou mesmo os viciados pela falsa presunção de racionalidade²⁰.

O papel da economia comportamental é relevante para desenharmos normas com consciência dos aspetos cognitivos esperados, com vista a alterar os comportamentos expectáveis dos destinatários da política pública e incrementar o bem-estar geral da sociedade. ROGÉRIO ALVES, refere que não há uma relação direta entre "ajuste direto mais corrupção" e "concurso público menos corrupção". No mesmo sentido, PAULO DE MORAIS, acrescenta que a corrupção pode emergir mesmo nos concursos públicos, pois o problema resulta da falta de transparência de todo o procedimento²¹. A versatilidade dos comportamentos dos vários atores da contratação pública ao nível da psicologia e economia comportamental pode ser importante para encontrarmos soluções jurídicas

¹⁸ V. artigo 13.º - princípio da equidade intergeracional - Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro - Lei do Enquadramento Orçamental (LEO).

¹⁹ ALMEIDA, João Amaral e, SÁNCHEZ, Pedro Fernández. (2016). *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL. p. 36. Consultado em 14.01.2019, disponível na internet em https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojeto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf

²⁰ Sobre este preceito, cfr. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. (2018). *Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, n.º 2, ISSN 2236-1677. p. 463. Consultado em 13.02.2019, disponível na internet em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5218>

²¹ ALVES, Rogério. (2008). *Obras de um milhão sem concurso público*. Jornal de Notícias. Consultado em 01.01.2019, disponível na internet em <https://www.jn.pt/nacional/interior/obras-de-um-milhao-sem-concurso-publico-962662.html>

adequadas e almejarmos uma cultura de promoção da ética²², de transparência e integridade²³ na contratação pública.

A corrupção emerge essencialmente de três fatores, a pressão, a oportunidade e a racionalização²⁴. Por esse motivo, é fundamental acolher aspetos comportamentais para formulação de políticas públicas adequadas ao contexto. RAQUEL FRANCO refere que a economia comportamental assume-se como uma ferramenta atual de especial relevo para a ciência jurídica, por trazer uma nova perspetiva que permite analisar as características do ser humano que são determinantes na construção dos seus sistemas de motivações, entre os quais se insere a norma jurídica enquanto razão para agir²⁵.

O atual regime de responsabilização financeira dos gestores públicos também não funciona, e promove, na prática, a impunidade dos casos de utilização indevida dos recursos públicos. Os conceitos e regras sobre responsabilidade financeira não evoluíram ao mesmo ritmo da gestão financeira pública, domínios onde surgiram novas tipologias de entidades, contratos e normas contabilísticas. A criação de um sistema de responsabilização coerente e eficaz não é compatível com o modelo atual de maquilhagem de alterações legislativas avulsas e que induz a conceitos desatualizados e próprios de um tempo em que havia um menor escrutínio da sociedade²⁶.

²² ESTORNINHO, Maria João. (2016). In *Por uma visão ética da contratação pública*. Liber Amicorum Fausto Quadros, Coimbra, Almedina, Vol. II, p. 303 e ss.

²³ Em sentido divergente, cfr. BARRETO, Marcos António Mendes de Almeida. (2017). *A (des)necessidade de Pactos de Integridade na Contratação Pública*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário, Faculdade de Direito da Universidade do Minho. O autor alude para a desnecessidade dos “pactos de integridade, na verdade, nascem de uma ideia aplaudível, que é o combate à corrupção, no entanto, quando desmontados, no nosso entendimento, cremos que não passam de uma geringonça enferrujada, promovida por aqueles a quem lhes dá jeito afrouxar as manifestações sociais”. p. 111. Consultado em 08.03.2019, disponível na internet em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/51876/1/Marcos%20Ant%C3%B3nio%20Mendes%20de%20Almeida%20Barreto.pdf>

²⁴ Veja-se neste sentido, SLOMSKI, Valmor; CORRAR, Luiz João; DINIZ, Josedilton Alves. (2010). *Análise digital: Uma abordagem cognitiva na deteção de não conformidades em prestações de contas municipais*. Consultado em 24.11.2018, disponível na internet em http://www.congressosp.fipecafi.org/anais/artigos102010/an_resumo.asp?con=1&cod_trabalho=474&titulo=An%E1lise+digital%3A+uma+abordagem+cognitiva+na+detecc%E7%E3o+de+n%E3o+conformidad+em+presta%E7%E5es+de+contas+mun

²⁵ FRANCO, Raquel. (2018). *Between Social Science, Religion and Politics – Essays in Critical Rationalism*, Editions Rodopi, H. Albert 1999, p. 114, apud *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª edição, p. 97.

²⁶ V., sobre *Regime de responsabilidade financeira dos gestores de dinheiros públicos promove a impunidade* (2018). Consultado em 17.12.2018, disponível na internet em

Este desequilíbrio acaba por criar um ambiente de clivagem entre ética, política e direito. Não só a ética fica fragilizada na moral do interesse e da eficiência, como também a política e o direito acabam exilados na abstração da legislação ou, então, são capturados pelo oportunismo ideológico. Por esse motivo, a pertinência do apelo à garantia da segurança jurídica, da racionalidade legislativa e da eficácia no cumprimento das normas de direito²⁷. A modificação dos padrões da racionalidade económica provocou uma nova forma de observar o indivíduo como destinatário final das políticas públicas²⁸. Para RAQUEL FRANCO o aprofundamento do estudo do comportamento humano tem permitido contribuir de forma transversal para a compreensão de comportamentos jurídicos relevantes e para o desenho de soluções jurídico-normativas adequadas que, integrando na arquitetura da escolha estes pressupostos comportamentais, se tornam mais eficientes na realização dos fins esperados.

Assim, os contributos da análise económica do comportamento individual e das organizações, podem fomentar a criação de melhores sistemas jurídico-normativos na área da contratação pública, de um ponto de vista que já integra os contributos da análise comportamental²⁹.

2.1 Da questão jurídica, à económica e comportamental na contratação pública

Estamos perante um tema jurídico e comportamental, na medida em que se tenta regular por via da lei aquilo que a ética é incapaz de resolver³⁰. Muitas são as dificuldades que o sistema judicial enfrenta para detetar e punir a corrupção, constituindo, sem dúvida, um obstáculo adicional no combate a este fenómeno³¹. Os atos de corrupção e fraude são

<http://www.jornaldenegocios.pt/economia/financas-publicas/detalhe/regime-de-responsabilidade-financeira-dos-gestores-de-dinheiros-publicos-promove-a-impunidade?ref=cotacoes> UltimasSite

²⁷ FILHO, André. (2012). *Corrupção, ética e economia: reflexões sobre a ética concorrencial em economias de mercado*. Editora Campus. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial.

²⁸ Veja-se sobre este tema, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. (2018). *Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança*. Op. Cit., p.469.

²⁹ FRANCO, Raquel. (2018). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Op. Cit., p. 98.

³⁰ Cfr. JANUÁRIO, Rui; CAETANO, Paulo. (2018). *A Corrupção e o Estado*. Edições Vieira da Silva, Lda, ISBN 978-989-779-053-9. p. 129.

³¹ MAIA, António João; PIMENTA, Carlos; SOUSA, Bruno. (2017). *Fraude em Portugal Causas e Contextos*. Op. Cit., p. 402.

na maioria das vezes praticados por indivíduos que revelam grandes deficiências na interiorização dos valores morais, da ética, de conduta e das leis³².

Neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO refere que a mudança cultural e organizacional seria essencial para convencer as entidades adjudicantes a fazerem permanentemente procedimentos abertos à concorrência para qualquer valor, mais do que outra coisa qualquer³³.

Além da questão jurídica e comportamental que a contratação pública suscita, existe ainda a questão económica e social. A qualidade e a integridade da lei estão intrinsecamente correlacionadas com a sua efetividade económica e social, influenciando a competência de pessoas e de organizações na resistência preventiva aos fenómenos de corrupção e infrações conexas³⁴.

Em Portugal parece haver uma predisposição em contornar normas, PEDRO TELLES refere que os legisladores decidiram reformular os procedimentos de ajustes diretos e de consulta prévia, mas permitiram que sejam, na mesma, as entidades adjudicantes a convidar os concorrentes para esses concursos. Dessa forma, estes dois tipos de procedimentos podem ser facilmente manipulados³⁵.

Porém, o júri do procedimento³⁶ pode propor, fundamentadamente, a exclusão de propostas cuja análise revele³⁷ “a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas

³² MAIA, João António. (2016). *Ética, Corrupção e Fraude*. Observatório de Economia e Gestão de Fraude. Consultado em 18.11.2018, disponível na internet em https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2016/05/Sol01_AM.pdf

³³ RAIMUNDO, Miguel Assis. (2016). *Ajustes diretos e consulta prévia*. Grupo de Contratos Públicos do Centro de Investigação de Direito Público. Consultado em 01.01.2019, disponível na internet em <https://contratospublicos.net/2016/10/17/ajustes-directos-e-consulta-previa/#comments>

³⁴ V., Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), de 4 de maio de 2017. *Op. Cit.*

³⁵ TELLES, Pedro. (2017). *Ajuste direto e consulta prévia: é preciso que tudo mude para que tudo fique na mesma*. Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 4, n.º 2, Lisboa. Consultado em 27.12.2018, disponível na internet em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2017000200004&lng=pt&nrm=iso

³⁶ De acordo com o artigo 67.º do código dos contratos públicos, o procedimento de ajuste direto não é conduzido por um júri. E no caso das consultas prévias ou concursos públicos urgentes, o órgão competente para a decisão de contratar tem a liberdade de decidir se estes procedimentos são conduzidos por um júri ou conduzidos pelos serviços da entidade adjudicante.

³⁷ Cfr. alínea o), do n.º 2, do artigo 146.º do código dos contratos públicos.

ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”³⁸. Se o júri não detetar tais indícios, ou não for imparcial, podem os concorrentes, na fase de audiência prévia³⁹, alertar para tais práticas anticoncorrenciais. É claro que isto não acontece se houver um conluio entre todas as partes.

Todavia, se o júri não acolher tais argumentos, pode o Tribunal de Contas (TdC) em sede de fiscalização prévia, declarar a nulidade do contrato. Recorde-se aqui o Acórdão n.º 15/2014 - 1.ª S/PL, de 14 de outubro, do Tribunal de Contas. Quando dois dos concorrentes apresentaram-se no procedimento de forma concertada, com o intuito de assegurar a proposta contratual a uma das empresas. Tendo cada uma das empresas posições cruzadas no capital social da outra, nas quais os titulares dos órgãos sociais eram comuns a ambas e as propostas foram assinadas pela mesma pessoa. Figurando uma das empresas na proposta da outra como prestadora de serviços à outra. Não é admissível que tais situações, hipotéticas, aconteçam na realidade, porque falseiam a concorrência. O tribunal considera que “o Direito e as categorias jurídicas enquadram, qualificam e disciplinam a realidade. Mas não podem ser usados para disfarçá-la. Seria trair a Verdade. E a aplicação do Direito tem de se nortear por princípios de verdade”⁴⁰.

Esta situação é preocupante no caso dos ajustes diretos, nas consultas prévias ou noutros tipos de procedimentos, quando não é obrigatória a fiscalização prévia do contrato, tornando-se mais difícil reprimir certos vícios⁴¹. Todavia, como defende JOANA AZEREDO, pode imprimir-se uma maior dinâmica na responsabilização de todos os atores da contratação pública, se houver análises escrupulosas nos procedimentos

³⁸ Cfr. alínea g), do n.º 1, do artigo 70.º, do código dos contratos públicos.

³⁹ Cfr. artigo 123.º do código dos contratos públicos.

⁴⁰ V., Acórdão n.º 15/2014 - 1.ª S/PL, de 14 de outubro, do Tribunal de Contas. A Guarda Nacional Republicana interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1ª Secção, do Acórdão n.º 23/2013, de 30 de setembro, que recusou o visto ao contrato relativo à aquisição de câmaras térmicas portáteis de visão noturna.

⁴¹ Recorde-se que de acordo com o n.º 1, do artigo 48.º, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de agosto - LOPTC) são as leis do orçamento que fixam valor mínimo para fiscalização prévia. Há vários anos que o valor é 350.000 €. Durante o ano de 2019, não foi exceção, continua fixado em 350.000 € (n.º 1, do artigo 255.º, da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro). Nos procedimentos de preço contratual inferior a 350.000 €, o controlo já não é efetuado a todos os contratos, mas o Tribunal de Contas, inspeções setoriais, entidades financiadoras, entre outras entidades competentes, realizam auditoria regularmente.

de contratação⁴². Se forem detetadas, numa ação inspetiva/auditoria, violações a normas legais da contratação pública, após a execução dos contratos, pode resultar em responsabilidade financeira sancionatória para os responsáveis pelos atos/gerência, pela “violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública”⁴³ e ainda eventual responsabilização criminal⁴⁴, que caberá ao direito penal e aos órgãos de investigação criminal a repressão⁴⁵, e que poderá atingir também o adjudicatário e restantes concorrentes que participaram em práticas contra as normas legais da contratação pública. Em relação a responsabilidades das entidades adjudicantes, como pessoas coletivas, à partida, não são suscetíveis de responsabilidade criminal⁴⁶.

A questão jurídica, económica e comportamental deveria ser melhor estudada, para evitar que alguns atores sejam tentados a fazer uma análise custos-benefícios imoral. Se tivermos um sistema no qual a possibilidade de deteção da infração de normas ou de princípios possa ser baixa, ou mesmo não sendo, se o processo punitivo for surreal quando comparado com a dimensão dos benefícios esperados, pode claramente compensar ir mais além do que a lei permite e menos do que a ética exige⁴⁷.

É realmente inquietante, que os atores possam fazer uma análise económica do direito eficiente para maximizar os seus interesses individuais em prejuízo do interesse público e da sociedade em geral. A solução para este dilema pode passar por um melhor conhecimento do fenómeno da corrupção, ao nível jurídico, económico e comportamental. Perceber os contextos em que se insere e das suas múltiplas razões

⁴² AZEREDO, Joana. (2016). *A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência*. Revista eletrónica de direito. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 20. Consultado em 23.04.2019, disponível na internet em <https://www.cije.up.pt/download-file/1507>

⁴³ Cfr. alínea, l), do artigo 65.º, da LOPTC.

⁴⁴ “Os serviços de inspeção participam às entidades competentes, nomeadamente ao Ministério Público, os factos com relevância para o exercício da ação penal e contra-ordenacional, quando existam e na sequência da homologação do relatório pelo ministro da tutela” (Cfr. n.º 7, do artigo 15.º, do Dec-Lei n.º 276/2007, de 31 de julho - Regime Jurídico da Atividade de Inspeção da Administração Direta e Indireta do Estado).

⁴⁵ PITORRA, João Paulo dos Santos Rodrigues. (2017). *A corrupção, o cargo público e o conflito de interesses*”. Dissertação em Direito - Ciência Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 175. Consultado em 22.04.2019, disponível na internet em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37527/1/ulfd137222_tese.pdf

⁴⁶ Cfr. artigo 11.º, do Código Penal.

⁴⁷ Cfr. JANUÁRIO, Rui; CAETANO, Paulo. (2018). *A Corrupção e o Estado*. Edições Vieira da Silva, Lda, ISBN 978-989-779-053-9. p. 226.

permite termos uma perceção mais integrada da fraude e, conseqüentemente, podemos ter uma atitude ativa de deteção e prevenção⁴⁸. É imprescindível prevenir os riscos legais e comportamentais. Algumas proibições devem ser inevitáveis, pois nenhuma sociedade pode existir sem regras e regulamentos⁴⁹.

2.2 Comportamento esperado dos principais atores na contratação pública

Alguns dos motivos para uma entidade adjudicante preterir o princípio da concorrência, podem resultar de normas legais aplicáveis inadequadas, limitações à liberdade de escolha ou deficiente interiorização dos valores da ética e deontologia profissional. Compreender o comportamento esperado dos vários atores pode ser relevante para sugerirmos eventuais alterações legislativas, melhorar a liberdade de escolha ou reformular os códigos de ética e conduta profissional.

A investigação sobre a fraude tem-se concentrado quer em domínios associados à influência de fatores individuais, quer em áreas relacionadas com a compreensão de dinâmicas organizacionais específicas na sua relação com os comportamentos fraudulentos⁵⁰. Neste âmbito existem dois conceitos relevantes. O conceito de utilidade, que traduz a satisfação ou insatisfação de cada indivíduo associada aos resultados esperados de cada ação e o conceito de risco, que pode ser avaliado através de uma análise custo-benefício, na qual a teoria económica, introduz na sua análise de risco considerações subjetivas e aleatórias.

Porém, é esperado que cada indivíduo tome decisões e atue de modo a maximizar a sua satisfação individual, comportando-se de forma racional. O padrão do ator racional admite que os indivíduos, quando na posse de informação mais completa, atuam de modo a maximizar os seus interesses⁵¹. Admite-se que os indivíduos preferem consumir no

⁴⁸ V., neste sentido, a mensagem do Professor Carlos Pimenta, coordenador da Pós-graduação Gestão do risco de fraude económico-financeira. Consultado em 22.12.2018, disponível na internet em https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2017/12/GestaoRiscoFraude_site.pdf

⁴⁹ THALER, Richard H. (2017). *Comportamento Inadequado*. Atual. ISBN 978-989-694-160-4. p. 369.

⁵⁰ MAIA, António João; PIMENTA, Carlos; SOUSA, Bruno. (2017). *Fraude em Portugal Causas e Contextos*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6976-0. p. 433.

⁵¹ FRADE, Catarina. (2009). *O direito face ao risco*. Coimbra. Revista Crítica de Ciências Sociais. ISSN: 2182-7435. p. 58. Consultado em 10.12.2018, disponível na internet em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/33761>

presente que guardar para consumir no futuro, considerando, a economia comportamental, a possibilidade de as pessoas serem suscetíveis a problemas de autocontrolo⁵². Assim, muitos dos comportamentos esperados dos vários atores acabam por ser racionais face ao contexto em que estão inseridos, sendo o seu comportamento versátil em função das circunstâncias.

Tal facto, conduz a uma propensão maior ao risco de conluio nos ajustes diretos e nas consultas prévias, nos quais a consulta de fornecedores é por convite, os valores envolvidos são baixos e a sociedade acaba por não censurar os comportamentos desviantes. Pode ser ténue um comportamento genuíno concorrencial, de um comportamento de concorrência artificial. Primeiro, porque as pessoas fazem a maior parte dos juízos e das escolhas automaticamente e não por deliberação. Segundo, porque o modo de pensar e agir das pessoas com frequência depende do que outros ao seu redor fazem e pensam. Terceiro, porque os indivíduos em uma determinada sociedade compartilham uma perspetiva comum a respeito de entender o sentido do mundo a seu redor e de compreender a si mesmos⁵³.

Pode-se referir que a perceção da oportunidade para cometer uma fraude surge quando o indivíduo, que está numa posição relevante de confiança, cede à tentação financeira. O nível de conhecimentos e de competências dos potenciais defraudadores é referido como um dos mais importantes fatores para explicar o envolvimento do indivíduo⁵⁴.

Relativamente aos gestores públicos/órgão competente para a decisão de contratar, o problema pode começar logo no processo de seleção dos dirigentes⁵⁵. A transparência e

⁵² SANTOS, Ana Cordeiro. (2015). *Famílias Endividadas: Uma abordagem da economia comportamental política e comportamental*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6204-4. p. 55.

⁵³ Mais sobre este tema, cfr. Relatório Principal do Grupo Banco Mundial (2015). *A Mente a Sociedade e o Comportamento*. Consultado em 06.12.2018, disponível na internet em <https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>

⁵⁴ MAIA, António João; PIMENTA, Carlos; SOUSA, Bruno. (2017). *Fraude em Portugal Causas e Contextos*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6976-0. p. 418.

⁵⁵ Atualmente a designação dos membros dos conselhos de administração das entidades públicas empresariais “é feita mediante resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área das finanças e do membro do Governo responsável pelo respetivo sector de atividade” (Cfr. n.º 2, do artigo 13.º, do Dec-Lei n.º 71/2007, de 27 de março - Aprova o novo estatuto do gestor público). Embora o artigo 12.º, alude para a observância de determinados requisitos dos gestores públicos, nomeadamente, devem ser “escolhidos de entre pessoas com comprovadas idoneidade, capacidade e experiência de gestão, bem como sentido de interesse público”. Como esta escolha é

concorrência em alguns procedimentos pode simplesmente não existir, ou mesmo que exista, estar inquinada de modo a se conservar o clientelismo e nepotismo, dando-se uma maior preferência às competências sociais e comportamentais de determinado candidato, em prejuízo quase total das competências técnicas. Porém, nada podemos concluir, sendo uma matéria fora do âmbito deste trabalho. O que sabemos é que no caso do procedimento de consulta prévia, se o órgão competente para a decisão de contratar tem de convidar obrigatoriamente três ou mais entidades à sua escolha a apresentar proposta, o princípio da concorrência pode ficar inquinado com esta liberdade de escolha discricionária que é concedida ao órgão competente para a decisão de contratar. Ou seja, o resultado de convidar no mínimo três entidades a apresentar proposta pode resultar não porque o jogo da concorrência o produziu, mas porque as regras do código a isso conduziram. Todavia, não os podemos desresponsabilizar de forma paternalista, pois, os indivíduos reagem a incentivos, e estes têm sido demasiados para se comportarem de maneira inadequada⁵⁶.

Contudo, podemos ver a questão noutra prisma, o comportamento de convidar sempre as mesmas entidades até pode, em certa medida, justificar-se, naturalmente, por uma questão de confiança, de saber fazer, entre outros motivos atendíveis. Além disso, ambas as partes se conhecem, havendo um dispêndio menor de tempo na elaboração e controlo de cláusulas dos cadernos de encargos, na execução dos contratos e os concorrentes não irão impugnar os procedimentos pré-contratuais por questões supérfluas, meramente dilatórias. Todavia, isto iria, espontaneamente, incentivar a um abrandamento do

discricionária, aumenta-se o risco de subjetividade na observância de tais requisitos nas personalidades escolhidas. Porém, esta é uma maneira eficiente de conseguir executar-se as políticas públicas. Todavia, um modelo de recrutamento demasiado concorrencial pode aumentar o risco de aleatoriedade, na garantia da execução das políticas públicas, com a escolha do designado. Podendo gerar-se um conflito entre o poder político e os dirigentes máximos dos órgãos/serviços da Administração Pública. O modelo de recrutamento, seleção e provimento de cargos de direção superior da administração pública, seguido pela Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública (CRESAP – Lei n.º 64/2011, de 22 de dezembro) parece ser um modelo equilibrado. Contudo, podia ser aperfeiçoado, contemplando também o recrutamento, seleção e provimento de todos os cargos de direção intermédia dos órgãos/serviços da Administração Pública. Podíamos discutir, eventualmente, se a *short list* com as três personalidades escolhidas, deveria ser apresentada ao dirigente máximo do órgão/serviço ou ao membro do governo da tutela.

⁵⁶ CUNHA, Ary Ferreira. (2012). *Políticas de combate à corrupção: corrupção no setor público sob a perspetiva da teoria da agência*. Dissertação de Mestrado em Direito - Ciências Jurídico-económicas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. p. 144. Consultado em 06.03.2019, disponível na internet em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/66123>

controlo, desleixo e possibilidade de captura da entidade adjudicante pelo fornecedor, o que favorece na prática a germinação dos conluíus.

Os representantes do Estado são nomeados/designados para maximizar os interesses do Estado. E os representantes dos fornecedores, os interesses das empresas para as quais trabalham, ou seja, interesses antagónicos. Dessa forma, toda a atividade social resulta da vontade deliberada dos atores sociais (indivíduos e organizações) de satisfazerem os seus interesses, e com esse intuito, mobilizam os meios necessários para tal. O conflito social emerge precisamente quando se confrontam interesses divergentes⁵⁷. No entanto, quando os interesses estão alinhados, existe uma maximização dos interesses individuais, em prejuízo do bem-estar geral para a sociedade.

Como bem sabemos há diversas formas de beneficiar alguém, quebrando por completo os princípios da concorrência e da igualdade⁵⁸. Assim, a corrupção é uma solução alternativa para maximizar o bem-estar individual necessário para concretizar sonhos que de outro modo não passariam disso mesmo⁵⁹. Estes comportamentos ilícitos acabam por ser racionais, pelo contexto de troca de favores, e proporcionados pelas fragilidades da legislação e controlo interno das instituições. Tal situação é altamente preocupante, porque o que necessitávamos era precisamente do contrário, legislação adequada, controlo interno adequado, indivíduos íntegros de reconhecido mérito, blindados à fraude, defendendo o interesse público com vista a maximizarem o bem-estar da sociedade.

Relativamente aos trabalhadores, o comportamento de alguns dos funcionários pode assumir vários cenários, de alinhamento com o órgão competente para a decisão de contratar e conseqüente com os fornecedores, de oposição às decisões, de imparcialidade com receio de retaliações ou de condicionamento da decisão e eventualmente outros comportamentos não clássicos.

⁵⁷ FRADE, Catarina. (2009). *O direito face ao risco. Op. Cit.*, p. 60.

⁵⁸ MACHADO, Bruno Miguel de Jesus. (2014). *Contratação Pública e Concorrência nos Procedimentos por Ajuste Direto*. Dissertação de Mestrado em Administração e Gestão Pública, Universidade de Aveiro. p. 36.

⁵⁹ MAIA, António João. (2019). *A probabilidade da fraude e da corrupção*. Jornal i. Consultado em 17.02.2019, disponível na internet em <https://ionline.sapo.pt/642510?source=social>

O condicionamento da decisão é quando o funcionário seduz o órgão competente para a decisão de contratar, para uma determinada proposta, mascarando a verdadeira concorrência, com a apresentação de propostas alternativas menos atrativas para a adjudicação, reforçando outros aspetos que induzem a escolha de determinada proposta. Assim, a maneira como o problema é apresentado pode não ter um efeito negligenciável na escolha de quem tem essa competência. Isto significa descrever a mesma situação de uma maneira diferente, para tornarem mais salientes determinados aspetos em detrimento de outros, podendo induzir a ações desviantes⁶⁰.

Nestas circunstâncias, quem tem o poder de decisão fica refém do funcionário. Este elemento de oportunidade é praticamente desconhecido, tornando especialmente difícil avaliar a influência que exercem ao nível do contexto institucional⁶¹. Como forma de solucionar este problema pode ser considerada a rotatividade de funções desses funcionários. Por outro lado, o comportamento dos funcionários que se opõem às decisões do órgão competente para a decisão de contratar, ou apresentem atitude imparcial às decisões, pode favorecer a promoção do princípio da concorrência.

Quando os funcionários se opõem a más decisões, ou os que têm aparentemente uma atitude imparcial, mas que sabem dos conluíus entre quem decide e fornecedores, são os que mais ajudam na obtenção de provas. É esperado que sejam estes dois tipos de atores que vão denunciar os conluíus existentes na instituição e detalhar o *modus operandi*. Sem eles, dificilmente as autoridades conseguem detetar certos delitos e carrear provas factuais credíveis. Porém, temos de ter consciência que a racionalidade que pode estar por trás deste tipo de comportamento pode ser perversa. Não sabemos se estamos perante atores com uma cultura de ética, transparência e integridade ou, se pelo contrário, foram excluídos do conluio.

Relativamente aos fornecedores, estes têm um comportamento diferente se são convidados pela primeira vez ou se são recorrentemente convidados. Quando são

⁶⁰ SANTOS, Ana Cordeiro. (2015). *Famílias Endividadas: Uma abordagem da economia comportamental política e comportamental*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6204-4. p. 49. *Op cit.* in Tversky, Amos; KAHNEMAN, Daniel (1981). *The Framing of Decision and the Psychology of Choice*. Science, 211, 453-458.

⁶¹ MAIA, António João; PIMENTA, Carlos; SOUSA, Bruno. (2017). *Fraude em Portugal Causas e Contextos*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6976-0. p. 425.

convidados pela primeira vez têm tendência a apresentar propostas bastante concorrenciais ou mesmo predatórias. Quando já são fornecedores reputados da instituição começam a abrandar essa concorrência e a tentar capturar atores da instituição com influência nas aquisições, ou outros atores que possam ter influência sobre o decisor público, de forma a almejar a maioria das aquisições, com o objetivo de ter um domínio sobre o organismo e dessa forma começar a aumentar preços e diminuir a qualidade. A rotatividade de fornecedores e/ou de atores da entidade adjudicante, pode ser uma estratégia interessantes para mitigar estes vícios.

Por outro lado, o comportamento dos fornecedores é versátil consoante saibam que o procedimento é concorrencial ou não. Quando existe conluio entre a entidade adjudicante e os fornecedores, o comportamento acaba por ser de concorrência artificial, existindo várias propostas, a maioria das quais podem estar próximas do preço base⁶² e a proposta vencedora estará um pouco abaixo desse valor. Este comportamento dos fornecedores acaba por ser um comportamento racional, com vista a obtenção de maiores lucros não sendo eficiente, mas claro, em prejuízo para a sociedade em geral, pois poderão existir outros potenciais fornecedores no mercado com propostas mais vantajosas para a entidade adjudicante, mas que não foram convidados.

O comportamento de alinhamento dos fornecedores não viola normas da contratação pública, mas deve este tipo de comportamento ser penalizado pela legislação da concorrência, como por exemplo, procedimentos que ficam desertos intencionalmente para que o preço base do procedimento aumente. O indício de corrupção acaba por se iniciar na comparação das propostas apresentadas pelos concorrentes convidados e os preços de mercado. Porém, os indícios de colusão, só por si só, não provam a sua

⁶² Poderá, todavia, dar-se ainda o caso de o preço base estar artificialmente aumentado, especialmente nas prestações de serviços ou empreitadas em que o objeto dos contratos envolva alguma subjetividade. Porém, após a revisão do código dos contratos públicos de 2017, as novas regras cercaram esses conluios através da subjetividade do preço base, determinando a observância de duas exigências aplicáveis, “a fixação do valor estimado do contrato deve ser fundamentada com base em critérios objetivos, utilizando, como referência preferencial, os custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante” (n.º 7, do artigo 17.º do código dos contratos públicos) e “antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, a entidade adjudicante pode realizar consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação” (n.º 1, do artigo 35.º-A do código dos contratos públicos).

existência e, deste modo, qualquer acusação de colusão entre fornecedores assenta em bases frágeis dadas estas dificuldade em provar a existência do acordo⁶³.

Relativamente aos inspetores/auditores. Nos procedimentos por convite, nomeadamente o procedimento de consulta prévia, pode a concorrência ser mascarada com ocultação do princípio da concorrência precisamente através do aumento do número de convidados⁶⁴. O conhecimento que se tem acerca dos motivos que levam os indivíduos a praticarem atos fraudulentos, dentro de várias circunstâncias, é limitado. Porém, a análise comportamental pode sugerir metodologias capazes de identificar características comportamentais consideradas como válidas na identificação da propensão de um indivíduo para cometer fraude⁶⁵.

A fraude contemporânea é um tipo de fraude genuína e inteligente, para a qual é muito mais difícil de carrear meios probatórios de prova. Quem comete estes ilícitos poderá estar a evoluir mais depressa do que quem tem por missão auditar. Este desfasamento implica dificuldades acrescidas de tipificação e imputação das responsabilidades. O auditor depara-se com dificuldades acrescidas na comprovação da culpa, sendo este um dos motivos preponderantes para as propostas de arquivamento de processos pelo Ministério Público em relação a indícios de responsabilidade e, também, das absolvições decididas pelo Tribunal⁶⁶, porque muito pouco é dado como provado. O papel dos auditores é assim um papel ingrato. A análise comportamental pode sugerir a veracidade para um delito, mas sem a prova factual ou de direito não é possível dar um facto como provado, prevalecendo sempre o princípio de *In dubio pro reo*.

Neste sentido, podemos tentar resolver o problema na sua origem, através de auditorias pedagógicas, com o acompanhamento e seguimento das entidades adjudicantes na

⁶³ RODRIGUES, Vasco. (2016). *Análise Económica do Direito*. Lisboa: Almedina, 2.ª Edição, ISBN 978-972-40-6411-6, p. 173.

⁶⁴ Não é por haver mais propostas, que *per si* o procedimento concorrencial.

⁶⁵ V., neste sentido, SLOMSKI, Valmor; CORRAR, Luiz João; DINIZ, Josedilton Alves. (2010). *Análise digital: Uma abordagem cognitiva na deteção de não conformidades em prestações de contas municipais*. *Op. Cit.*

⁶⁶ V., Regime de responsabilidade financeira dos gestores de dinheiros públicos promove a impunidade (2018). Consultado em 16.12.2018, disponível na internet em <http://www.jornaldenegocios.pt/economia/financas-publicas/detalhe/regime-de-responsabilidade-financeira-dos-gestores-de-dinheiros-publicos-promove-a-impunidade?ref=cotacoes> UltimasSite

implementação de manuais de boas práticas, explicitação das normas legais aplicáveis, códigos de conduta, ética e deontológica profissional. A integridade dos procedimentos de contratação pública não se assegura unicamente com a implementação de medidas sancionatórias, devendo ser considerada também uma abordagem mais ampla destinada a reforçar a prevenção dos comportamentos para a corrupção⁶⁷.

3 O princípio da concorrência

3.1 Enquadramento geral do princípio da concorrência

O princípio da concorrência é um princípio basilar da contratação pública, tendo um âmbito de abrangência muito alargado com vários subprincípios e elencado em vários diplomas. Tem assento constitucional no artigo 266.º, “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”⁶⁸. E “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”⁶⁹ e na alínea f), do artigo 81.º, deve ser assegurado “o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”⁷⁰.

O Código do Procedimento Administrativo refere que nos procedimentos pré-contratuais são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência⁷¹. E, claro, no código dos contratos públicos, na formação e na execução dos contratos públicos, devem ser observados os princípios gerais da atividade administrativa e dos Tratados da União Europeia, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé,

⁶⁷ Cfr. SILVA, João Filipe Santiago da. (2016). *O Combate à Corrupção nos Procedimentos de Contratação Pública: Uma Visão Sobre a Estratégia Adotada na União Europeia*. Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p. 44.

⁶⁸ Cfr. n.º 1, do artigo 266.º, da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.

⁶⁹ Cfr. n.º 2, do artigo 266.º, da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.

⁷⁰ Cfr. alínea f), do artigo 81.º, da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.

⁷¹ Cfr. n.º 2, do artigo 201.º, do código do procedimento administrativo.

da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação⁷².

É uma obrigação do Estado respeitá-los porque são valores fundamentais da ordem económica e da prossecução do interesse público, procurando sempre assegurar o princípio da concorrência, adotando a realização de procedimentos fechados apenas quando não haja alternativa concorrencial possível⁷³. “É através de procedimentos concorrenciais abertos e, respeitando princípios como os da igualdade e da concorrência, que se garante a todos os potenciais interessados em contratar, quer o mais vasto acesso aos procedimentos, quer a mais ampla observância de outros princípios que estão intimamente relacionados com aqueles, o da transparência e o da publicidade”⁷⁴.

A liberalização trouxe a abertura à concorrência de atividades anteriormente desenvolvidas em exclusivo público, permitindo e fomentando o aparecimento de empresas privadas a par de empresas públicas⁷⁵. Neste sentido, na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados, os princípios gerais da atividade administrativa e dos Tratados da União Europeia, bem como os princípios da concorrência, da publicidade, da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação⁷⁶.

⁷² Cfr. n.º 1, do artigo 1.º-A, do código dos contratos públicos.

⁷³ A este propósito, V., Acórdão n.º 7/2018 - 1.ªS/SS, de 23 de janeiro, do Tribunal de Contas. Fiscalização prévia a contrato de aquisição de combustíveis rodoviários a granel para o território nacional continental no 4.º trimestre de 2017.

⁷⁴ V., Acórdão n.º 16/2011, de 18 de agosto, do Tribunal de Contas, sobre a recusa de visto a um contrato de “fornecimento e montagem de subestação de energia elétrica de média e baixa tensão no Hospital de São João, E.P.E.”. Este acórdão assentou na recusa de visto por estabelecer que à formação destes contratos celebrados pelos Hospitais E.P.E., “*eram aplicáveis os princípios gerais da atividade administrativa, nomeadamente os princípios da igualdade, da transparência e da concorrência, que não foram observados*” e “*Cabia à entidade adjudicante a tarefa de avaliar, discricionariamente, a observância de tais princípios*”. Mais considerou que “*a realização de procedimentos concorrenciais e não discriminatórios protege ainda o interesse financeiro da escolha das propostas que, económica e financeiramente, melhor se ajustam às necessidades públicas, pelo que a inobservância de procedimentos que acautelem a concorrência e a não discriminação, implica a violação destas normas financeiras*”.

⁷⁵ AZEVEDO, Maria Eduarda. (2008). *As Parcerias Público Privadas: Instrumento de uma nova Governação Pública*. Tese de doutoramento em direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 89.

⁷⁶ Cfr. n.º 1, do artigo 1.º-A, do código dos contratos públicos.

Além disso, no preâmbulo do código dos contratos público é referido que “é imperioso garantir que a enunciação e publicitação dos fatores e eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação, bem como dos respetivos coeficientes de ponderação, se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, parâmetros que reconhecidamente dominam as tramitações procedimentais pré-contratuais; (ii) por outro lado, é fundamental assegurar a observância daqueles mesmos princípios ao longo da fase de avaliação das propostas, assim como durante as diligências que a preparam ou que se lhe seguem”⁷⁷.

Apesar de haver uma regulação interna, em especial no código dos contratos públicos e nas diretivas comunitárias, os princípios jurídicos sempre foram e serão uma fonte de direito fundamental no sistema da contratação pública⁷⁸. Os princípios gerais da atividade administrativa são basilares para garantir a legalidade de um procedimento em todas as fases (pré-contratual e execução do contrato).

ANA FERNANDA NEVES refere que o princípio da concorrência tutela o acesso livre aos mercados públicos e promove o interesse público na contratação ótima, impedindo a existência de restrições fabricadas e desproporcionadas à liberdade de candidatura. Ademais, implica que nenhum obstáculo artificial seja introduzido nas regras de um procedimento de maneira a que a escolha do cocontratante resulte do confronto juridicamente correto das respetivas propostas⁷⁹. É num ambiente de concorrência que se formam as propostas competitivas e que a entidade adjudicante pode selecionar a proposta mais adequada⁸⁰.

A adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros ou por conta destas “deve respeitar os princípios da livre circulação de mercadorias, da

⁷⁷ Veja-se o preâmbulo do código dos contratos públicos, após a revisão de 2017 (Dec-lei n.º 111-B/2017, de 31/08).

⁷⁸ Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. (2008). *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*. Coimbra Editora. ISBN 97897232116486. p. 51.

⁷⁹ NEVES, Ana Fernanda. (2010). *Os Princípios da Contratação Pública*. In “*Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*”. Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora.

⁸⁰ INÊS, Pedro Daniel. (2018). *Os Princípios da Contratação Pública: O Princípio da Concorrência*. *Op. Cit.*, p. 96.

liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Contudo, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública, a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos e os contratos públicos sejam abertos à concorrência”⁸¹.

A diretiva n.º 2014/24/UE fomenta claramente o apelo à livre concorrência no mercado interno, à transparência e à igualdade de oportunidades, com vista a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade promovendo a concorrência. Segundo ALMEIDA e SÁNCHEZ o regime da contratação pública visa assegurar a igualdade, a imparcialidade e a livre concorrência entre agentes económicos⁸². Desta forma, fica subjacente que em mercados abertos livres e concorrenciais os concorrentes poderão apresentar melhores propostas, pois está assegurada uma maior regulação da atividade pública pré-contratual⁸³.

Para NUNO CUNHA RODRIGUES esta perceção levou o legislador europeu a aproximar, aqui e além, o direito da contratação pública ao direito da concorrência, procurando prevenir a existência de práticas anticoncorrenciais⁸⁴. Porém, os critérios de adjudicação escolhidos não deverão conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha subjetiva, devendo assegurar a possibilidade de avaliar uma concorrência efetiva e leal e ser acompanhados de disposições que permitam uma verificação eficaz da informação fornecida pelos concorrentes⁸⁵.

⁸¹ Cfr. n.º 1, 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.

⁸² ALMEIDA, João Amaral, SÁNCHEZ, Pedro Fernández. (2010). *A contratação pública de serviços de acessória jurídica*. In *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*. Op. Cit., p.413.

⁸³ TAVARES, Gonçalo Guerra; DENTE, Nuno Monteiro. (2009). *O Código dos Contratos Públicos, Regime de Contratação Pública, Vol. I*. Almedina.

⁸⁴ RODRIGUES, Nuno Cunha. (2016). “*O Princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública*”, p. 58. In “*A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*”, coord. Maria João Estorninho. Consultado em 20.12.2018, disponível na internet em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp_cidp_fct.pdf

⁸⁵ ALVES, Luís. (2014). *A Diretiva relativa aos contratos públicos (Diretiva 2014/24/UE): Anotada – Com Antecedentes, jurisprudência comunitária e adequando o Acordo sobre Contratos Públicos*, Publicações CDL/OA, Lisboa.

Neste sentido, os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação das diretivas europeias ou de reduzir artificialmente a concorrência⁸⁶. Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO a contratação pública é uma ferramenta formidável para as entidades públicas melhor afetarem os recursos públicos, tendo as entidades adjudicantes, o dever de exercer o seu poder de compra de forma ética, social e ambientalmente responsável. Nesta perspetiva, a realização do bem comum, através de contratos públicos, exige legislação clara e adequada, decisores públicos profissionalizados e responsáveis, mecanismos de regulação e de controlo eficazes⁸⁷.

Para LUÍS VALADARES TAVARES quase 20 % da contratação pública em Portugal realizada em 2013 foi através de procedimentos menos concorrenciais, ficando excluídos dos nossos mercados públicos vários concorrentes. A própria noção de concorrência nos mercados públicos tem estado associada a novas formas inovadoras de gestão pública que consiste em contratar um conjunto de agentes económicos por procedimento concorrencial garantindo que os serviços prestados obedecem às mesmas características, garantindo-se assim uma concorrência efetiva entre os agentes económicos, estimulando-os à eficiência na melhoria da qualidade dos serviços prestados⁸⁸.

No caso das especificações técnicas, LUÍS ALVES refere que estas deverão ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência, através de requisitos que apontam para um determinado agente económico. A elaboração das especificações técnicas em termos de requisitos funcionais e de desempenho devem permitir avaliar corretamente os aspetos submetidos à concorrência, para que o objetivo seja alcançado da melhor forma possível. Os requisitos funcionais e de desempenho, podem incentivar os agentes económicos à eficiência e inovação no âmbito da contratação pública, pelo que deverão ser aplicados o mais amplamente possível⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. artigo 18.º, n.º 1 da Diretiva n.º 24/2014/UE.

⁸⁷ ESTORNINHO, Maria João. (2016). “*por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum*”, p. 7. In “*A transposição das diretivas europeias de 2014 e o código dos contratos públicos*”, *Op. Cit.*

⁸⁸ TAVARES, Luís Valadares. (2016). “*Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos, A Lógica Relacional e Normativa*”, p. 19. In “*A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*”, Coord. Maria João Estorninho, *Op. Cit.*

⁸⁹ ALVES, Luís. (2014). *A Diretiva Relativa aos Contratos Públicos (Diretiva 2014/24/UE)*. Ordem dos Advogados – Conselho Distrital de Lisboa, p. 35. Consultado em 14.12.2018, disponível na internet em <http://cdlisboa.org/ebooks/ebookDIRETIVA2014.pdf>

No caso das aquisições por lotes, se quisermos fomentar a concorrência, “a entidade adjudicante pode limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente, devendo indicar essas limitações no convite ou no programa do procedimento, bem como os critérios objetivos e não discriminatórios em que se baseie a escolha dos lotes a adjudicar a cada concorrente nos casos em que a aplicação dos critérios de adjudicação resulte na atribuição, ao mesmo concorrente, de um número de lotes superior ao máximo fixado”⁹⁰.

Assim, após a revisão ao código dos contratos públicos de 2017, passou a ser legal⁹¹ consagrar nas peças do procedimento, a divisão por lotes de contratos de maior dimensão, com o propósito de estimular os pequenos agentes económicos à concorrência. Em suma, o princípio da concorrência é afirmado inúmeras vezes no código dos contratos públicos. Porém, PEDRO SÁNCHEZ refere que a revisão do código de 2017, vem confirmar a manutenção das hesitações legislativas nacionais para a promoção da concorrência de mercado, mantendo situações suscetíveis de minar o alcance dos procedimentos concorrenciais⁹².

No entanto, para PEDRO GONÇALVES é indiscutível a robustez normativa do princípio da concorrência no desenho das regras de contratação pública havendo, na verdade, um resultado direto do princípio da concorrência na ordem jurídica administrativa⁹³.

3.2 Procedimentos abertos à concorrência (v.g. concurso público)

Nos procedimentos abertos à concorrência, o universo concorrencial não é delimitado pela entidade adjudicante. Existe um maior interesse em consultar vários agentes económicos em razão de um maior valor económico a contratualizar. Para haver jogo da

⁹⁰ Cfr. n.º 4, do artigo 46.º-A, do código dos contratos públicos.

⁹¹ Veja-se o Acórdão n.º 25/2012 - 1.ª S/SS, de 24 de julho, do Tribunal de Contas, a propósito da afirmação do princípio da concorrência na divisão das aquisições por lotes. O Tribunal entendeu que proibir a adjudicação de todos os lotes a um mesmo concorrente, através do programa do procedimento, eram cláusulas limitadoras, sem suporte jurídico e violadoras do princípio da concorrência. A decisão foi ainda fundamentada que, alguns potenciais interessados, só teriam interesse em apresentar propostas se houver a hipótese de ser adjudicados todos os lotes.

⁹² SÁNCHEZ, Pedro Fernández. (2019). *Estudo sobre Contratos Públicos*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, ISBN: 978-972-629-290-6, p. 278

⁹³ GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos. Op. Cit.*, p. 406.

concorrência entre os agentes económicos tem de haver igualdade e, para haver igualdade, tem de haver publicidade adequada, para que qualquer operador económico possa concorrer para a adjudicação de forma aberta, livre e concorrencial.

A revisão do código dos contratos públicos de 2017 passou a contemplar cinco tipos de procedimentos abertos à concorrência - concurso público⁹⁴, concurso limitado por prévia qualificação, diálogo concorrencial, negociação e parcerias para a inovação. Um aspeto comum a todos estes procedimentos é a observância da publicação do anúncio do procedimento no Diário da República e, em certas situações, é igualmente exigível a publicitação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

A propósito da publicação do anúncio, qualquer agente económico que preencha os requisitos prévios de participação, pode apresentar uma proposta. É através da publicação do objeto do contrato que a entidade adjudicante dá a conhecer aos potenciais interessados o objeto do contrato que está interessada em contratar, constituindo um elemento essencial para a efetividade da publicidade⁹⁵.

A publicidade é assim um dos elementos chave para garantir que o procedimento é aberto à concorrência. Nos casos em que é omitida a publicação⁹⁶, há um impacto direto na definição do universo de potenciais candidatos/concorrentes, pois é inviabilizado o conhecimento da existência do procedimento aos potenciais concorrentes. O procedimento obsta à concorrência que um procedimento aberto deve ter.

⁹⁴ Incluir, também, o concurso público urgente, previsto no artigo 155.º e ss do código dos contratos públicos.

⁹⁵ “A indicação sobre o CPV constitui um elemento essencial para efetividade da publicidade no JOUE, devendo atender-se a que é o elemento base de filtragem de informação para potenciais interessados no mercado europeu onde existe um número muito vasto de anúncios”. Considerando n.º 135 do Acórdão n.º 3/2019 - 1.ª S/SS, de 1 de fevereiro do Tribunal de Contas.

⁹⁶ A propósito da não publicitação, V. Acórdão n.º 19/2017 – 1.ª S/PL, de 11 de julho, do Tribunal de Contas (RECURSO ORDINÁRIO Nº 08/2017 - Processo de fiscalização prévia nº 103/2016-SRATC). Pela Decisão n.º 1/2017-SRATC, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de “Aquisição de serviços médicos para a Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel-Quarto Trimestre de 2016”, celebrado, entre a Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel e a empresa MoreCare-Serviços de Saúde, Lda., com o valor de 172020 euros. Uma das ilegalidades verificadas (tal como já tinha sido proferido na Decisão n.º 1/2017-SRATC) foi a omissão da publicação do anúncio do concurso no Diário da República. O Tribunal considerou que a “publicidade e divulgação do concurso era obrigatória e que a publicidade é um elemento essencial para levar o procedimento ao conhecimento dos potenciais interessados em contratar”. Em resultado disso mesmo o concurso só teve um concorrente.

Deste modo, a inobservância do princípio da publicidade num procedimento aberto à concorrência tem como consequência direta a violação do princípio da concorrência. Porém, a observância do princípio da publicidade, não implica que não seja inquinado o princípio da concorrência noutras fases do procedimento, nomeadamente, nas fases de avaliação das propostas⁹⁷ ou durante a execução dos contratos⁹⁸.

O princípio da concorrência é assim um princípio do primado do direito da contratação pública e do direito da concorrência que está interligado com os outros princípios gerais da atividade administrativa e deve ser observado desde a fase pré-contratual, até à finalização da execução do contrato. A publicação de um anúncio de um concurso é um estreito afirmar do princípio da concorrência.

3.3 Procedimento de consulta prévia

O conceito de consulta prévia não é uma ideia nova⁹⁹ no direito da contratação pública, já existiu no Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública¹⁰⁰. Porém, a versão original do código dos contratos públicos de 2008 revogou a consulta prévia e até 31 de dezembro do ano de 2017 não existia este tipo de procedimento.

⁹⁷ Quanto existem peças dos procedimentos com cláusulas subjetivas ou fatores e subfactores do modelo matemático para ordenação das propostas enviados com as reais vantagens económicas que resultariam do jogo da concorrência.

⁹⁸ Fabricação de circunstâncias imprevisíveis, para justificar a realização de trabalhos complementares, como medida de compensação do baixo preço contratual inicial apresentado pelo adjudicatário que permitiu vencer o concurso. Como por exemplo, projetos de execução incompletos quer do ponto de vista técnico quer do ponto de vista funcional que deixam para a execução da obra a procura das soluções (V., Acórdão n.º 06/04 - 1ª S/PL, de 11 de maio, do Tribunal de Contas). Se esses trabalhos fossem submetidos à concorrência inicialmente, era esperado que os concorrentes fossem outros, ou sendo os mesmos, apresentassem outras propostas, e o resultado financeiro total esperado do contrato seria diferente.

⁹⁹ Artigo 81.º - “1 - O procedimento com consulta prévia é aplicável quando o valor do contrato seja igual ou inferior a 10000 contos, sendo obrigatória a consulta a, pelo menos: a) Cinco locadores ou fornecedores, quando o valor do contrato seja igual ou inferior a 10000 contos; b) Três locadores ou fornecedores, quando o valor do contrato seja igual ou inferior a 5000 contos; c) Dois locadores ou fornecedores, quando o valor do contrato seja igual ou inferior a 2500 contos. 2 - Quando não seja possível consultar o número mínimo de locadores ou fornecedores, fixado no número anterior, deve ser adotado um dos outros procedimentos, com exceção do ajuste direto. 3 - Pode recorrer-se ao ajuste direto quando: a) O valor do contrato seja igual ou inferior a 1000 contos; 4 - Quando o valor do contrato seja igual ou inferior a 1000 contos, deve, preferencialmente e desde que o valor o justifique, adotar-se o procedimento com consulta prévia a, pelo menos, dois locadores ou fornecedores”.

¹⁰⁰ Decreto-Lei n.º 197/99, de 08 de junho.

Em 01 de janeiro de 2018 foi ripristinado este tipo de procedimento. Na prática esta exigência não resulta da imposição decorrente das diretivas europeias em matéria de contratação pública, mas de uma das medidas previstas no Plano Nacional de Reformas, sustentada na Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção, de 07/01/2015, sobre a prevenção de riscos de corrupção na contratação pública¹⁰¹. A restauração de uma norma jurídica que não esteve em vigor os últimos dez anos, relativa ao número mínimo de convidados para os ajustes diretos, não deixa de assombrar a concorrência nesses procedimentos. O número de convidados na altura era muitas vezes puramente artificial, apenas com o intuito de fazer o número mínimo legal. Atualmente “a consulta prévia é o procedimento de contratação pública em que a entidade adjudicante convida diretamente, pelo menos, três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar”¹⁰².

Não devemos confundir o procedimento de consulta prévia com a consulta preliminar ao mercado. São conceitos parecidos, em termos de consulta ao mercado, mas realidades jurídicas bastantes distintas, embora a problemática pela observância do princípio da concorrência se coloque em ambos as noções. A consulta preliminar ao mercado, tem como objetivo, antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, a entidade adjudicante poder realizar consultas informais ao mercado¹⁰³, mas não é um tipo de procedimento de contratação pública, enquanto a consulta prévia já é um dos tipos de procedimentos previstos no código dos contratos públicos.

A introdução deste aparentemente novo procedimento concorrencial pode tornar-se mecanizado e falhar no objetivo de contribuir para fomentar procedimentos abertos à concorrência. Para além de disfarçar a existência de menos ajustes diretos para efeitos estatísticos¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. SOUSA, Luís Verde. (2016). *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos - Alterações ao ajuste direto e o (re)surgimento da consulta prévia*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 20.

¹⁰² Cfr. n.º 1, do artigo 112.º, do código dos contratos públicos.

¹⁰³ Cfr. n.º 1, do artigo 35.º-A, do código dos contratos públicos.

¹⁰⁴ ESTORNINHO, Maria João. (2018). In *Contratação Pública*. Centro de Estudos Judiciários, 1.ª Edição, ISBN 978-972-9122-98-9. p. 14. Consultado em 07.03.2019, disponível na internet em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublica2018.pdf

É inquietante pensarmos que vamos fazer a mesma experiência, e esperarmos obter resultados diferentes. Porém, neste momento estamos perante um risco aleatório de apelo à concorrência. Assim sendo, vamos aguardar que as mentalidades tenham mudado, e esperar por bons resultados em matéria de promoção da concorrência. Para PEDRO SÁNCHEZ a revisão do código dos contratos públicos de 2017 não apela à verdadeira concorrência, alterando apenas o número mínimo de entidades que participam num procedimento que, em todo o caso, ainda é a entidade adjudicante que convida¹⁰⁵. Deste modo, a consulta prévia é genericamente um artifício terminológico através do qual se faz um simulacro de procedimento concorrencial¹⁰⁶. Ou seja, parece que o resultado de termos de convidar no mínimo três entidades na consulta prévia surge, não porque o jogo da concorrência o produziu, mas porque as regras do código a isso obrigaram. Resta saber se foi criada, ou não, uma nova ilusão de concorrência.

O certo é que “a entidade pública está vinculada a adotar práticas de contratação que salvaguardem a concorrência. Por outro lado, sempre que a lei estabeleça exceções aos procedimentos concorrenciais mais abertos deve ser-se muito rigoroso e exigente na interpretação e na aplicação dessas exceções, procurando sempre a salvaguarda máxima do princípio da concorrência e admitindo a realização de procedimentos fechados apenas quando não haja alternativa concorrencial possível. (...) a opção por um procedimento de adjudicação direta só seria legítimo face aos princípios aplicáveis se se demonstrasse que não era possível adotar qualquer outra solução procedimental que melhor acautele a concorrência, ou seja, se se demonstrasse que um procedimento aberto era inviável ou injustificado”¹⁰⁷.

Trata-se de uma norma que pode ir além do número mínimo de entidades a convidar, ou seja, o objetivo é que sejam mais do que três entidades a serem convidadas, para que se garanta o mais amplo acesso ao procedimento por parte dos potenciais interessados.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ, Pedro. *Ajustes directos e consulta prévia*. Grupo de Contratos Públicos do Centro de Investigação de Direito Público. Consultado em 01.01.2019, disponível na internet em <https://contratospublicos.net/2016/10/17/ajustes-directos-e-consulta-previa/#comments>

¹⁰⁶ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. (2019). *Estudo sobre Contratos Públicos*. *Op. Cit.*, p. 271.

¹⁰⁷ Cfr. Acórdão n.º 40/2010 - 1.ª S/SS, de 3 de novembro, do Tribunal de Contas. Sobre a recusa de visto a um contrato para realização de obras de infraestruturas na ampliação da Ala Nascente (Serviços de Medicina Interna e Cirurgia Geral) do Centro Hospitalar de São João, E.P.E.

A adoção do procedimento por consulta prévia poderá radicar em função do valor ou em critérios materiais. Relativamente à tramitação do procedimento pré-contratual de consulta prévia, os momentos mais relevantes são o envio do convite a pelo menos três entidades, o início de funções do júri do procedimento¹⁰⁸, os esclarecimentos se retificação das peças do procedimento, apresentação de propostas, eventual fase de negociação¹⁰⁹, análise e avaliação de propostas, relatório preliminar¹¹⁰ elaborado pelo júri do procedimento, a audiência prévia¹¹¹, o relatório final¹¹², a adjudicação, a celebração do contrato e publicitação no portal dos contratos públicos.

Verificamos, assim, que este procedimento tem uma tramitação mais exigente que o ajuste direto, embora seja praticamente idêntica ao antigo procedimento de ajuste direto, quando era convidado a apresentar proposta mais que um agente económico e, consequentemente, apresentada mais que uma proposta.

3.3.1 Adoção da consulta prévia com base no critério do valor

A adoção da consulta prévia em função do valor do contrato a celebrar conforme previsto nos artigos 19.º e ss. do código dos contratos públicos pode ser utilizada para contratos de empreitada de obras públicas de valor inferior a 150.000 €¹¹³, para contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de valor inferior a 75.000 €¹¹⁴ ou para outros contratos que não configurem contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos, ou contratos de sociedade, de valor inferior a 100.000 €¹¹⁵ ou ainda contratos sem valor.

Porém, “não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia em razão do valor nos termos do disposto nas alíneas c) do artigo 19.º e alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso,

¹⁰⁸ Cfr. artigo 68.º, do código dos contratos públicos.

¹⁰⁹ Cfr. n.º 1, do artigo 118.º, do código dos contratos públicos.

¹¹⁰ Cfr. artigo 122.º, do código dos contratos públicos.

¹¹¹ Cfr. artigo 123.º, do código dos contratos públicos.

¹¹² Cfr. artigo 124.º, do código dos contratos públicos.

¹¹³ Cfr. alínea c), do artigo 19.º, do código dos contratos públicos.

¹¹⁴ Cfr. alínea c), do n.º 1, do artigo 20.º, do código dos contratos públicos.

¹¹⁵ Cfr. alínea b), do n.º 1, do artigo 21.º, do código dos contratos públicos.

propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”¹¹⁶.

Esta nova regra do código dos contratos públicos eliminou o objeto do contrato para efeitos de contar para o apuramento do valor acumulado. Assim, anula o parasitismo dos convites e das adjudicações sempre às mesmas entidades. Esta norma é bem-vinda para fomentar a concorrência nas pequenas aquisições, pois favorece um incentivo a que outros agentes económicos entrem nestes procedimentos, apresentando melhores preços e melhor qualidade para a entidade adjudicante.

O poder discricionário que é conferido ao órgão competente para a escolha de mais de três entidades a convidar a apresentar proposta deve ter uma lógica de concorrência, boa administração e proporcionalidade, em função da racionalidade do valor e do objeto do contrato a celebrar. Ou seja, o benefício esperado para a entidade adjudicante de convidar mais que três agentes económicos a apresentar proposta deve ser maior que o aumento da ineficiência administrativa em resultado de trazer para o procedimento inúmeros convidados a apresentar proposta.

Deve existir um equilíbrio ótimo entre o princípio da concorrência e o princípio da proporcionalidade e boa administração. Por um lado, devem ser convidadas as entidades mais capazes de satisfazer a necessidade da entidade adjudicante em qualidade e preço, por outro lado, os cadernos e as cláusulas dos cadernos de encargos devem ser claras e objetivas.

Relativamente ao critério de adjudicação, nomeadamente os fatores e subfactores, deve fomentar o jogo da concorrência entre os concorrentes e maximizar os interesses da entidade adjudicante, em termos de economia, eficiência e eficácia. Além disso, deve inviabilizar armadilhas dos fornecedores, com a criação de empresas com número de identificação fiscal diferente para poderem continuar a concorrer. No entanto a “deteção de acordos colusivos é, no entanto, uma tarefa extremamente difícil”¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. n.º 2, do artigo 113.º, do código dos contratos públicos.

¹¹⁷ RODRIGUES, Vasco. (2016). *Análise Económica do Direito. Op. Cit.*, p. 172.

Nesse sentido, deve evitar-se a consolidação de relações contratuais entre agentes económicos e entidades adjudicantes, que aumentem o risco de conluios. Sem prejuízo de haver agentes económicos que apresentam os melhores preços e a melhor qualidade do mercado, e que não possam concorrer por já terem esgotado o valor máximo que podiam contratar em razão do valor. Nesta situação, a entidade adjudicante deve promover a abertura de um procedimento concorrencial, e não cair na tentação de abrir um procedimento de consulta prévia por critérios materiais.

3.3.2 Adoção da consulta prévia com base em critérios materiais

A adoção da consulta prévia em função de critérios materiais, conforme previsto nos artigos 24.º e ss. do código dos contratos públicos, nomeadamente, para os casos em que seja possível a adoção do ajuste direto com base em critérios materiais, deverá ser preferencial, sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com este tipo de procedimento¹¹⁸.

Quando está em causa uma adjudicação por critérios materiais o fundamento material invocado irá direcionar a preferência da consulta prévia sobre o ajuste direto. O órgão competente para a decisão de contratar está obrigado a evidenciar esses pressupostos, sendo que apenas deste modo se anula a preferência legal pela consulta prévia em relação ao ajuste direto¹¹⁹.

O recurso à consulta prévia por critérios materiais que não se verificam gera nulidade dos contratos e, está quase sempre relacionada com a tentativa de contornar a observância do princípio da concorrência¹²⁰.

¹¹⁸ Cfr. artigo 27.º-A, do código dos contratos públicos.

¹¹⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos. Op. Cit.*, p. 531.

¹²⁰ V., Acórdão n.º 8/2019 - 1.ª S/SS, de 25 de março, do Tribunal de Contas. O Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E. (CHS), submeteu a fiscalização prévia um contrato de empreitada para a “*criação da unidade de internamento de curta duração*”, pelo preço contratual de 994.956,88 €. Duas das ilegalidades verificadas pelo Tribunal foram, a inadequação do modelo de avaliação do fator preço. Por um lado, a fórmula matemática induzia à obtenção de maior pontuação para propostas de preço mais elevado. Por outro lado, foi utilizado indevidamente o procedimento de consulta prévia por critérios materiais. O contrato em apreço foi precedido da realização de dois concursos públicos, com preço base não exatamente iguais, “*mas por pequena margem*” e que ficaram desertos, “*por os mesmos não se terem apresentado quaisquer concorrentes*”. Neste pressuposto, o CHS entendeu que estavam verificados os critérios materiais para o recurso à consulta prévia, porém, aumentou o preço base do procedimento em quase 100 mil euros. O Tribunal considerou que se verificou na prática “*uma alteração substancial, na medida em que se atinge*

3.4 Procedimento de ajuste direto

“O ajuste direto é o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta”¹²¹, não equivale a dizer, que é uma aquisição direta, sem a submissão a qualquer tipo de procedimento de contratação pública¹²². Para PEDRO COSTA GONÇALVES o ajuste direto é de todos os vários tipos de procedimentos aquele que apresenta, à partida, uma tramitação mais simples e célere¹²³.

No que respeita à tramitação pré-contratual, o ajuste direto caracteriza-se por ser um procedimento mais rápido, célere e simples, mas que carece da observância de regras procedimentais, não sendo uma mera aquisição direta. De acordo com o artigo 114.º e ss. do código dos contratos públicos, os momentos mais relevantes são, o envio do convite¹²⁴, os esclarecimentos e retificação das peças do procedimento¹²⁵, apresentação de proposta, esclarecimentos sobre a proposta e eventual convite a melhorar a sua proposta e projeto de decisão de adjudicação ao órgão competente para a decisão de contratar¹²⁶, adjudicação, celebração do contrato e publicitação no portal dos contratos públicos^{127 128}.

esse elemento essencial que é o preço base indicado nas peças procedimentais”. O CHS reconheceu essa alteração, todavia, “*não se questiona que as vicissitudes negativas dos procedimentos anteriormente empreendidos poderão encontrar fundamento na circunstância de o preço base indicado nos respetivos cadernos de encargos ser entendido como baixo pelo mercado*”. O Tribunal conclui que com “*um novo preço base, impunha-se, antes, o recurso a um novo procedimento aberto, com pleno respeito pelo princípio da concorrência (...) é que o princípio da concorrência não se cumpre só pela consulta prévia de cinco entidades que a entidade fiscalizada entendeu convidar (...), nada permite concluir que, perante o novo preço base de 998.000,00 €, e num contexto de procedimento concursal amplo, não surgissem outros interessados, não consultados, dispostos a apresentar propostas que levassem em linha de conta esse novo valor*”.

¹²¹ Cfr. n.º 2, do artigo 112.º, do código dos contratos públicos.

¹²² Mesmo no ajuste direto simplificado, que é o tipo procedimento que tem a tramitação menos solene de todos, a adjudicação deve ser feita “*diretamente, sobre uma fatura ou um documento equivalente apresentado pela entidade convidada*” (Cfr. n.º 1, do artigo 128.º do código dos contratos públicos). Sem prejuízo da observância das normas aplicáveis, nomeadamente, a regularidade financeira da despesa.

¹²³ GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos. Op. Cit.*, p. 545.

¹²⁴ Cfr. artigo 115.º, do código dos contratos públicos.

¹²⁵ Cfr. artigo 116.º, do código dos contratos públicos.

¹²⁶ Cfr. artigo 125.º, do código dos contratos públicos.

¹²⁷ Cfr. artigo 127.º, do código dos contratos públicos.

¹²⁸ De acordo com o preâmbulo da Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho, que regula a constituição, funcionamento e gestão do portal único da Internet dedicado aos contratos públicos, “*O Portal dos Contratos Públicos constitui uma peça essencial na estratégia delineada no Código dos Contratos Públicos (CCP), (...) no sentido da transparência num sector onde a mesma constitui um valor da maior importância. A iniciativa de criação do portal assenta na ideia de divulgação de informação alargada relativa à contratação pública*”.

A adoção do ajuste direto poderá radicar em função do valor¹²⁹ ou de critérios materiais. A adoção do ajuste direto em função do valor do contrato a celebrar, conforme previsto no artigo 19.º e ss do código dos contratos públicos, poderá ser utilizado para contratos de empreitada de obras públicas de valor inferior a 30.000 €¹³⁰; contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de valor inferior a 20.000 €¹³¹; e quaisquer outros contratos¹³² de valor inferior a 50.000 €¹³³ ou ainda contratos sem valor¹³⁴.

A adoção do ajuste direto em função de critérios materiais¹³⁵, conforme previsto nos artigos 23.º e ss. do código dos contratos públicos, pode ser adotado, na sequência de concursos públicos, limitados por prévia qualificação ou diálogo concorrencial que tenham ficado desertos¹³⁶, na sequência de procedimentos em que as propostas tenham sido excluídas¹³⁷, por motivos de urgência imperiosa resultantes de acontecimentos imprevisíveis¹³⁸, aquisições para prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações¹³⁹ e que as prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade mediante determinadas razões¹⁴⁰.

As razões materiais são o elemento vinculativo essencial que legitima a dispensa de um particular apelo à concorrência¹⁴¹ para a adoção do ajuste direto por critérios

¹²⁹ Os ns.ºs 1 e 2, do artigo 17.º, do código dos contratos públicos estabelecem que, o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto. Ou seja, é o preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros, mais o valor de quaisquer contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário e ainda o valor das vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.

¹³⁰ Cfr. alínea d), do artigo 19.º, do código dos contratos públicos.

¹³¹ Cfr. alínea d), do artigo 20.º, do código dos contratos públicos.

¹³² Exceto as concessões de obras públicas e de serviços públicos e contratos de sociedade (n.º 1, do artigo 21.º, do código dos contratos públicos).

¹³³ Cfr. alínea c), do artigo 21.º, do código dos contratos públicos.

¹³⁴ De acordo com o n.º 2, do artigo 21.º, do código dos contratos públicos é permitida a formação de contratos por ajuste direto sem valor, exceto se se tratar de um dos contratos previstos no n.º 1, do artigo 21.º, do código dos contratos públicos.

¹³⁵ Independente do valor do contrato a celebrar.

¹³⁶ Cfr. alínea a), do artigo 24.º, do código dos contratos públicos.

¹³⁷ Cfr. alínea b), do artigo 24.º, do código dos contratos públicos.

¹³⁸ Cfr. alínea c), do artigo 24.º, do código dos contratos públicos.

¹³⁹ Cfr. alínea d), do artigo 24.º, do código dos contratos públicos.

¹⁴⁰ Cfr. alínea e), do artigo 24.º, do código dos contratos públicos.

¹⁴¹ SOUSA, Luís Verde. (2016). Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos - Alterações ao ajuste direto e o (re)surgimento da consulta prévia. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 20.

materiais. Dito de outra forma, a adoção de medidas que, injustificadamente, limitem a concorrência, especificamente, cercear de forma artificial o universo concorrencial, leva à preterição de um elemento essencial e, inerentemente, à nulidade da adjudicação e do correspondente contrato¹⁴².

Antes da revisão do código dos contratos públicos de 2017, o ajuste direto era o tipo de procedimento pré-contratual no qual se podia convidar a apresentar proposta mais de uma entidade¹⁴³. Nestes termos, o universo concorrencial do ajuste direto ficou delimitado ao convite a uma única entidade a apresentar proposta.

Este procedimento foi liberalizado ao extremo de permitir só o convite a uma única entidade, fechando ainda mais este tipo de procedimento. Porém, não sabemos se vem afrontar diretamente a concorrência, não permitindo que o mercado atue de uma forma livre, aberta e concorrencial.

Em alguns casos excepcionais por razões de persecução do interesse público é compreensível que seja somente convidada uma entidade a apresentar proposta. Contudo, a maioria dos ajustes diretos não tem essa legitimidade e pode inviabilizar soluções inovadoras, nos casos em que os agentes económicos empreendedores possam não ser convidados.

Do ponto de vista da salvaguarda do princípio da concorrência, o ajuste direto pode ter ficado um procedimento ainda mais suscetível de criar constrangimentos à liberdade de escolha, mas nada podemos concluir a este propósito. Para LUÍS VERDE de SOUSA o ajuste direto passou a ser o único procedimento previsto no código dos contratos públicos que não é concorrencial¹⁴⁴.

¹⁴² Recorde-se aqui o Acórdão n.º 24/2010 – 1.ª S/PL, de 14 de setembro, do Tribunal de Contas. O Tribunal considerou que, no caso concreto, impunha-se a abertura de concurso (público ou limitado por prévia qualificação) para a aquisição do projeto em causa e não um ajuste direto.

¹⁴³ Cfr. n.º 1, do artigo 114.º, do código dos contratos públicos (versão desatualizada).

¹⁴⁴ Cfr. SOUSA, Luís Verde. (2016). *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos - Alterações ao ajuste direto e o (re)surgimento da consulta prévia*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 19.

No entanto, a delimitação do universo concorrencial está mais dependente do órgão competente para a decisão de contratar e menos na escolha do procedimento a adotar. Ou seja, não é por se convidar uma única entidade a apresentar proposta num ajuste direto (com base no critério do valor) que o princípio da concorrência é dirimido.

3.4.1 Adoção do ajuste direto com base no critério do valor

Atendendo que os limiares para adoção do ajuste direto com base no valor foram reduzidos substancialmente com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, a escolha do ajuste direto, com convite a uma única entidade, pressupõe claramente que este procedimento ficou reservado para situações muito excecionais, nomeadamente, de eficiência e celeridade administrativa.

Porém, a problemática da concorrência com a nova definição do ajuste direto poderá não estar nos limiares dos valores máximos para o ajuste direto, mas sim na escolha do universo concorrencial (uma única entidade a convidar) que está intrinsecamente delimitado pelo órgão competente para a decisão de contratar.

Poderemos pensar que o órgão competente, para a decisão de contratar, escolhe uma entidade a apresentar proposta que melhor garanta os interesses do Estado ou, em alternativa, escolhe uma entidade que prejudica os interesses do Estado. A falta de obtenção ou da procura de outras propostas pode conduzir à aceitação simples do que foi proposto pela única sociedade convidada, sem que tenha ocorrido qualquer negociação para obtenção de melhores condições, nomeadamente financeiras¹⁴⁵.

Este poder discricionário que a lei confere ao órgão competente para a decisão de contratar pode derivar na obtenção, ou não, da melhor proposta, quer do ponto de vista financeiro, quer do ponto de vista técnico, mesmo sendo única. Assim, não temos garantias que seja efetivamente escolhido o melhor fornecedor, de forma célere e rápida, justificando os fins, sem a interferência de quaisquer fatores alheios.

¹⁴⁵ V., Acórdão n.º 39/2010 - 1.ª S/SS, de 3 de novembro, do Tribunal de Contas. Considerando n.º 11. *Op. Cit.*

O ajuste direto tornou-se, num procedimento onde não existe um claro apelo à concorrência, na medida em que a entidade adjudicante só pode convidar um agente económico a apresentar proposta. No entanto, apesar de não ser precedido de um fomento à concorrência, o ajuste direto não deixa de ser um procedimento tendencialmente concorrencial¹⁴⁶.

Considerando que a concorrência é um princípio estruturante de qualquer tipo de procedimento, a entidade adjudicante quando adota o procedimento de ajuste direto com fundamento no valor do contrato a celebrar, pode tomar a iniciativa de fazer previamente uma consulta informal ao mercado¹⁴⁷, convidando o agente económico que dê melhores garantias de apresentar uma boa proposta, senão a melhor proposta, em prol do objeto do contrato a celebrar.

No ajuste direto em função do critério do valor, é possível, mesmo só sendo convidada uma entidade a apresentar proposta, que o procedimento seja desenvolvido em ambiência concorrencial. Porém, a observância do princípio da concorrência neste tipo de procedimento, estará subordinada à afirmação do princípio da boa administração nas consultas informais ao mercado.

3.4.2 Adoção do ajuste direto com base em critérios materiais

A entidade adjudicante pode adotar o ajuste direto por critérios materiais, após verificar que, no caso particular, se encontram reunidos todos os pressupostos materiais de que a lei faz depender essa escolha¹⁴⁸. Este tipo de procedimento assenta claramente em pressupostos taxativos que muralham a escolha deste procedimento aos fundamentos estabelecidos no código. A adoção do ajuste direto por critérios materiais, com base em

¹⁴⁶ SOUSA, Luís Verde. (2016). *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos - Alterações ao ajuste direto e o (re)surgimento da consulta prévia*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 19.

¹⁴⁷ Cfr. artigo 35.º-A, do código dos contratos públicos.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos*. *Op. Cit.*, p. 492.

pressupostos que não se verificam¹⁴⁹, determina a nulidade do procedimento¹⁵⁰, independentemente das razões que possam ter justificado essa decisão¹⁵¹. São os pressupostos legais que legitimam a adoção do ajuste direto por critérios materiais. Razões de ordem financeira não constituem um motivo técnico que justifique a adoção do ajuste direto por critérios materiais¹⁵².

Ou, quando era invocado em alguns ajustes diretos por critérios materiais o pressuposto do não cumprimento dos prazos inerentes aos demais procedimentos, ainda para mais quando sabemos que existem outras entidades disponíveis para apresentarem propostas, o interesse público impõe um mínimo de concorrência¹⁵³. Esta situação praticamente ficou sanada na última revisão do código dos contratos públicos de 2017,

¹⁴⁹ Recorde-se, a este propósito o Acórdão n.º 10/2018 - 1.ª S/SS, de 9 de fevereiro, do Tribunal de Contas. O Município de Santo Tirso submeteu a fiscalização prévia um contrato de prestação de serviços para “*Elaboração dos Projetos de Arquitetura e Especialidades de Reabilitação do Mercado Municipal e Recinto da Feira*”. A recusa de visto teve por base analisar a questão da escolha do tipo de procedimento. O Município de Santo Tirso alegou, para justificar a opção do ajuste direto segundo critérios materiais com convite a uma só entidade, que a adjudicatária tinha sido vencedora do concurso de ideias “*Europas 13*”. O Tribunal considerou que a escolha do procedimento foi adquirida na sequência de diligências efetuadas pelo próprio MST que promoveu o “*concurso de ideias*”, não apresentando na realidade “*qualquer facto que permita considerar que por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos*” essa prestação de serviços só podia ser confiada àquela adjudicatária em concreto.

¹⁵⁰ Nem sempre é determinada a nulidade do procedimento. Devemos analisar o contexto em que a aquisição se insere. Imaginamos uma situação de conflito de deveres jurídicos, entre a observância das normas da contratação pública e a garantia do interesse público prevalecente da saúde e vida dos doentes. O princípio da continuidade do serviço público pode ser mais relevante que algumas regras da contratação pública. Assim, nos casos da existência de um conflito no cumprimento de deveres jurídicos deve satisfazer-se o dever de valor igual ou superior ao que se sacrificou. Claro, não existindo factos que demonstrem a existência de uma intenção fraudulenta, caso contrário não é excluída a eventual ilicitude.

¹⁵¹ Recorde-se aqui o Acórdão n.º 13/2016 - 1.ª S/PL, de 14 de julho, do Tribunal de Contas. (Recurso ordinário n.º 07/2016-R). O Tribunal recusou o visto a um contrato de prestação de serviços de seguros para o ano de 2015. Uma das ilegalidades verificadas pelo Tribunal foi a alteração do preço base. Após a realização de um concurso público internacional onde foi apresentada uma única proposta, a qual veio a ser excluída, a entidade decidiu adotar o ajuste direto com base em critérios materiais, aumentando o preço base do procedimento. Ora, esta alteração constitui uma “*modificação de um parâmetro base, e consequentemente, uma alteração substancial do caderno de encargos*”, não se verificando assim os pressupostos legais fixados no artigo 24.º para a adoção do procedimento de ajuste direto.

¹⁵² V., Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de junho de 2011, da 2.ª S (proc. n.º 011/11). O Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E. adjudicou por ajuste direto o fornecimento de um sistema de informação hospitalar, sem que estivessem reunidos os pressupostos materiais. Quando antes da adoção do ajuste direto tinha efetuado um concurso público, onde tinham sido admitidas oito empresas para o fornecimento do sistema de informação hospitalar, “*sem que nenhuma haja sido excluída ou posta em causa a valia e capacidade técnica para o fornecimento e implementação do sistema objeto daquele procedimento, não pode vir invocar mais tarde que só uma delas tem condições técnicas para executar tal contrato para justificar o ajuste direto*”.

¹⁵³ V., Acórdão n.º 40/2014 - 1.ª S/SS, de 10 de novembro, do Tribunal de Contas - A Autoridade Nacional de Proteção Civil (ANCP) submeteu para fiscalização prévia um “contrato de prestação de serviços de manutenção, operação e locação de aviões anfíbios pesados complementares”.

com o dever de “adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento”¹⁵⁴, sem prejuízo, no caso concreto, se impor a realização de um procedimento mais concorrencial.

A revisão do código dos contratos públicos de 2017 revogou¹⁵⁵, e bem, a alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do código dos contratos públicos. Esta norma gerava alguma subjetividade nas razões relacionadas com o objeto do contrato ou o interesse público, pois era preciso saber no caso concreto, se eram verificados alguns desses pressupostos. As entidades adjudicantes tentavam aproveitar-se desta norma de escape para acelerarem os procedimentos atrasados, algumas vezes relacionados com serviços já prestados¹⁵⁶, ou para se esquivarem ao princípio da concorrência e outros princípios, nomeadamente, os princípios da igualdade e da imparcialidade.

3.5 A concorrência entre procedimentos abertos e fechados

Para PEDRO COSTA GONÇALVES a adoção da consulta prévia em razão do valor pode sempre ter lugar quando se adota o ajuste direto em razão do valor. Além disso, o concurso público é sempre aplicável quando se adota a consulta prévia ou o ajuste direto em razão do valor¹⁵⁷.

Imaginemos três entidades adjudicantes no setor da saúde. A entidade adjudicante A abre um procedimento por ajuste direto com um preço base de 20.000 € para aquisição de 15 mil litros de gasóleo simples, faz o seu estudo prévio de mercado e convida uma

¹⁵⁴ Cfr. artigo 27.º-A, do código dos contratos públicos.

¹⁵⁵ O regime existia do seguinte critério material: “*Nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respetiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir*”.

¹⁵⁶ Recorde-se aqui o Acórdão n.º 4/2015 - 1.ª S/SS, de 3 de fevereiro, do Tribunal de Contas (Revogado pelo Acórdão n.º 15/2015-PL, de 28.05.2015). A Secretaria-Geral do Ministério da Defesa Nacional (SGMDN), em 2014, submeteu a fiscalização prévia um contrato de “*aquisição de serviços de manutenção para licenças de software SAP para o Sistema Integrado de Gestão da Defesa Nacional*”. Este acórdão leva-nos à criatividade das entidades adjudicantes na escolha da alínea do artigo 24.º do Código que permita viabilizar a adoção do ajuste direto por critérios materiais. A SGMDN abriu um procedimento de concurso público com publicidade internacional (que ficou deserto), e num curtíssimo espaço de tempo abriu um procedimento por ajuste direto, para o mesmo objeto de contrato, com fundamento sustentado na alínea f) do artigo 24.º do CCP porque a aliena a) desse mesmo artigo não servia, em virtude de ter aumentado o preço base em 12%.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos. Op. Cit.*, p. 491.

das petrolíferas a apresentar proposta. A entidade adjudicante B abre um concurso igual para aquisição de gasóleo simples, mas escolhe o procedimento de consulta prévia para condução do processo pré-contratual e convida quatro petrolíferas de referência. E a entidade adjudicante C, abre também um concurso igual para aquisição de gasóleo simples, mas optou por conduzir o procedimento pré-contratual através de um concurso público, por ser um procedimento aberto à concorrência em resultado de uma auditoria externa que concluiu na altura que esta entidade tinha, em valor, em ajustes diretos, 80% das despesas com bens, serviços e empreitadas, e que o princípio da concorrência podia não estar salvaguardado com estas práticas.

Os depósitos de combustíveis das três entidades adjudicantes são em Lisboa. O último dia e hora para apresentar propostas por coincidência é a mesma e o critério de adjudicação é o preço mais baixo pelos 15 mil litros de gasóleo simples. Admitimos que é tudo idêntico nos procedimentos pré-contratuais, só não são os tipos de procedimentos escolhidos por cada entidade.

A entidade adjudicante A recebe uma proposta de fornecimento de gasóleo simples por 18.000 €. A entidade adjudicante B recebeu duas propostas válidas, a melhor proposta de 18.000 €. E a entidade adjudicante C recebeu três propostas válidas, a melhor proposta também de 18.000 €.

Independente de sabermos a que petrolífera(s) foi/foram adjudicatária(s) em cada um dos concursos em apreço verificamos que todos os tipos de procedimentos do regime legal da contratação pública, podem ser concorrenciais.

Este exemplo permite perceber que quando o princípio da concorrência está salvaguardado, podemos escolher um procedimento pré-contratual com base no princípio da boa administração. Ou seja, na escolha do procedimento, em razão do valor¹⁵⁸, devemos fazer uma avaliação que permita otimizar o princípio da concorrência e o princípio da eficiência.

¹⁵⁸ Ou, em alguns casos excepcionais, o critério material.

PEDRO INÊS refere que a existência de concorrência dentro de um procedimento de contratação pública, não significa, necessariamente, ausência de limites no modo como o princípio da concorrência se movimenta para um caso concreto. Existe um equilíbrio com outros princípios, com vista a satisfazer uma necessidade que a entidade adjudicante identificou previamente. Assim, não raras vezes, o interesse em se garantir uma plena concorrência poderá criar um conflito com a celeridade procedimental ou com a capacidade técnica e financeira de execução contratual, recorrendo, designadamente, ao ajuste direto¹⁵⁹.

Quando o órgão competente para a decisão de contratar, antes da abertura de um procedimento, já tem a intenção de obter uma proposta que melhor salvguarde os interesses do Estado, na fundamentação da escolha do procedimento, está a “adotar os comportamentos adequados aos fins prosseguidos”¹⁶⁰. Ou seja, a maximização dos interesses do Estado é a obtenção da melhor proposta, despendendo o mínimo de recursos administrativos e financeiros em todo o procedimento de contratação pública.

3.6 A concorrência no novo ajuste direto e na consulta prévia

Na “formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar um dos seguintes tipos de procedimentos: a) Ajuste direto; b) Consulta prévia; c) Concurso público; d) Concurso limitado por prévia qualificação; e) Procedimento de negociação; f) Diálogo concorrencial; g) Parceria para a inovação.”¹⁶¹.

As entidades adjudicantes devem optar pelo procedimento mais adequado ao caso concreto. Se todos os tipos de procedimentos previstos no código dos contratos públicos podem ser concorrenciais, a escolha de uns em detrimento de outros devia resultar por questões de eficiência administrativa em função do valor e do tipo de contrato, “designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza: a) Empreitada de obras públicas; b)

¹⁵⁹ INÊS, Pedro Daniel S. N. (2018). *Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência*. Dissertação de Mestrado. *Op. Cit.*, p. 95-96.

¹⁶⁰ Cfr. n.º 1, do artigo 7.º do código do procedimento administrativo.

¹⁶¹ Cfr. n.º 1, do artigo 16.º, do código dos contratos públicos.

Concessão de obras públicas; c) Concessão de serviços públicos; d) Locação ou aquisição de bens móveis; e) Aquisição de serviços; f) Sociedade”¹⁶² e não com intuito de preterir a concorrência, para não dar acesso a alguns agentes económicos ao procedimento.

A problemática da concorrência neste tipo de procedimentos tendencialmente mais fechados à concorrência é que o número de convites à apresentação de propostas é pouco relevante quanto a uma maior ou menor importância da lógica da concorrência. Ou seja, a ideia de que a promoção da concorrência está diretamente correlacionada com o convite a mais do que uma entidade é utópico¹⁶³.

Não é por adoção do ajuste direto com convite a uma só entidade que é *per se* menos concorrencial que uma consulta prévia com convite a três ou mais entidades. Num procedimento de consulta prévia, em que as entidades adjudicantes são obrigadas a convidar pelo menos três agentes económicos, em comparação com o procedimento de ajuste direto, em que só é convidado um, não parece visar realmente ampliar a concorrência, mas sim aumentar o limite de valor até ao qual é possível celebrar o contrato¹⁶⁴. E por outro lado, existe sempre o risco de as entidades adjudicantes tentarem contornar a legislação de forma a que, não cometendo ilegalidades com número mínimo de convidados, consigam ultrapassar facilmente essas burocracias¹⁶⁵. Contudo, para MIGUEL ASSIS RAIMUNDO a consulta prévia a três entidades é um estímulo relevante de esperança para a concorrência, mais do que o ajuste direto com convite a apenas uma entidade¹⁶⁶.

No caso dos acordos-quadro, quando neles estejam suficientemente especificados todos os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo¹⁶⁷, ou seja, todos os aspetos submetidos à concorrência, deve adotar-se o procedimento de ajuste direto para

¹⁶² Cfr. n.º 2, do artigo 16.º, do código dos contratos públicos.

¹⁶³ FERNANDES, Paula Baptista. (2012). *O Ajuste Direto*. Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo vertente Contratação Pública. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹⁶⁴ ALMEIDA, João Amaral e, SÁNCHEZ, Pedro Fernández. (2016). *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*. *Op. Cit.*, p. 39.

¹⁶⁵ MACHADO, Bruno Miguel de Jesus. (2014). *Contratação Pública e Concorrência nos Procedimentos por Ajuste Direto*. *Op. Cit.*, p. 36

¹⁶⁶ RAIMUNDO, Miguel Assis. (2016). *Ajustes diretos e consulta prévia*. Grupo de Contratos Públicos do Centro de Investigação de Direito Público. *Op. Cit.*

¹⁶⁷ Cfr. alínea a), do n.º 1, do artigo 252.º, do código dos contratos públicos.

a formação desses contratos¹⁶⁸. Na situação de existir mais do que um cocontratante no acordo-quadro, a seleção do adjudicatário é efetuada com base em critérios objetivos, que estão previstos no caderno de encargos do acordo-quadro, não havendo lugar à criação de cláusulas nos cadernos de encargos que criem subjetividade. A entidade adjudicante pode também solicitar ao cocontratante que particularize aspetos constantes da proposta, pois não há reabertura à concorrência¹⁶⁹.

Quando nos acordo-quadro não estejam totalmente especificados os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo, ou seja, não estejam abrangidos todos os aspetos submetidos à concorrência, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia para a formação desses contratos¹⁷⁰. A entidade adjudicante está vinculada a convidar todos os cocontratantes do acordo-quadro a apresentar propostas¹⁷¹.

O objetivo da consulta a todos os cocontratantes do acordo-quadro destina-se a permitir a realização do jogo da concorrência, para a entidade adjudicante obter a melhor proposta. As entidades adjudicantes não podem criar artefactos, na medida que só alguns cocontratantes cumpram determinados requisitos, ou alguns cocontratantes nem cheguem a ser consultados.

Assim, se verifica que as entidades adjudicantes podem induzir a um desrespeito pelo princípio da concorrência, pois, deixa de se saber se cocontratantes excluídos ou não convidados, poderiam melhorar as suas propostas. As condições mais vantajosas para a entidade adjudicante obtêm-se em ambiente concorrencial. Dessa forma, se não forem convidados todos os cocontratantes, a probabilidade de obtenção da melhor proposta para a entidade adjudicante acaba por ser aleatória.

A revisão do código dos contratos públicos de 2017 incrementou um aspeto interessante para salvaguardar o princípio da concorrência, passando a ser legal as entidades adjudicantes comprarem fora¹⁷² do acordo-quadro, se ficar demonstrado que o fornecedor fora do acordo-quadro apresenta um preço 10% inferior ao que levaria ao

¹⁶⁸ Cfr. n.º 1, do artigo 258.º, do código dos contratos públicos.

¹⁶⁹ Cfr. artigo 258.º, do código dos contratos públicos.

¹⁷⁰ Cfr. n.º 1, do artigo 259.º, do código dos contratos públicos.

¹⁷¹ Cfr. n.º 4, do artigo 259.º, do código dos contratos públicos.

¹⁷² Cfr. artigo 256.º- A, do código dos contratos públicos.

pagamento no acordo-quadro, para um objeto de contrato com as mesmas características e qualidade.

Esta medida mitiga os riscos de colusão e perpetuidade dos cocontratantes dos acordos-quadro, bem como incentiva as entidades adjudicantes a irem à busca de melhores propostas. Esta regra pode permitir criar uma dinâmica mais concorrencial, dentro e fora do acordo-quadro.

Porém, pode ser discutível, para a afirmação do princípio da concorrência, se o preço fora do acordo-quadro for, por exemplo, inferior em 9%, se continua ou não a haver legitimidade para comprar fora do acordo-quadro. Por um lado, uma aquisição nestas condições viola normas do código dos contratos públicos, por outro lado, é maximizado o critério de eficiência da despesa pública, na medida em que se obtém os mesmos resultados, despendendo menos recursos financeiros. Esta é uma questão pertinente para a qual não parece ainda haver uma resposta clara.

A revisão do código dos contratos públicos de 2017 também passou a contemplar uma regra de preferência da consulta prévia sobre o ajuste direto¹⁷³. Quando estamos na presença de pressupostos materiais a entidade adjudicante deve explicar por que razão adota o ajuste direto em vez da consulta prévia.

Assim, a adoção do ajuste direto por critérios materiais acaba por ser um procedimento de exceção, não só face a outros procedimentos abertos à concorrência, mas também em relação à consulta prévia¹⁷⁴.

4 Da possibilidade de falsear a concorrência na consulta prévia e no ajuste direto

Os procedimentos de contratação pública visam salvaguardar a legalidade dos atos e os princípios gerais da atividade administrativa. A violação do princípio da concorrência tanto pode acontecer em procedimentos fechados como em procedimentos abertos à

¹⁷³ V., a este propósito, artigo 27.º-A, do código dos contratos públicos.

¹⁷⁴ Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos. Op. Cit.*, pp. 529-530.

concorrência. A contratação pública não deve servir para as entidades adjudicantes distorcerem ou repartir o mercado, devendo haver neutralidade concorrencial.

Na maioria das vezes tendemos a pensar que procedimentos abertos à concorrência são mais concorrenciais que procedimentos tendencialmente fechados à concorrência. Contudo, a concorrência pode nem sempre estar dependente da escolha do tipo procedimento, pois todos os tipos de procedimentos podem ser concorrenciais.

Se admitirmos que todos os procedimentos são concorrenciais, a delimitação da concorrência no ajuste direto e na consulta prévia passa a depender diretamente do poder discricionário de fundamentação, concedido ao órgão competente para a decisão de contratar.

Todavia, considerando que o setor público é propenso a práticas anticoncorrenciais, “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”¹⁷⁵.

O funcionamento eficiente dos mercados está diretamente dependente da boa vontade de contratar. A distorção da concorrência pode ser fabricada indiretamente, intencional ou não, dentro do clausurado das peças de um procedimento. Quando existem fatores ou subfactores no modelo de avaliação das propostas, de aspetos submetidos à concorrência, que têm por objetivo densificar a valorização das propostas numa lógica de avaliação discreta de tudo ou nada, está potenciado o risco de subjetividade e aleatoriedade avaliativa das propostas¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Cfr. n.º 3, do artigo 1.º-A, do código dos contratos públicos.

¹⁷⁶ V., Acórdão n.º 1/2019 - 1.ª S/SS, de 16 de janeiro, do Tribunal de Contas. O Município de Lisboa submeteu a fiscalização prévia um “*Contrato de Concessão relativa ao financiamento, conceção, projeto, construção/reabilitação, conservação e exploração de bens imóveis do Município de Lisboa*”, precedido da realização de concurso público, com publicidade internacional. Porém, um dos fundamentos para a recusa de visto foi que o modelo de avaliação de propostas adotado tinha determinados subfactores, para efeitos de pontuação parcelar, a níveis de desempenho de referência, em relação aos quais apenas se definiram dois níveis, com pontuações de “100” e “0”, numa lógica discreta de “*tudo ou nada*”, sem que fossem previstos critérios de atribuição de pontuações intermédias. Ou seja, não era possível fazer uma adequada densificação do critério de atribuição dessas pontuações intermédias, o que tornava impossível uma maior objetividade em tal atribuição. O Tribunal concluiu que essa omissão potenciou o risco de

Dessa forma, é permitido à entidade adjudicante ir ao encontro da proposta a adjudicar e não o jogo da concorrência a garantir a escolha da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante. Ou seja, a escala de ponderação entre o limite mínimo e máximo dos atributos submetidos à concorrência, carece de densificação, não é função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência¹⁷⁷.

Se a atribuição de pontuação deixa de ter uma lógica de objetividade, igualdade e proporcionalidade, leva a desmotivar os agentes económicos de concorrer a esses procedimentos ou de apresentar melhores propostas. Os critérios de avaliação das propostas relacionados com atributos qualitativos, são sempre um fator crítico. As escalas de pontuação devem ser coerentes, devem ter um desenvolvimento proporcional e permitir a valoração em condições de igualdade de todas as propostas, contribuindo para a sua diferenciação¹⁷⁸.

Os fatores, os subfatores que densificam e as escalas de pontuação não podem contrariar as opções feitas pela entidade adjudicante quando estabelece que o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa¹⁷⁹. A noção de motivos de aptidão técnica é um conceito jurídico indeterminado. Uma empreitada de obras públicas não pode ser adjudicada através de uma avaliação de motivos de aptidão técnica subjetivos, sem que se concretizem e especifiquem objetivamente esses motivos¹⁸⁰.

aleatoriedade e subjetividade avaliativa das propostas, distorcendo a lógica concorrencial a que deve obedecer um procedimento concursal aberto.

¹⁷⁷ Cfr. n.º 3, do artigo 132.º do Código dos Contratos Públicos.

¹⁷⁸ V., Acórdão N.º 38/2014 - 1.ª S/SS, de 4 de novembro, do Tribunal de contas. O Município de Montalegre remeteu para fiscalização prévia, um contrato destinado à “*aquisição de serviços relacionados com a recolha de resíduos sólidos urbanos, fornecimento, manutenção e lavagem de contentores*”. O tribunal concluiu que o fator preço não contribuiu para o incremento da concorrência, na medida em que os concorrentes não teriam qualquer incentivo para formularem propostas cujo preço se situasse abaixo do limiar de 1.250.000,00€, dado que assim obtinham o máximo de pontos. Este modelo de avaliação não permite ir ao encontro da proposta economicamente mais vantajosa para o adjudicante, obstando à observância do princípio da concorrência e ao princípio da economia eficiência e eficácia.

¹⁷⁹ V., Acórdão n.º 06/2016 - 1.ª S/PL, de 8 de março, do Tribunal de Contas (Recurso Ordinário n.º 30/2014-R). “*Contrato de aquisição de serviços de recolha de resíduos sólidos urbanos, fornecimento, manutenção e lavagem de contentores*”.

¹⁸⁰ RODRIGUES, Nuno Cunha. (2011). “*Ajuste direto por motivos de aptidão técnica*”. Comentário ao Acórdão n.º 40/2010 - 1.ª S/SS, de 3 de novembro, do Tribunal de Contas. “*Realização de obras de infraestruturas na ampliação da Ala Nascente (Serviços de Medicina Interna e Cirurgia Geral) do Hospital de São João, E.P.E.*”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano 3, n.º 4, p. 282.

O princípio da objetividade é um dos subprincípios do princípio da concorrência que deve ser salvaguardado. Os modelos de avaliação das propostas devem especificar de forma objetiva o que se pretende avaliar e a sua relevância devidamente ponderada numa escala não inquinada para um determinado comportamento dos concorrentes ¹⁸¹, para que se produza uma concorrência honesta.

O modelo de avaliação das propostas deve seguir a lógica, que são os concorrentes que têm de fazer o jogo da concorrência e não a entidade adjudicante a alterar essa lógica, ou os demais intervenientes¹⁸² no processo de avaliação de propostas. Imaginemos a valorização do atributo do fator preço, a única lógica avaliativa deste fator é de progressividade à medida que nos aproximamos do limite mínimo submetido à concorrência. Ou, dito de outra forma, a regressividade da valoração à medida que nos aproximamos do limite máximo submetido à concorrência.

Não é admissível que as entidades adjudicantes inventem outras lógicas para valorizar o fator preço, pois não irá permitir fazer uma avaliação correta das vantagens económicas que resultam da concorrência. Além disso, incentiva à criatividade dos concorrentes na apresentação de propostas, em prejuízo de se ir ao encontro da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante. “Na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, direta ou indiretamente, dos atributos das propostas a apresentar, com exceção dos da proposta a avaliar”¹⁸³.

¹⁸¹ Veja-se a este propósito o Acórdão n.º 1/2014 - 1.ª S/SS, de 14 de janeiro, do Tribunal de Contas. O Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho enviou para fiscalização prévia, um contrato de aquisição de serviços para a elaboração do projeto de execução para o novo edifício hospitalar a integrar no seu plano de reabilitação. O Tribunal decidiu “*que o critério de adjudicação, o da proposta economicamente mais vantajosa*”, foi tal critério efetivamente atraído “*na medida em que o fator “preço” deixou de ter qualquer relevância em termos de avaliação e de adjudicação*”. Ou seja, o jogo da concorrência foi distorcido pelo modelo de avaliação, pois indicava que os candidatos seriam excluídos se apresentassem um preço inferior a 712.500 €, por outro lado, teriam pontuação máxima se colocassem esse limite mínimo para a exclusão. O comportamento de quatro das cinco propostas admitidas, incluindo a adjudicatária, foi de apresentar um preço de 712.500,01 €. Ora, nestas circunstâncias, os concorrentes querem maximizar as suas propostas, não sendo esperado que se comportassem de outra forma.

¹⁸² O recurso à contratação de prestação de serviços de assessoria para avaliação das propostas, é sempre crítico. Deve-se ter em consideração que existe uma verdadeira “*inexistência de conflitos de interesses*”, para não seja uma terceira entidade a vir inquinar a concorrência do procedimento.

¹⁸³ Cfr. n.º 4, do artigo 139.º, do código dos contratos públicos.

Recorde-se aqui o Acórdão n.º 17/2015 - 1.ª S/PL, de 9 de junho, do Tribunal de Contas. Embora o Tribunal de Contas tenha concedido visto a um contrato de prestação de serviços de recolha, limpeza e transporte de resíduos sólidos urbanos, lavagem, manutenção, fornecimento e colocação de contentores no Município da Guarda, recomendou àquele Município para adotar modelos de avaliação que permitam efetuar sempre a diferenciação das propostas apresentadas, em virtude do critério adotado ser inadequado para encontrar a proposta economicamente mais vantajosa. Deste modo, incentiva a que os concorrentes apresentem um preço no limite máximo de determinado intervalo, dado que a valorização era a mesma dentro da cada bitola de intervalos de preços, ou seja, se entre determinado intervalo de preços obtém-se a mesma pontuação, um concorrente racional irá apresentar um preço no limite máximo desse intervalo de preços. Subsequentemente na avaliação de fatores ou subfatores ligados à qualidade, o concorrente é tentado e ter um comportamento de apresentar limite mínimo do intervalo. O que é lógico do ponto de vista de racionalidade económica para o potencial fornecedor, mas manifestamente prejudicial, tanto para o erário público, como para a concorrência entre agentes económicos.

Por exemplo, se o prazo de garantia for submetido à concorrência, em que garantias de 2 até 4 anos são valorizadas com 10 pontos e garantias entre 4 até 6 anos, são valorizadas em 20 pontos, é esperado que os concorrentes apresentem propostas nos limites mínimos dos intervalos, ou 2 anos, ou 4 anos de garantia. E entre apresentar 2 ou 4 anos de garantia fazem uma análise de sensibilidade em relação à valorização de 10 e 20 pontos para efeitos de ponderação para valorização final e os seus interesses económicos.

Desta forma, há uma maximização de racionalidade económica do lado do concorrente em resultado da maneira como é valorizado o fator garantia. É preocupante quando não é utilizado um modelo de avaliação das propostas justo¹⁸⁴. Naturalmente, o jogo da

¹⁸⁴ Refere a alínea b), do n.º 2, do artigo 115.º, do código dos contratos públicos, que não é obrigatório no procedimento de consulta prévia a existência de “*um modelo de avaliação das propostas*”, mas tem de existir critério de adjudicação e os eventuais fatores e subfatores que o densificam. Salvo melhor opinião, se existe a obrigatoriedade de convidar no mínimo três entidades a apresentar proposta, o critério de valorização dos fatores e subfatores deve estar suficientemente densificado, num modelo de avaliação das propostas, para não se distorcer o princípio da concorrência, transparência, imparcialidade e igualdade na fase de avaliação das propostas.

concorrência vai funcionar de forma ineficiente, pois o resultado esperado do comportamento dos concorrentes é praticamente certo¹⁸⁵.

É sempre uma problemática para o princípio da concorrência quando os concorrentes são tentados a ter comportamentos de apresentar propostas não em função de critérios de eficiência económica em contexto de mercado, mas em função da maximização de pontuação que a fórmula matemática de avaliação das propostas induz¹⁸⁶.

Todavia, é fácil concluir que estes modelos de avaliação das propostas são cerceadores do princípio da concorrência e são incompatíveis com o objetivo legal do critério de

¹⁸⁵ V., Acórdão N.º 29/2014 - 1.ª S/SS, de 23 de setembro, do Tribunal de Contas. A Câmara Municipal da Vidigueira remeteu, para fiscalização prévia, um contrato de empreitada de “Requalificação de Estradas Municipais”. O Tribunal verificou que na avaliação das propostas foram adotados dois modelos matemáticos distintos para a avaliação do fator preço. Um avaliava dos 85% a 100% do preço base e o outro ponderava abaixo dos 85%. Daí resultou que seis concorrentes apresentassem propostas com o mesmo valor ao cêntimo (1.695.481,23 €), ou seja, 85% do preço base, incluindo a adjudicatária. A racionalidade económica dos concorrentes foi basicamente “em função da obtenção da nota máxima a atribuir pelo modelo matemático de avaliação” e não em concorrência de mercado. Por outro lado, as regras do concurso não consagravam qualquer incentivo em apresentar propostas abaixo de 85% do preço base, “como ainda penalizava as propostas que o fizessem”. O Tribunal conclui por fim esse modelo de avaliação subverteu não só o princípio da concorrência como a “apreciação objetiva das propostas”, referindo que “a proposta com mais baixo preço obteve a mais elevada avaliação em termos de valia técnica. Tão elevada quanto a proposta adjudicatária. Repita-se: ambas as propostas têm a mesma avaliação em termos de valia técnica, sendo que esta se destinava a aquilatar a qualidade na execução da obra e o cumprimento do prazo contratual a avaliar pelo plano de trabalhos. E tendo ambas tal classificação neste fator – com ponderação de 70% - vem-se a atribuir a empreitada a concorrente cuja proposta tem um valor superior em 492.940,12 €”.

¹⁸⁶ V., Acórdão n.º 10/2016 - 1.ª S/SS, 14 de julho, do Tribunal de Contas. O Município de Sernancelhe submeteu a fiscalização prévia um “Contrato de empreitada”. Uma das ilegalidades verificadas pelo Tribunal foi a fórmula matemática para atribuição de pontuação ao fator preço. O concorrente que apresente uma proposta que correspondesse a 90% do preço base obtinha o máximo de pontos. A apresentação de outros preços, acima ou abaixo, “seriam progressivamente desvalorizados à medida que se afastavam desse valor”. Foi constatado “que 4 das empresas concorrentes, incluindo a adjudicatária, apresentaram um preço igual a 90% do preço base e que a maioria das restantes propôs um preço que era 1 cêntimo acima do limiar do preço definido anormalmente baixo”. Ou seja, alguns concorrentes não apresentaram preços em função de critérios de eficiência de mercado, mas em termos de eficiência de maximização da pontuação em resultado da fórmula matemática [função quadrática de concavidade voltada para baixo, com um máximo (vértice) em 90% do preço base]. O tribunal concluiu que “se o modelo de avaliação das propostas tivesse previsto a valorização de preços mais baixos, como deveria, é provável que tivessem surgido propostas mais competitivas em termos de preço e, desse modo, quer o universo das propostas quer a sua ordenação poderia ter sido outra completamente diferente, nomeadamente, em termos de maior vantagem económica para a entidade pública”.

adjudicação¹⁸⁷ da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante¹⁸⁸.

Um corolário destes métodos de avaliação das propostas é que alguns atributos podem deixar de ter relevância para a avaliação das propostas¹⁸⁹, porque é esperado que os concorrentes tenham o mesmo comportamento e acabam todos por ter classificação máxima nesse fator.

Isto desincentiva claramente o funcionamento da concorrência na apresentação das melhores propostas, porque os potenciais interessados podem aperceber-se que pode haver adjudicações preferenciais através de enviesamentos matemáticos, perdendo a confiança para concorrer a tais procedimentos ou, se concorrem, não apresentarem as melhores propostas.

É impreterível afirmar que o modelo de avaliação das propostas constitui uma fase essencial do procedimento pré-contratual à formação do contrato. O modelo de avaliação das propostas deverá proporcionar uma avaliação proporcional e adequada, seja do ponto de vista dos princípios jurídicos, seja em domínios onde a atividade administrativa é discricionária. Acresce que o modelo de avaliação das propostas, para além de dever assegurar a observância dos princípios da contratação pública e os princípios gerais da atividade administrativa, deve perfilar-se, obrigatoriamente, como intocável e ser

¹⁸⁷ V., Acórdão n.º 30/2013 - 1.ª S/SS, 26 de novembro, do Tribunal de Contas. O Município de Vila Nova de Famalicão remeteu para fiscalização prévia um contrato de empreitada relativo à ampliação de uma escola. Um dos motivos para a recusa de visto foi que a fórmula matemática (função polinomial de sétimo grau) de avaliação do fator preço, que levava à atribuição de pontuações máximas próximas de 89,96% do preço base, e quando mais baixo, ou mais alto, fosse o preço das propostas menor era a pontuação no fator “preço”. O modelo de avaliação era tão perverso que a apresentação de uma proposta abaixo de 74% do preço base, daria uma pontuação negativa no fator preço, que de acordo com as cláusulas do procedimento, seria atribuída uma pontuação de zero nesse parâmetro. Desta forma, tratava-se de um método de avaliação das propostas que inquinou completamente a lógica de concorrência, tanto foi, que 12 dos 16 concorrentes, incluindo a adjudicatária, obtiveram pontuação máxima no fator preço, 19,99 pontos, e duas empresas que apresentaram propostas na ordem de mais de 100.000 € abaixo daquelas, nem sequer 10 valores conseguiram obter. O método de avaliação do fator preço foi ao encontro da proposta economicamente menos vantajosa para os interesses do Estado.

¹⁸⁸ Cfr. n.º 1, do artigo 74.º, do código dos contratos públicos.

¹⁸⁹ Recorde-se aqui o Acórdão N.º 1/2014 - 1.ª S/SS, de 14 de janeiro, do Tribunal de Contas, *Op. cit.* Este acórdão foi objeto de recurso ordinário (06/2014.R). Veio o Acórdão n.º 22/2014-2-DEZ-1.ª S/SL confirmar a recusa de visto. O Tribunal considerou neste acórdão que “a utilização deste tipo de modelos propicia a existência de empates, pois cria uma tendência natural dos proponentes para apresentarem preços coincidentes com o limiar da melhor pontuação”.

conhecida a valorização dos aspetos submetidos à concorrência antes do conhecimento do teor das propostas.

Além disso, deverá ser integrado por uma rigorosa valoração dos coeficientes de ponderação dos fatores e subfactores, por escalas de pontuação dos fatores e/ou subfactores e que expressem um desenvolvimento natural e lógico de ambiência concorrencial. Isso obrigará a que os coeficientes de ponderação atribuídos a fatores e subfactores sejam progressivos ou regressivos, consoante o que se pretende densificar, de forma a não desvirtuar a racionalidade económica do critério de adjudicação eleito, que tem como objetivo a escolha do cocontratante que satisfaça as melhores condições de economia, eficiência e eficácia tidas por mais adequadas e mais vantajosas para o contraente público.

Quando assim não é, acaba por haver sempre um risco de perda de bem-estar geral para a sociedade, independente da intencionalidade na criação destes modelos de avaliação das propostas. As entidades adjudicantes devem, assim, criar modelos de avaliação das propostas que expressem aquilo que a entidade adjudicante valoriza e deixar o jogo da concorrência funcionar naturalmente, para ir ao encontro da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.

A concorrência também pode ser distorcida nas cláusulas das peças do procedimento, quando induzem a um modelo de contratação fechado¹⁹⁰, impedindo de forma muito significativa a participação da maioria dos agentes económicos potencialmente

¹⁹⁰ V., Acórdão n.º 13/2018 - 1.ª S/PL, de 10 de julho, do Tribunal de Contas. A Secretaria Regional de Saúde dos Açores (SRSA) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, da decisão n.º 7/2016, de 26-9-2016, da Secção Regional dos Açores do TdC que recusou o visto a contrato de empreitada de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde de Velas celebrado entre a Região Autónoma dos Açores, através da SRSA e a Sociedade Afavias – Engenharia e Construções – Açores, S.A. Os principais fundamentos para a recusa de visto foram os seguintes: O Tribunal verificou que o programa do concurso determinava que só poderiam ser adjudicatários “*as entidades que demonstrassem, em sede de habilitação, ter realizado três empreitadas na Região Autónoma dos Açores*”. Concluiu que esta norma do concurso incorre em violação dos “*princípios da concorrência e da igualdade, especialmente aplicáveis à contratação pública*”, porque “*o fator geográfico (local da realização das obras) não podia constituir critério apto a demonstrar “capacidade técnica e profissional do adjudicatário para executar o contrato*”. Ora, esta limitação faria afastar “*do procedimento adjudicatário potenciais interessados em contratar e impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário*”, ilegalidades que “*são suscetíveis de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato*”. O Tribunal verificou ainda que “*os elementos referentes à formação do contrato não foram publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, em violação do disposto no artigo 465.º do CCP*”.

interessados, tornando impossível garantir a obtenção da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.

No caso das consultas prévias, a concorrência pode ser falseada com o estabelecimento de prazos curtíssimos para apresentação de propostas, especialmente, em empreitadas de obras públicas¹⁹¹. Formalmente pode decorrer um procedimento concursal para uma empreitada com convite a várias entidades, mas na prática não se verifica um verdadeiro processo concorrencial¹⁹² de forma a permitir a elaboração de uma proposta em condições adequadas.

E, no caso dos procedimentos por ajustes diretos com base em critérios materiais, invocando a urgência imperiosa, sem que estejam reunidos cumulativamente todos os pressupostos legais, implica que esses ajustes diretos são efetuados com base em fundamentos materiais que não se verificam¹⁹³. Existem inúmeras maneiras de distorcer a concorrência na contratação pública.

Quando as entidades adjudicantes dão ao potencial adjudicatário o caderno de encargos para preparação de cláusulas técnicas que lhe irão permitir ganhar o procedimento¹⁹⁴, estamos perante uma vantagem indevida que contraria vários princípios gerais da atividade administrativa. Por outro lado, quando alguém, do lado da entidade adjudicante, tem uma intervenção no procedimento para a formação do contrato e ao

¹⁹¹ A revisão do código dos contratos públicos de 2017, não alterou a redação do artigo 63.º, mas alterou a redação do artigo 158.º, que estipula como prazo mínimo para apresentação de propostas no caso das empreitadas de obras públicas passou a ser de 72 horas e este prazo tem de decorrer integralmente em dias úteis. É sem dúvida uma medida para salvaguardar a concorrência.

¹⁹² V., Acórdão n.º 42/2010 - 1.ª S/SS, de 16 de novembro, do Tribunal de Contas.

¹⁹³ V., Acórdão n.º 1/2018 - 1.ª S/PL, de 29 de janeiro, do Tribunal de Contas. O Tribunal recusou o visto a contratos de “*Aquisição de serviços de remoção de graffiti e cartazes, proteção das superfícies tratadas e manutenção das mesmas no Município de Lisboa*”. A decisão teve por base “*a falta de preenchimento dos requisitos de urgência imperiosa e de circunstâncias imprevisíveis dispensaria, por si só, a verificação da inimputabilidade dos factos*”. Porque após o concurso ter sido impugnado contenciosamente, fazendo suspender o efeito do ato de adjudicação e, tendo em conta a imprevisibilidade na obtenção de decisão judicial no processo onde foi impugnado o procedimento concorrencial, “*motivou o lançamento dos três ajustes diretos*” por parte do Município de Lisboa, com o “*fundamento em urgência imperiosa*” com o convite a apenas uma entidade para cada um dos três lotes impugnados.

¹⁹⁴ De acordo com a alínea i) do n.º 1 do artigo 55.º do código dos contratos públicos esta prática é ilegal. Configura um impedimento legal a “*assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência*”. Porém, é extremamente difícil provar que foi o potencial adjudicatário que preparou algum do clausurado do caderno de encargos.

mesmo tempo uma posição relevante na direção da entidade adjudicatária, a entidade adjudicante deixa de tratar de igual forma todos os potenciais interessados e concorrentes¹⁹⁵. Uma vez verificada a violação do princípio da imparcialidade, um corolário direto é a violação dos princípios da igualdade e concorrência.

Imagine-se que se permitia a participação num procedimento de contratação pública uma entidade sobre a qual existe uma causa de impedimento. Neste caso, gerava-se uma evidente distorção do princípio da igualdade e da concorrência entre os diferentes concorrentes, o que contamina a lógica concorrencial a que deve obedecer um procedimento de contratação pública aberto. Daqui se extrairia que a violação de princípios, normalmente, encerra a probabilidade de afetar o respetivo resultado financeiro do contrato¹⁹⁶.

Num contrato do Exército Português para aquisição de combustíveis rodoviários a granel, o Tribunal de Contas considerou que uma vez “verificada caducidade desse concreto acordo quadro, num momento em que inexistia um procedimento conducente ao contrato em apreço que àquele se pudesse subordinar, arreda qualquer possibilidade de celebração do contrato por esse meio. E, nessa medida, não poderia o mesmo deixar de ser precedido de um procedimento que respeitasse integralmente os princípios gerais da contratação pública, com especial relevância para o fundamental *princípio da concorrência*, cumprindo exigências formais que não satisfiz de todo (...) o ajuste direto encerra uma clara compressão de princípios essenciais da contratação pública, cuja preterição fora das estritas condições da sua admissibilidade, constitui ilegalidade suscetível de alteração do resultado financeiro”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ V., Acórdão n.º 4/2016 - 1.ª S/PL, de 16 de fevereiro, do Tribunal de Contas (Recurso ordinário n.º 20/2014-R). “*Contrato de aquisição de serviços para o desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação*”.

¹⁹⁶ V., Acórdão n.º 6/2018 - 1.ª S/SS, de 29 de janeiro, do Tribunal de Contas. Este acórdão é relevante pela recusa de visto a um contrato de empreitada, do Município de Penamacor, respeitante à “Requalificação do Castelo/Fortaleza de Penamacor” com base na violação do regime de incompatibilidades e impedimentos de titulares de cargos políticos e altos cargos públicos. Ficou demonstrada a existência de uma relação de parentesco próximo com a vereadora a tempo inteiro da Câmara Municipal de Penamacor, na pendência do concurso e à data da adjudicação, e sócios da empresa adjudicatária.

¹⁹⁷ V., Acórdão n.º 7/2018 - 1.ª S/SS, de 23 de janeiro, do Tribunal de Contas. O Exército Português remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, um Contrato de “Aquisição de Combustíveis Rodoviários a Granel para o Território Nacional Continental no 4.º Trimestre de 2017”. Uma das ilegalidades para a recusa de visto foi “*a indevida adoção do procedimento de ajuste direto, com alegado fundamento em acordo quadro que já não era suscetível de servir de adequado suporte ao presente*”.

Relativamente à contratação *in house* espera-se que não seja utilizada com o intuito de distorcer o princípio da concorrência, através da não verificação de algum dos requisitos cumulativos que legitimam o recurso à contratação *in house*¹⁹⁸, ou quando existe uma prestação cujo objeto abranja prestações que sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado. Ambas as situações obrigam à formação do contrato nos termos da parte II do código dos contratos públicos. Pois, é em concorrência, que se podem encontrar propostas mais competitivas e em que a entidade adjudicante pode escolher aquela que, técnica e financeiramente, melhor e mais eficientemente satisfazem o fim por ela pretendido¹⁹⁹.

A questão inquietante que se coloca é, quando não é obrigatório submeter os contratos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nada aponta no sentido que não existam as mesmas distorções ao princípio da concorrência. A violação ao princípio da concorrência,

contrato, atenta a sua caducidade, com o que se terá produzido o incumprimento de princípios essenciais da contratação pública, designadamente do princípio da concorrência”.

¹⁹⁸ Recorde-se aqui o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de setembro de 2014, 1.ª S (Proc. n.º 0718/12). Relativo a um contrato de prestação de serviços de alimentação entre o Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E. (CHS) - “entidade adjudicante” e o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) - “entidade adjudicatária”. O tribunal decidiu negar o provimento aos dois recursos de revista apresentado pela entidade adjudicante e pelo adjudicatário, mantendo o já decidido pelo TAF de Almada, também mantido pelo TCA Sul. Conclui que não estavam reunidos todos os requisitos cumulativos para a adoção da contratação *in house*, nomeadamente, “*está em causa um contrato de prestação de serviços que estão incluídos no Anexo II-B da Diretiva 2004/18/CE, a circunstância de, ao tempo da sua celebração, o SUCH, enquanto entidade adjudicatária, integrar nos seus associados instituições privadas, ainda que de solidariedade social e sem fins lucrativos, impede que o CHS, enquanto «entidade adjudicante», e associada do SUCH, possa exercer sobre a atividade deste último um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços”.*

¹⁹⁹ V., Acórdão n.º 8/2018 - 1.ª S/SS, de 29 de janeiro, do Tribunal de Contas. A Comboios de Portugal, E.P.E. (CP) submeteu sete contratos para fiscalização prévia, celebrados entre essa entidade e a Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, S.A. (EMEF) cujo objeto consistia num “*Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção*”, dirigidos à extensão de anteriores contratos de prestação de serviços de manutenção de diferentes séries de material ferroviário circulante, pelos quais se procedeu à aquisição direta desses serviços, sem recurso a qualquer procedimento concursal. Uma das ilicitudes para a recusa de visto, foi que a violação do princípio da concorrência através do recurso ilegal à contratação *in house*. O Tribunal considerou que estes contratos encerraram a probabilidade de afetação do respetivo resultado financeiro. Ora, um procedimento concorrencial constitui, em princípio, «*o melhor modo de garantir a proteção dos interesses financeiros públicos, já que é, em concorrência, que se formam as propostas mais competitivas e em que a entidade adjudicante pode escolher aquela que, técnica e financeiramente, melhor e mais eficientemente satisfaça o fim por ela pretendido*» – e daí se inferiu que «*a inobservância de princípios basilares da contratação pública constitui ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato*». Porém, a CP interpôs recurso ordinário. O Tribunal considerou haver fundamento para alterar a decisão - “*existem evidências de que a reorganização da EMEF está em curso e que a CP se compromete a concluí-la até ao final do corrente ano de 2018; considerando ainda que o estudo apresentado contempla uma projeção de atividades que confirma o cumprimento da meta de 80% da atividade da EMEF a favor da CP, a partir do próximo ano de 2019*” Vide acórdão n.º 5/2018-10.ABR-1ª S/PL.

tanto pode acontecer nos procedimentos tendencialmente abertos concorrência como nos procedimentos mais fechados, nomeadamente, no ajuste direto e na consulta prévia, e em qualquer uma das fases do procedimento, desde a fase pré-contratual à execução final do contrato.

5 Promover a concorrência para prevenir e combater a corrupção na contratação pública

5.1 A problemática da corrupção na contratação pública

A perceção da corrupção para a maioria das pessoas é que está embrulhada em todas as instituições e que é um fenómeno incontrolado e incontrolável²⁰⁰ ²⁰¹. Porém, não podemos padecer de vieses cognitivos com base em perceções, é necessário e imperativo quantificar no terreno a verdadeira dimensão do fenómeno. Contudo, uma coisa é certa, a corrupção impede a concretização dos objetivos levados a cabo pelo regime jurídico da contratação pública.

O código dos contratos públicos é em si mesmo uma ferramenta de combate à corrupção que tem sido aperfeiçoada ao longo dos anos. A transparência do procedimento é contaminada e, conseqüentemente, vedada a abertura do procedimento ao mercado para a realização de uma efetiva concorrência entre os agentes económicos.

Neste contexto, prejudicam a prossecução do interesse público pela não concretização do princípio *best value for money*. Políticas públicas adequadas ao fenómeno da corrupção são essenciais para combater a corrupção nos procedimentos de contratação pública, revelando-se de extrema importância à salvaguarda da integridade do procedimento²⁰².

²⁰⁰ MAIA, João António. (2018). *Corrupção, corrupção, corrupção – tanta corrupção: O que é verdadeiramente novo acerca da corrupção é toda esta forma de a mediatizar*. Consultado em 19.11.2018, disponível na internet em <https://www.publico.pt/2018/01/06/sociedade/opiniaio/corrupcao-corrupcao-corrupcao--tanta-corrupcao-1798228>

²⁰¹ Veja-se, “Os últimos dados do Eurobarómetro especial sobre Corrupção (Outubro 2017) são igualmente clarificadores: 92% dos portugueses acreditam que a corrupção é um problema comum no país, 54% afirma que o nível de corrupção aumentou, e 42% respondem que a corrupção afeta diretamente a sua vida diária”. Consultado em 12.01.2019, disponível na internet em <https://transparencia.pt/cpi2017/>

²⁰² SILVA, João Filipe Santiago da. (2016). *O Combate à Corrupção nos Procedimentos de Contratação Pública: Uma Visão Sobre a Estratégia Adotada na União Europeia*. Op. Cit., p. 43.

Ao longo dos anos têm aparecido novas normas no código dos contratos públicos que visam afirmar os princípios da concorrência, transparência, igualdade, imparcialidade e publicidade, almejando a mitigação do fenómeno da corrupção na contratação pública. Uma dessas regras é que a entidade adjudicante não pode convidar a apresentar propostas, entidades às quais 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”²⁰³.

Esta regra visa anular práticas perniciosas de fracionamento das despesas, através da desvirtuação do código CPV (vocabulário comum para os contratos públicos)²⁰⁴, nos programas de apoio à execução orçamental, alterando-se os objetos dos contratos, para continuar perpetuamente a poder convidar-se sempre as mesmas entidades. Porém, a nova regra não deixa de ser permeável, se existirem conluios, podendo induzir a comportamentos perversos, pelo que é necessário conhecer as manifestações da corrupção, de forma a identificar os contextos institucionais que a sustentam²⁰⁵.

A criatividade para contornar às normas é um elemento que dificulta o combate à corrupção. Temos de estar atentos aos comportamentos dos vários atores, para que a hierarquia da escolha de normas seja a mais adequada. Para PEDRO TELLES a revisão do código dos contratos públicos é uma oportunidade perdida para mudar o cânone de como adjudicar contratos com valor inferior aos limiares financeiros europeus. As mudanças introduzidas nos procedimentos de menor valor, com a substituição do ajuste direto pela consulta prévia, são meramente cosméticas. É uma situação incompreensível, existir mais de 90,2% das aquisições em Portugal, efetuadas através do procedimento de ajuste direto, representando 47.9% do total da despesa em contratos públicos, que não está sujeita ao princípio da transparência e da concorrência. Além disso, mais grave, é

²⁰³ Cfr. n.º 2, do artigo 113.º, do código dos contratos públicos.

²⁰⁴ Sobre este tema, V. Regulamento (CE) n.º 213/2008 da Comissão, de 28 de novembro. Consultado em 05.01.2019, disponível na internet em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32008R0213>

²⁰⁵ CUNHA, Ary Ferreira. (2012). *Políticas de combate à corrupção: corrupção no setor público sob a perspetiva da teoria da agência*. Op. Cit., p.144.

que a ausência de transparência em contratos públicos está diretamente ligada a riscos de corrupção entre as entidades adjudicantes e os agentes económicos, concluindo-se, assim, que a revisão do código dos contratos públicos não acautelou tais riscos²⁰⁶.

Porém, a análise de riscos de corrupção pode passar no futuro a constar nos decretos-lei²⁰⁷. Tendo em conta que existe sempre o dever de fundamentação da decisão de escolha do procedimento²⁰⁸, o escrutínio sobre as entidades adjudicantes aumenta. PEDRO COSTA GONÇALVES refere que esta exigência assume maior importância nos casos de escolha se fundamentar em critérios materiais, mais do que a fundamentação formal da decisão. É essencial que na realidade, se verifiquem tais pressupostos, de modo a que a entidade adjudicante possa provar tais pressupostos. O dever de fundamentação é essencialmente interno, eventualmente para efeitos de ações de controlo e auditoria da entidade adjudicante²⁰⁹.

O Estado deve agir contra aqueles, que com base nos seus poderes, se servem do Estado e com a sua corrupção, devastam a democracia, a confiança e a credibilidade das instituições e minam a vida em sociedade²¹⁰. A atividade de controlo e de auditoria é fundamental para prevenir e detetar a corrupção. O impacto negativo que a corrupção tem sobre a atividade económica e sobre a vida das pessoas traduziram-se em alguns países na alteração da racionalização da respetiva intervenção, objetivando os métodos de atuação e refletindo sobre os resultados que deve produzir.

Não podemos permanecer perpetuamente com sobreposição de inspeções, de falta de coordenação entre serviços inspetivos, de falta de análise e de avaliação de riscos, de consideração desta avaliação na tomada de decisões em matéria de inspeção ou de o foco ser em encontrar violações a normas, ao invés de promover o cumprimento pelos inspecionados. Estes são alguns dos problemas que têm sido destacados e que colocam a

²⁰⁶ TELLES, Pedro. (2017). *Ajuste direto e consulta prévia: é preciso que tudo mude para que tudo fique na mesma. Op. Cit.*

²⁰⁷ A este propósito, veja-se *Riscos de corrupção passam a ser considerados nos decretos-lei*. Consultado em 18.01.2019, disponível na internet em <https://www.dinheirovivo.pt/economia/riscos-de-corrupcao-nos-decretos-lei-vao-ser-avaliados-pelo-governo/>

²⁰⁸ Cfr. artigo 38.º do Código dos Contratos Públicos.

²⁰⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos. Op. Cit.*, p. 540.

²¹⁰ MACHADO, Miguel da Câmara. (2018). *Meios de Combate à Corrupção no Direito Romano e na Atualidade*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, ISBN 978-972-629-210-4, p. 111.

necessidade de se investigar o *quid* da função inspetiva, a sua razão de ser, princípios fundamentais e os poderes e deveres dos órgãos e agentes de inspeção²¹¹.

A atividade inspetiva constitui uma área muito vasta e diversificada, não só pelo aumento da abrangência do controlo pelo Estado mas por ser um dos domínios em que as exigências de legalidade e da justiça do procedimento desenvolvido por parte da organização estadual se apresentam como mais intensas e urgentes, pelo impacto que as decisões tomadas aportam ou podem aportar nas esferas jurídicas das pessoas singulares, coletivas, privadas, públicas e de entes visados²¹².

Esperam-se medidas apropriadas para prevenção da corrupção em todas as fases de um contrato, havendo necessidade de mais transparência. Para prosseguir uma política de prevenção da corrupção, importa implementar medidas que contribuam para minimizar as três condições em que se baseiam tais práticas, incentivo, oportunidade e ausência de controlo²¹³. É importante que, em caso de descoberta de irregularidades ou indícios de infrações, devam ser emitidas pelas entidades competentes, preferencialmente, recomendações para adoção de medidas de correção, códigos de conduta e criação de sistemas de *compliance* nas empresas²¹⁴.

Mesmo as próprias entidades adjudicantes podem excluir fornecedores cuja análise das propostas revele “a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”²¹⁵. Porém, tendo em mente que a corrupção prospera em segredo, a implementação de mecanismos de desqualificação ou exclusão de fornecedores nos contratos públicos levanta sérias

²¹¹ NEVES, Ana Fernanda. (2018). *Aproximação à atividade inspetiva: delimitação, princípios, poderes e deveres*. In *Estudos Sobre a Atividade Inspetiva*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Coord. Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves, Lisboa, ISBN 978-972-629-236-4, p.12-13.

²¹² CARVALHO, Carlos. *O procedimento inspetivo, em especial a recolha e produção de prova e controlo jurisdicional*. In *Estudos Sobre a Atividade Inspetiva*, Op. Cit., p.77 e 96.

²¹³ TAVARES, Luís Valadares. (2018). “*O essencial sobre contratos públicos: As Diretivas de 2014 e o Decreto-Lei 111-B/2017*”. Observatório de Prospetiva da Engenharia e da Tecnologia, ISBN 978-989-8747-06-8. p. 112.

²¹⁴ MENDES, Paulo de Sousa. (2018). *Poderes de Busca e Inspeção: O Caso Especial dos Dawn Raids*. In *Estudos Sobre a Atividade Inspetiva*, Op. Cit., p. 149 e 158.

²¹⁵ Cfr. alínea g), n.º 2, do artigo 70.º, do código dos contratos públicos.

dificuldades práticas e conceituais que nem sempre são consideradas pelas disposições legais²¹⁶.

A problemática do fenómeno da corrupção que existe na contratação pública é complexa e parece que por mais soluções paternalistas ou de liberdade de escolha que logremos idealizar para promover a concorrência e transparência podem ser sempre falíveis. A esperança parece que pode estar somente nas mãos das crianças, e não nos adultos, ensinando-lhes desde os primeiros níveis de ensino, os valores éticos, de integridade e de conduta²¹⁷, fomentando a sensibilização e consciencialização para o fenómeno²¹⁸. Contudo, o problema é que as crianças são ensinadas por adultos²¹⁹.

Porém, todos aqueles que tentam desviar-se incorrendo em grandes riscos, poderiam receber informações relevantes sendo-lhes pedido que repensassem melhor sobre as suas escolhas. Podemos considerar esta intervenção como uma forma reguladora em forma de estímulo. Esta intervenção pode ser muito mais eficiente do que impor escolhas e fazer proibições²²⁰. Uma outra contribuição para ajudar a mitigar o fenómeno da fraude, defendem os juízes do Tribunal de Contas, é a necessidade de aprovar um novo modelo de responsabilização "mais simples, célere, transparente, coerente e eficaz"²²¹.

²¹⁶ Sobre medidas anticorrupção na contratação pública, V. WILLIAMS-ELEGBE, Sope. (2012). *Fighting Corruption in Public Procurement – A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*. Bloomsbury Publishing, Oxford, ISBN 9781849460200.

²¹⁷ Mais sobre as estratégias sobre o combate à corrupção do Conselho de Prevenção da Corrupção, *Comissão da Prevenção de Corrupção vai dar atenção aos ajustes diretos*. Consultado em 11.11.2018, disponível na internet em <https://observador.pt/2017/12/06/comissao-da-prevencao-de-corrupcao-vai-dar-atencao-aos-ajustes-diretos/>

²¹⁸ ARZILEIRO, Ana Cristina. (2017). *O risco de corrupção e a prevenção na contratação pública em Portugal, uma questão cultural intra e intergeracional*, p. 159. In *Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública*. Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, Coord. Nuno Cunha Rodrigues, Lisboa, ISBN 978-989-99801-7-4.

²¹⁹ A este propósito, veja-se PAULO DE MORAIS. (2018). “*estamos a criar uma elite com pés de barro de se preocupar apenas em educar os filhos mandando-os para boas universidades para que “eles tomem conta do aparelho do Estado e eternizem os mecanismos de compadrio e tráfico de influências a que nos habituámos desde meados do século XIX”* in *O atual regime tem de fingir de vez em quando que combate a corrupção*. Revista Sábado em entrevista ao “i”. Consultado em 27.11.2018, disponível na internet em <https://www.sabado.pt/portugal/politica/detalhe/paulo-morais-o-actual-regime-tem-de-fingir-de-vez-em-quando-que-combate-a-corrupcao>

²²⁰ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. (2018). *Nudge – Um pequeno empurrão – Como decidir melhor em questões de saúde, riqueza e felicidade*. Editora Luade Papel. ISBN: 978-989-23-4108-8. p. 337.

²²¹ Veja-se, “*Regime de responsabilidade financeira dos gestores de dinheiros públicos promove a impunidade*”. Consultado em 31.12.2018, disponível na internet em <http://www.jornaldenegocios.pt/economia/financas-publicas/detalhe/regime-de-responsabilidade-financeira-dos-gestores-de-dinheiros-publicos-promove-a-impunidade?ref=cotacoes> UltimasSite

Os recursos humanos das organizações podem ser uma ajuda para mitigar a corrupção na contratação pública, devendo ser sensibilizados, na medida em que podem promover ativamente o escrutínio dos procedimentos de contratação pública fazendo denúncias para as entidades competentes. A denúncia anónima pode ter uma eficácia notável na deteção de práticas de corrupção, precisamente porque garante a proteção natural do denunciante que, por via disso, não carece de ver-lhe reconhecido qualquer estatuto especial para essa efetivação²²².

Por outro lado, os fornecedores também podem ser uma ajuda, no caso dos procedimentos de consulta prévia, quando detetam a não observação do princípio da concorrência na fase pré-contratual. Contudo, o receio de represálias de não serem convidados nos procedimentos seguintes, impede que reclamem, e esta situação pode afetar significativamente a concorrência. O envio de uma denúncia anónima para as entidades competentes²²³ ajudaria imenso no combate à corrupção na contratação pública.

Porém, o sistema português é ainda moderado no desenho de soluções que incentivem à denúncia, bem como, as formas de compensar o cidadão pelo sacrifício que fez ao denunciar e ao colaborar com a investigações²²⁴. Espera-se que estejamos a caminhar para um sistema de canais seguros para se dar o alerta de irregularidades, de prevenção de represálias e proteção eficaz dos denunciantes²²⁵, para que os denunciantes sejam encorajados a denunciar práticas contra o interesse público que causam perdas de bem-estar geral para a sociedade.

²²² SIMÕES, Sandra Hermengarda do Valle-Frias Madureira Moutela. (2016). *Crime de Corrupção – algumas especificidades da sua investigação – Denúncia anónima e whistle blowing*. Mestrado em ciências jurídico-forenses. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 100. Consultado em 06.03.2019. Disponível na internet em <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/34051>

²²³ Inspeções Setoriais, Autoridade da Concorrência, Tribunal de Contas, Polícia Judiciária, Ministério Público, e outras entidades competentes.

²²⁴ RAMOS, João António Alencastre de Matos. (2019). *A proteção de denunciante de corrupção e criminalidade conexa*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

²²⁵ A Comissão Europeia firmou em 12.03.2019 um acordo provisório para proteger melhor na UE as pessoas que alertem para a existência de irregularidades. Consultado em 15.03.2019, disponível na internet em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1604_pt.htm?fbclid=IwAR2CR9VV-8c-Psa9sLQgbOXs1YHZIOleBA91CxYsEcuzx-t3DOo9C0q3i6c

5.2 Prevenir comportamentos desonestos na contratação pública

A economia comportamental sugere que as pessoas não são necessariamente sempre racionais, coerentes e previsíveis nas suas decisões quando têm de fazer análises custo-benefício em relação às consequências dos comportamentos desviantes. Se conhecermos os comportamentos desonestos, e como eles agem, podemos redesenhar códigos de ética²²⁶ e de conduta que visam anular decisões naturais de racionalidade limitada que dão origem a comportamentos de tentação, facilitando comportamentos honestos e dificultando comportamentos desonestos.

Podemos considerar que alterações na arquitetura da escolha podem ser implementadas com o objetivo de guiar o nosso comportamento no sentido da integridade, especialmente nos momentos da decisão e, desse modo, ficarmos mais preparados para agir de forma honesta. Se fizermos referência a casos concretos, sem interpretações dúbias, anulamos a maioria das zonas nebulosas do nosso pensamento que podiam legitimar comportamentos desonestos, mas que na nossa consciência eram honestos. Esta era uma forma de tornar as pessoas mais conscientes do seu próprio processo de decisão, colocando uma responsabilidade acrescida no decisor, tornando-o mais consciente dos possíveis vieses cognitivos e contextuais que poderão ter conduzido a decisões desonestas²²⁷. Esta é uma das situações que pode ser aperfeiçoada se colocarmos em códigos de ética, conduta, ou manuais de boas práticas da contratação pública, pois estaríamos a ter consciência de aspetos que podem melhorar a transparência de todo o processo de tomada de decisão.

A revisão do código dos contratos públicos de 2017 trouxe uma inovação interessante com a criação da figura do “gestor do contrato”²²⁸. Esta inovação é muito relevante para

²²⁶ “Cada empresa adota ou adere a um código de ética que contemple exigentes comportamentos éticos e deontológicos, procedendo à sua divulgação por todos os seus colaboradores, clientes, fornecedores e pelo público em geral” (n.º 1, do artigo 47.º, Regime Jurídico do Setor Público Empresarial – Dec-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro).

²²⁷ Cfr. ORGHIAN, Diana et al., (2018). *Desvio de carácter ou simplesmente humano? Economia comportamental aplicada ao comportamento desonesto*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, n.º 2, ISSN 2236-1677. p. 537. Consultado em 08.02.2019, disponível na internet em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5342/3862>

²²⁸ Cfr. artigo 290.º-A, do código dos contratos públicos.

o controlo interno, pois cria uma nova segregação de funções²²⁹, que até agora não existia formalmente na contratação pública. Esta norma pode dirimir comportamentos desonestos de alguns atores (internos e externos).

O gestor do contrato é um novo elemento que irá acompanhar permanentemente a execução do contrato e quando detetar desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato deve reportar de imediato ao órgão competente, propondo em relatório fundamentado as medidas corretivas adequadas. Tendo o gestor do contrato o dever de acompanhar a legalidade, especificações técnicas, execução financeira e demais preceitos conexos com o decurso da execução do contrato, as entidades adjudicantes devem apostar na profissionalização²³⁰ do gestor do contrato.

Porém, a sua profissionalização não equivale a uma externalização do desempenho desta função²³¹. Ou seja, uma aquisição de serviços com objeto de gestor de contratos, resultava noutra aquisição de serviços ou designação de um outro gestor do contrato para acompanhar esse contrato de prestação de serviços. Esta situação produzia uma perpetuidade hipotética, impossível de coexistir com a observância de alguns princípios gerais da atividade administrativa, nomeadamente, o princípio da boa administração²³² e o princípio da economia, eficiência e eficácia²³³ conjugado com o princípio da execução orçamental da despesa²³⁴. Espera-se que as entidades adjudicantes não tenham a criatividade de reproduzir tal paradoxo na realidade.

Como não é só a entidade adjudicante a poder ter comportamentos perniciosos, importa prevenir também comportamentos desonestos do cocontratante. A revisão do código dos contratos públicos de 2017 trouxe uma norma interessante para o princípio da concorrência. O artigo 318.º-A do código dos contratos públicos prevê que em caso de incumprimento, pelo cocontratante, da execução do contrato, este ceda a sua posição

²²⁹ A segregação é um princípio básico essencial no controlo interno, para a separação de atribuições e responsabilidades, que permite mitigar os riscos de erros, corrupção e de fraude.

²³⁰ Sobre a criação de uma estrutura para a profissionalização da contratação pública, “Recomendação (UE) 2017/1805 da Comissão Europeia, de 3 de outubro de 2017”.

²³¹ MATOS, Sara Younis Augusto de. (2018). “*Gestor do contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal da nova figura*”, p. 1084. In *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, Op. Cit.*

²³² Cfr. n.º 1, do artigo 5.º, do código dos contratos públicos.

²³³ Cfr. artigo 18.º, da Lei n.º 151/2015, de 11/09 - Lei de Enquadramento Orçamental.

²³⁴ Cfr. alínea c), do n.º 3, do artigo 52.º, também da Lei de Enquadramento Orçamental.

contratual ao concorrente que ficou ordenado em segundo lugar no procedimento pré-contratual que deu origem ao contrato em execução. E, em caso de incumprimento do concorrente ordenado em segundo, o contraente público interpela o terceiro e assim sucessivamente, a fim de concluir um novo contrato para a adjudicação da conclusão dos trabalhos²³⁵. A concorrência na fase de execução do contrato foi assim aperfeiçoada, porque os concorrentes passam a vigiar-se entre si, dado que um concorrente ordenado em lugar subsequente pode ser chamado a executar o contrato remanescente.

No ajuste direto e nas consultas prévias o convite e a proposta devem ser preferencialmente enviados através de meios eletrónicos e não é obrigatória a utilização de plataforma eletrónica²³⁶. Percebe-se o intuito desta nova regra de forma a não condicionar o acesso ao procedimento, caso o potencial concorrente não tenha acesso à plataforma eletrónica para submeter a proposta. E por outro lado, existe uma economicidade de custos²³⁷.

Porém, as entidades adjudicantes devem fomentar uma cultura de transparência e imparcialidade, para que ambas as partes se relacionem em todas as fases do procedimento segundo as regras da boa-fé²³⁸. No caso das consultas prévias pode ser colocada uma cláusula no caderno de encargos, para que a proposta seja submetida eletronicamente na forma encriptada, de modo a que a entidade adjudicante só consiga ter acesso ao conteúdo da proposta após o termo para apresentação de propostas²³⁹.

Estas questões não se colocam ao nível da legislação, mas da ética e integridade das organizações. Isto pode incentivar a um melhor ambiente concorrencial entre os concorrentes, mitigando determinados comportamentos desonestos das entidades adjudicantes com a visualização das propostas já submetidas, antes do termo do prazo para apresentação de propostas. E por outro lado, os concorrentes não são tentados a

²³⁵ Cfr. artigo 318.º-A, do código dos contratos públicos.

²³⁶ Cfr. n.º 4, do artigo 115.º, do código dos contratos públicos.

²³⁷ Se a proposta tivesse de ser submetida por via de uma plataforma eletrónica o concorrente tinha de fazer o pagamento do certificado digital. Os certificados digitais são o meio eletrónico usado para identificar inequivocamente uma pessoa numa plataforma eletrónica.

²³⁸ Cfr. artigos 9.º e 10.º, do código do procedimento administrativo.

²³⁹ Os concorrentes podem encriptar todos os documentos da proposta e após o prazo para apresentação de propostas, enviarem à entidade adjudicante as senhas de acesso para abrir os documentos que constituem a proposta.

submeter as suas propostas no último segundo do termo do prazo para a apresentação de propostas, que por vezes é uma hora pós-laboral ou não têm acesso eletrónico naquele momento.

6 A criação de portais para a transparência e concorrência na contratação pública

A intenção do apelo à concorrência na revisão do código dos contratos públicos de 2017 deve ser acariciada. Porém, a cultura é uma referência imperiosa na explicação das fraudes pelo que temos que ser precisos na observação e interpretação da realidade²⁴⁰. Neste sentido, devemos preocuparmo-nos com “a origem da batota (como se escolhe) e não na batota em si”²⁴¹. Dado que as pessoas são seres humanos, não *econs* (*nudge*), e cometem erros previsíveis. Se podermos antever esses erros podemos desenhar políticas públicas que atenuem essa taxa de erro²⁴². Uma correta arquitetura da escolha e de pequenos estímulos aplicados numa perspetiva preventiva, mas que garanta a liberdade de opção, pode diminuir a incidência de fraude²⁴³.

A este propósito, a criação do Portal Nacional de Fornecedores do Estado²⁴⁴ foi um passo relevante para que as entidades adjudicantes possam consultar e procurar novos fornecedores, caso seja autorizado pelo fornecedor. Assim, podemos promover a participação de mais concorrentes, pois é em concorrência que se formam propostas competitivas e que a entidade adjudicante pode assegurar aquela que é economicamente mais vantajosa para fim pretendido²⁴⁵. A consulta prévia pode ser considerada uma espécie de concurso, porém, sem anúncio²⁴⁶.

²⁴⁰ V. neste sentido, MAIA, António João; PIMENTA, Carlos; SOUSA, Bruno. (2017). *Fraude em Portugal Causas e Contextos*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6976-0. p. 548.

²⁴¹ Nesta analogia, V., SARAIVA, Rute. (2012). *Fraude Académica em Hogwarts. Lições de Análise Económico-Comportamental para Muggles de Todas as Idades*. p. 2346. Consultado em 12.11.2018, disponível na internet em https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/04/2012_04_2301_2361.pdf

²⁴² Sobre o comportamento esperado, V., THALER, Richard H. (2017). *Comportamento Inadequado*. Atual. ISBN 978-989-694-160-4. pp. 369-370.

²⁴³ SARAIVA, Rute. (2012). *Op. Cit.*, p. 2302.

²⁴⁴ Decreto-Lei n.º 72/2018, de 12 de setembro

²⁴⁵ V., Acórdão n.º 39/2010 – 03.NOV. – 1.ªS/SS do Tribunal de Contas, p. 20.

²⁴⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos*. *Op. Cit.*, p. 553.

O valor óbvio de aumentarmos a concorrência e a transparência é o de ajudar a manter as organizações integras, honestas e tornando mais colaboradores cientes das atividades da organização. A sinceridade da organização é que potencializa a probabilidade do êxito²⁴⁷. A atuação e as decisões das organizações devem ser orientadas pela existência de códigos de conduta, uma vez que as suas ações e decisões afetam toda a sociedade onde se encontram inseridas. O facto de as organizações basearem a sua forma de atuação num conjunto de condutas socialmente aceites e valorizadas, contribui para a uniformização e harmonização entre as políticas internas da organização e a ética da sociedade, sujeitando censura às suas decisões, estratégias e atividades a uma ponderação ética prévia²⁴⁸. A abertura à concorrência pode atrair empresas mais eficientes, incentivar ao crescimento e inovação de pequenas e médias empresas.

6.1 A publicitação dos anúncios de futuros procedimentos de ajuste direto e consulta prévia

Nos procedimentos de ajuste direto e consulta prévia só é obrigatória a publicitação do contrato, não é obrigatória a publicação do início do procedimento. Ou seja, o modelo atual do portal para a publicação dos contratos públicos²⁴⁹, não tem como objetivo alargar a bitola de candidatos nesses procedimentos. Este portal não está relacionado com o princípio da concorrência, o objetivo é a publicidade dos contratos, associada ao princípio da transparência da atividade administrativa e não ao princípio da concorrência e igualdade entre entidades adjudicantes e potenciais concorrentes.

Se tivermos um portal para a concorrência criado dentro do portal de fornecedores do Estado, onde podemos publicitar as manifestações de necessidade (aquisições de bens, serviços e empreitadas) diversificávamos a liberdade de escolha e podíamos dar uma outra abertura desses procedimentos à concorrência e mitigar eventuais vícios. Especialmente, nos casos em que a entidade adjudicante quer diversificar os concorrentes

²⁴⁷ GOLEMAN, Daniel; BENNIS, Warren; O'TOOLE, James. (2009). *Transparência – Como os líderes podem criar uma cultura de sinceridade*. Grávida, 1.ª Ed. ISBN 978-989-616-285-6. p. 38.

²⁴⁸ ESTEVES, Inês. (2012). *A Responsabilidade Social do Auditor Perante a Fraude*. Dissertação de Mestrado em Auditoria, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, p. 114.

²⁴⁹ A celebração de quaisquer contratos na sequência de consulta prévia ou ajuste direto deve ser publicitada, pela entidade adjudicante, no portal dos contratos públicos, a publicitação é condição de eficácia do respetivo contrato, independentemente da sua redução ou não a escrito, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.

a convidar, ou quando tem a intenção de abrir o procedimento à concorrência, mas não quer recorrer ao concurso público²⁵⁰, por ser procedimento tendencialmente mais solene e com maiores custos administrativos com a publicitação.

Dar uma maior publicidade a estes tipos de procedimentos, que são tendencialmente fechados à concorrência, parece ser compatível com os princípios gerais da atividade administrativa e com o princípio da concorrência. Nada impede que a entidade adjudicante divulgue as suas pequenas aquisições no intuito de atrair um maior número de concorrentes para o procedimento, e simultaneamente desperdendo poucos recursos financeiros com o anúncio.

PEDRO INÊS que devem ser usados, na fase pré-contratual, procedimentos abertos que cativem o mais dilatado acesso ao mercado da contratação pública, sem delimitações do universo concorrencial pela entidade adjudicante, por forma a salvaguardar os princípios comunitários em matéria de contratação pública, nomeadamente, a tutela da concorrência leal e efetiva²⁵¹.

A centralização de toda esta informação de fornecedores e possibilidade de opção de divulgação das manifestações de necessidades das entidades adjudicantes, num único portal, facilitava a pesquisa, melhorava a publicidade e alargava a concorrência.

Temos de ambicionar a promoção da saudável concorrência como instrumento tutelar das liberdades fundamentais, para garantirmos aos interessados em contratar, um acesso mais livre aos procedimentos tendencialmente mais fechados à concorrência, através da transparência e da publicidade adequada.

6.2 Eventuais vicissitudes com a publicitação de anúncios de futuras consultas prévias e ajustes diretos

No caso das consultas prévias, se o universo de concorrentes for muito alargado, aumenta-se o risco de litigância e de paralisação do procedimento de formação do

²⁵⁰ O concurso público ou outro tipo de procedimento aberto, pode ser escolhido em alternativa sempre que se escolhe o ajuste direto ou a consulta prévia em razão do valor.

²⁵¹ INÊS, Pedro Daniel S. N. (2018). *Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência*. *Op. Cit.*, p. 95.

contrato²⁵², ou seja, um aumento das exigências de transparência através da publicidade poderá fazer abrandar o andamento do processo administrativo²⁵³.

Uma solução possível para permitir conciliar o princípio da concorrência com o princípio da boa administração e da proporcionalidade pode passar pela indicação prévia do número de candidatos²⁵⁴ que transitam para a fase de apresentação de propostas (concorrentes).

Sem prejuízo da existência um modelo mais justo²⁵⁵. Podia ser de considerar a seleção dos candidatos a concorrentes através de um algoritmo informático que escolhia aleatoriamente os candidatos a convidar. O número de candidatos a convidar, podia ser dinâmico, aumentar à medida que o valor do contrato a celebrar também aumente e/ou em função do objeto do contrato a celebrar, de modo a melhor otimizarmos o princípio da concorrência com o princípio da boa administração.

A possibilidade de abrir à concorrência o ajuste direto e a consulta prévia, pode criar um conflito na escolha da publicitação do anúncio do procedimento no portal de fornecedores e no Diário da República. Ou seja, se publicitarmos os anúncios de abertura de alguns ajustes diretos ou consultas prévias, em razão do valor, o recurso ao concurso público até aos limiares dos valores desses tipos de procedimentos pode passar a ser preterido no Diário da República.

É verdade que passava a haver mais do que um lugar onde podiam ser anunciados procedimentos, o que poderia gerar alguma confusão, mas não parece de todo incompatível. Os potenciais interessados terão acesso aberto, livre e gratuito a todas as informações do procedimento. O resultado em termos de publicidade, de abertura de um

²⁵² GONÇALVES, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos. Op. Cit.*, p. 531.

²⁵³ JANUÁRIO, Rui; CAETANO, Paulo. (2018). *A Corrupção e o Estado*. Edições Vieira da Silva, Lda, ISBN 978-989-779-053-9, p. 214.

²⁵⁴ Nos concursos públicos limitados por prévia qualificação o número mínimo de candidatos a qualificar não pode ser inferior a cinco. O número de candidatos podia ser variável em função do objeto e do valor do contrato a celebrar.

²⁵⁵ O recurso à publicitação do procedimento pressupõe que a entidade adjudicante não sabe que entidades deve convidar, ou não consegue convidar três entidades. O modelo aleatório de escolha dos candidatos parece observar princípio da igualdade e da imparcialidade indispensáveis à preservação da confiança na isenção. Pode obter-se bons resultados, porque supõe-se que todos os potenciais interessados que se candidataram tem capacidade técnica e financeira para assegurar a execução do contrato.

procedimento à concorrência, num sítio ou noutro parece ser o mesmo. Anunciar, por exemplo, uma aquisição de bens, por consulta prévia no portal de fornecedores ou anunciar o mesmo objeto de contrato, por concurso público, no Diário da República, pode ter o mesmo resultado concorrencial, com vantagem para a consulta prévia, que à partida terá menos custos com o anúncio e pela opção de não obrigação de utilização de plataforma eletrónica. A intenção é melhorar a liberdade de escolha das entidades adjudicantes, especialmente em termos de economicidade, celeridade e concorrência, nos procedimentos de menor valor. Sem prejuízo da existência de outras vicissitudes que neste momento não conseguimos antecipar, ou que não se conseguem antever, e que podem inviabilizar a ideia.

7 Conclusões

Os procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia podem ser igualmente concorrenciais aos procedimentos abertos à concorrência. Demonstrou-se ser possível para o mesmo objeto de contrato, obter a mesma qualidade-preço, utilizando o ajuste direto, a consulta prévia ou o concurso público. Assim sendo, se estes dois tipos de procedimentos forem desenvolvidos em ambiência concorrencial, bastando apenas a entidade adjudicante querer, é provável afirmar o princípio da concorrência.

A eventual existência de uma delimitação da concorrência no procedimento de ajuste direto e no procedimento de consulta prévia, não parece depender das regras do código dos contratos públicos. Ou seja, não é a escolha do tipo de procedimento que *per se* restringe o princípio da concorrência, mas sim quem escolhe pode ter uma influência significativa.

A fundamentação, para a adoção do ajuste direto, quando se pode adotar o concurso público ou a consulta prévia, ou a adoção da consulta prévia quando se pode adotar o concurso público, é relevante para almejar os máximos benefícios para a entidade adjudicante. Porém, não parece ser uma escolha simples encontrar um ponto ótimo dos ótimos na escolha do tipo de procedimento para o objeto do contrato que pretendemos adquirir. Por um lado, uma maior abertura à concorrência pode potenciar o aparecimento de melhores propostas para a entidade adjudicante, por outro lado, a eficiência e celeridade do procedimento pode diminuir (custos do procedimento, júri do procedimento, utilização de plataforma eletrónicas, risco aumentado de impugnações/paralisações administrativas com o alargamento do número de concorrentes, maior dilatação temporal do procedimento, entre outros).

Relativamente à escolha do procedimento de consulta prévia, o código dos contratos públicos aparenta apontar de forma indireta como meta o envio de convites a mais de três entidades. Esta nova regra é sem dúvida um estímulo ao princípio da concorrência nos procedimentos de menor valor. Porém, não deixa de ser uma norma permeável para as entidades adjudicantes mascararem o princípio da concorrência, criando a ilusão de concorrência. São inúmeros os vícios que podem ocorrer, para contaminar a bondade da norma. Podemos chegar ao ponto que as entidades são convidadas e racionalmente não

concorrem, porque o procedimento já está inquinado inicialmente para lado do potencial adjudicatário. Esta situação é preocupante, porque mantemos empresas ineficientes no mercado, e não estimulados a eficiência, desenvolvimento e inovação de pequenas e médias empresas.

Contudo, neste momento, ainda é impossível prever a eficácia desta regra. Fica a dúvida, se o resultado de convidar no mínimo três entidades a apresentar proposta, obtém-se porquanto o jogo da concorrência a isso conduziu, ou porque as normas do código a isso obrigaram.

Todavia, podemos dizer que princípio da concorrência é afirmado várias vezes na última revisão do código dos contratos públicos de 2017, designadamente, com a criação do procedimento de consulta prévia, os limites à escolha das entidades a convidar em função do valor acumulado do fornecedor, a criação da figura do gestor do contrato, a possibilidade de haver aquisições fora do acordo-quadro em razão de um preço mais vantajoso, entre outros.

Porém, a violação ao princípio da concorrência, tanto pode acontecer com as novas normas, como com as antigas, bem como, nos procedimentos abertos à concorrência, ou nos procedimentos fechados, nomeadamente, no ajuste direto e na consulta prévia. E em qualquer fase da tramitação do procedimento, desde a fase pré-contratual até à execução final do contrato. Recordamos a fase de avaliação das propostas onde pode ser falseado o princípio da concorrência através da criação de fatores e subfactores com intuito de distorcer a concorrência a favor de determinada entidade. E nos trabalhos complementares, no caso das empreitadas, com a invenção artificial de circunstâncias imprevistas, para compensar o empreiteiro, ou a compensação de trabalhos complementares por trabalhos a menos, que não alteram substancialmente o preço contratual, mas na prática resulta numa nova empreitada que não foi submetida à concorrência na fase pré-contratual²⁵⁶.

²⁵⁶ Os novos limites às modificações objetivas dos contratos, previstos no artigo 313.º do código dos contratos públicos, que foram introduzidos na revisão de 2017 do código, também afirmam a importância do princípio da concorrência durante a execução dos contratos.

Incentivar o apelo ao princípio da concorrência nos procedimentos de ajuste direto e consulta prévia, através da opção de publicitação dos anúncios de futuras aquisições num portal, pode ser uma escolha a considerar, especialmente quando queremos abrir à concorrência procedimentos de menor valor, e conservar a celeridade e economicidade processual.

Por fim, a ética, integridade e deontologia profissional, parecem desempenhar um papel fundamental para assegurar o princípio da concorrência, especialmente nos procedimentos contratuais em que o escrutínio é tendencialmente menor. Pois, não aparenta ser possível afiançar a observância do princípio da concorrência no ajuste direto, na consulta prévia, ou mesmo nos procedimentos de publicidade obrigatória, se as pessoas tiverem um comportamento desonesto.

Em relação a perspectivas de investigação futura sobre o princípio da concorrência na contratação pública. Seria pertinente estudar as aquisições dentro e fora dos acordos-quadro em razão de um preço mais vantajoso. Nas aquisições por lotes, pode ser interessante investigar, se deve, ou não, limitar-se o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente. E um outro preceito relevante seria compreender se a figura do gestor do contrato contribuirá para defender o princípio da concorrência e prevenir a corrupção na contratação pública.

Bibliografia

- Almeida, João Amaral e, Sánchez, Pedro Fernández. (2010). *A contratação pública de serviços de assessoria jurídica*. In Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia - Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora
- Almeida, João Amaral e, Sánchez, Pedro Fernández. (2016). *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL
- Alves, Luís. (2014). *A Diretiva relativa aos contratos públicos (Diretiva 2014/24/UE): Anotada – Com Antecedentes, jurisprudência comunitária e adequando o Acordo sobre Contratos Públicos*. Publicações do Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, Lisboa.
- Akerlof, George; Shiller, Robert. (2016). *Pescando Tolos – A Economia da Manipulação e Fraude*. Rio de Janeiro. Editora Alta Books
- Arzileiro, Ana Cristina. (2017). *O risco de corrupção e a prevenção na contratação pública em Portugal, uma questão cultural intra e intergeracional*. In “Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública”, Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, Coord. Nuno Cunha Rodrigues, Lisboa, ISBN 978-989-99801-7-4
- Azeredo, Joana. (2016). *A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência*. Revista eletrónica de direito. Faculdade de Direito da Universidade do Porto
- Azevedo, Maria Eduarda. (2008). *As Parceria Público Privadas: Instrumento de uma nova Governação Pública*. Tese de doutoramento em direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Barreto, Marcos António Mendes de Almeida. (2017). *A (des)necessidade de Pactos de Integridade na Contratação Pública*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário, Faculdade de Direito da Universidade do Minho
- Centro de Estudos Judiciários. (2018). *Contratação Pública*, 1.ª Edição, ISBN 978-972-9122-98-9
- Corrupção: *Algumas lições da Economia Comportamental*. (2017). Consultado em

- 06.05.2018 Disponível na internet em <http://www.economiacomportamental.org/nacionais/corruptao-algumas-liceos-da-economia-comportamental/>
- Cunha, Ary Ferreira. (2012). *Políticas de combate à corrupção: corrupção no setor público sob a perspectiva da teoria da agência*. Dissertação de Mestrado em Direito – Ciência Jurídico-económicas. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- Esteves, Inês (2012). *A Responsabilidade Social do Auditor Perante a Fraude*. Dissertação de Mestrado em Auditoria, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa
- Estorninho, Maria João. (2016). In *Por uma visão ética da contratação pública*. Liber Amicorum Fausto Quadros, Coimbra, Almedina, Vol. II, p. 303 e ss.
- Estorninho, Maria João. (2016). *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho. Consultado em 20.12.2018, disponível na internet em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_fct.pdf
- Fernandes, Paula Baptista. (2012). *O Ajuste Direto*. Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo vertente Contratação Pública, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- Filho, André. (2012). *Corrupção, ética e economia: reflexões sobre a ética concorrencial em economias de mercado*. Editora Campus, Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial
- Frade, Catarina (2009). *O direito face ao risco*. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, ISSN: 2182-7435
- Goleman, Daniel; Bennis, Warren; O’Toole, James. (2009). *Transparência - Como os líderes podem criar uma cultura de sinceridade*. Grávida, 1.ª Ed. ISBN 978-989-616-285-6
- Gomes, Carla Amado; Pedro, Ricardo; Serrão, Tiago; Caldeira, Marco. (2018). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Editora, Lisboa, 2.ª Ed., ISBN 978-972-629-199-2
- Gonçalves, Pedro Costa. (2018). *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra, Almedina, 3ª

- Ed., ISBN 978-972-7705-5.
- Inês, Pedro Daniel S. N. (2018). *Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência*. Dissertação de Mestrado em Administração Pública – especialização em contratação pública, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- Januário, Rui; Caetano, Paulo. (2018). *A Corrupção e o Estado*. Edições Vieira da Silva, Lda, ISBN 978-989-779-053-9
- Lopes, Joana Catarina P. Almeida. (2017). *O Auditor e a deteção de fraude - uma revisão da literatura*. Dissertação de mestrado em contabilidade ramo de auditoria, Universidade de Aveiro
- Maia, António João; Pimenta, Carlos; Sousa, Bruno. (2017). *Fraude em Portugal Causas e Contextos*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6976-0
- Maia, João António. (2016). *Ética, Corrupção e Fraude. Observatório de Economia e Gestão de Fraude*. Consultado em 20.05.2018, disponível na internet em https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2016/05/Sol01_AM.pdf
- Maia, João António. (2018). *Corrupção, corrupção, corrupção – tanta corrupção: O que é verdadeiramente novo acerca da corrupção é toda esta forma de a mediatizar*. Consultado em 19.05.2018, disponível na internet em <https://www.publico.pt/2018/01/06/sociedade/opiniao/corruptao-corrupcao-corrupcao--tanta-corrupcao-1798228>
- Machado, Bruno Miguel de Jesus. (2014). *Contratação Pública e Concorrência nos Procedimentos por Ajuste Direto*. Dissertação de Mestrado em Administração e Gestão Pública, Universidade de Aveiro
- Machado, Miguel da Câmara. (2018). *Meios de Combate à Corrupção no Direito Romano e na Actualidade*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, ISBN 978-972-629-210-4
- Morais, Paulo de. (2018). *O atual regime tem de fingir de vez em quando que combate a corrupção*. Revista Sábado. [Consultado em 27.05.2018], disponível na internet em <https://www.sabado.pt/portugal/politica/detalhe/paulo-morais-o-actual-regime-tem-de-fingir-de-vez-em-quando-que-combate-a-corrupcao>
- Moreira, José Manuel. (1999). *A Contas com a Ética Empresarial*. Principia, 1.ª Ed. ISBN 972-8500-07-6

- Neves, Ana Fernanda. (2010). *Os Princípios da Contratação Pública*, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia - Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora
- Neves, Ana Fernanda; Gomes, Carla Amado. (2018). *Estudos Sobre a Atividade Inspetiva*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa. ISBN 978-972-629-236-4
- Pitorra, João Paulo dos Santos Rodrigues. (2017). *A corrupção, o cargo público e o conflito de interesses*. Dissertação de mestrato em direito - ciências jurídico-forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Ramos, João António Alencastre de Matos. (2019). *A proteção de denunciantes de corrupção e criminalidade conexas*. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Ribeiro, Márcia Carla Pereira; Domingues, Victor Hugo. (2018). *Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, n.º 2, ISSN 2236-1677
- Rodrigues, Nuno Cunha. (2011). *Ajuste direto por motivos de aptidão técnica*. Comentário Acórdão n.º 40/2010, de 3/11, 1.ª S do Tribunal de Contas
- Rodrigues, Vasco. (2016). *Análise Económica do Direito*. Coimbra: Almedina, 1ª Ed. ISBN 978-972-40-6411-6
- Oliveira, Rodrigo Esteves de. (2008). *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*. Coimbra Editora. ISBN 97897232116486
- Orghian, Diana et al. (2018). *Desvio de carácter ou simplesmente humano? Economia comportamental aplicada ao comportamento desonesto*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, n.º 2, ISSN 2236-1677
- Sánchez, Pedro Fernández. (2019). *Estudo sobre Contratos Públicos*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, ISBN 978-972-629-290-6
- Santos, Ana Cordeiro. (2015). *Famílias Endividadas: Uma abordagem da economia comportamental política e comportamental*. Coimbra. Almedina. ISBN 978-972-40-6204-4
- Saraiva, Rute. (2012). *Fraude Académica em Hogwarts. Lições de Análise Económico-Comportamental para Muggles de Todas as Idades*. Consultado em 12.11.2018, disponível na internet em

https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/04/2012_04_2301_2361.pdf

- Serra, Rute (2018). *Saúde: contratação pública e prevenção da fraude*. Revista Visão. Consultado em 01.12.2018, disponível na internet em <http://visao.sapo.pt/opiniao/silncioda fraude/2018-02-15-Saude-contratacao-publica-e-prevencao-da-fraude>
- Silva, João Filipe Santiago. (2016). *O Combate à Corrupção nos Procedimentos de Contratação Pública: Uma Visão Sobre a Estratégia Adotada na União Europeia*. Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
- Simões, Sandra Hermengarda do Valle-Frias Madureira Moutela. (2016). *Crime de Corrupção – algumas especificidades da sua investigação – Denúncia anónima e whistleblowing*. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-forenses. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Slomski, Valmor; Corrar, Luiz João; Diniz, Josedilton Alves. (2010). *Análise digital: Uma abordagem cognitiva na deteção de não conformidades em prestações de contas municipais*. Consultado em 24.11.2018, disponível na internet em http://www.congressosp.fipecafi.org/anais/artigos102010/an_resumo.asp?con=1&cod_trabalho=474&titulo=An%20E11ise+digital%3A+uma+abordagem+cognitiva+na+detc%20E3o+de+n%20E3o+conformidade+em+presta%20E7%F5es+de+contas+mun
- Sousa, Luís Verde. (2016). *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos - Alterações ao ajuste direto e o (re)surgimento da consulta prévia*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- Tavares, Luís Valadares. (2018). *O essencial sobre contratos públicos: As Diretivas de 2014 e o Decreto-Lei 111-B/2017*. Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia, ISBN 978-989-8747-06-8
- Tavares, Gonçalo Guerra, Dente, Nuno Monteiro. (2009). *O Código dos Contratos Públicos, Regime de Contratação Pública, Vol. I*. Almedina.
- Telles, Pedro. (2017). *Ajuste directo e consulta prévia: é preciso que tudo mude para que tudo fique na mesma*. Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 4, n.º 2, Lisboa. Consultado em 27.12.2018, disponível na internet em

http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2017000200004&lng=pt&nrm=iso

Thaler, Richard H. (2017). *Comportamento Inadequado*. Atual. ISBN 978-989-694-160-4

Thaler, Richard; Sunstein, Cass. (2018). *Nudge - Um pequeno empurrão – Como decidir melhor em questões de saúde, riqueza e felicidade*. Luade Papel. ISBN: 978-989-23-4108-8

Tversky, Amos; Kahneman, Daniel (1981). *The Framing of Decision and the Psychology of Choice*. Science, 211, 453-458.

Williams-Elegbe, Sope. (2012). *Fighting Corruption in Public Procurement – A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*. Bloomsbury Publishing. Oxford, ISBN13: 9781849460200

Legislação

- Dec-Lei n.º 48/95, de 15 de março - Código Penal.
- Lei n.º 98/97, de 26 de agosto - Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.
- Dec-Lei n.º 197/99, de 08 de junho - Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública.
- Dec-Lei n.º 276/2007, de 31 de julho - Regime Jurídico da Atividade de Inspeção da Administração Direta e Indireta.
- Dec-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro - Código dos Contratos Públicos.
- Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho - Regula a constituição, funcionamento e gestão do portal único da Internet dedicado aos contratos públicos
- Dec-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro - Regime Jurídico do Setor Público Empresarial.
- Dec-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro - Código do Procedimento Administrativo.
- Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro - Lei de Enquadramento Orçamental.
- Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

Jurisprudência

- Acórdão n.º 24/2010 - 1.ª S/PL, de 14 de setembro, do Tribunal de Contas. “Contrato para aquisição de serviços, relativo à elaboração do projeto para construção do Centro de Artes e Espetáculos de Viseu”.
- Acórdão n.º 42/2010 - 1.ª S/SS, de 16 de novembro, do Tribunal de Contas. “Contrato de empreitada para construção do centro de alto rendimento de surf de Viana do Castelo”.
- Acórdão n.º 39/2010 - 1.ª S/SS, de 3 de novembro, do Tribunal de Contas. “Contrato de prestação de serviços de assessoria jurídica”.
- Acórdão n.º 40/2010 - 1.ª S/SS, de 3 de novembro, do Tribunal de Contas. “Realização de obras de infraestruturas na ampliação da Ala Nascente (Serviços de Medicina Interna e Cirurgia Geral) do Hospital de São João, E.P.E.”
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de junho de 2011, 2.ª S (Proc. n.º 011/11). “Contrato de aquisição de serviços para fornecimento de um sistema de informação hospitalar”.
- Acórdão n.º 16/2011 - 1.ª S/SS, de 18 de agosto, do Tribunal de Contas. “Fornecimento e montagem de subestação de energia elétrica de média e baixa tensão no Hospital de São João, E.P.E.”.
- Acórdão n.º 25/2012 - 1.ª S/SS, de 24 de julho, do Tribunal de Contas. “Contrato de prestação de serviços de manutenção de diversos espaços ajardinados e de arborização em arruamentos”.
- Acórdão n.º 30/2013 - 1.ª S/SS, de 26 de novembro, do Tribunal de Contas. “Contrato de empreitada relativo à ampliação de uma escola”.
- Acórdão n.º 1/2014 - 1.ª S/SS, de 14 de janeiro e Acórdão n.º 22/2014 – 1.ª S/SL, de 2 de dezembro, ambos do Tribunal de Contas. “Contrato de aquisição de serviços para a elaboração do projeto de execução do novo edifício hospitalar a integrar no seu plano de reabilitação”.
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de setembro de 2014, 1.ª S (Proc. n.º 0718/12). “Contrato de prestação de serviços de alimentação”.
- Acórdão n.º 4/2015 - 1.ª S/SS, de 3 de fevereiro, do Tribunal de Contas (Revogado pelo Acórdão n.º 15/2015-PL, de 28 de maio de 2015). “Contrato de aquisição de

serviços de manutenção para licenças de software SAP para o Sistema Integrado de Gestão da Defesa Nacional”.

- Acórdão n.º 29/2014 – 1.ª S/SS, de 23 de setembro, do Tribunal de Contas. “Contrato de empreitada de requalificação de estradas municipais”.

- Acórdão n.º 15/2014 - 1.ª S/PL, de 14 de outubro, do Tribunal de Contas. “Contrato para aquisição de câmaras térmicas portáteis de visão noturna”.

- Acórdão n.º 38/2014 - 1.ª S/SS, de 4 de novembro, do Tribunal de Contas. “Contrato de aquisição de serviços relacionados com a recolha de resíduos sólidos urbanos, fornecimento, manutenção e lavagem de contentores”.

- Acórdão n.º 40/2014 - 1.ª S/SS, de 10 de novembro, do Tribunal de Contas. “Contrato de prestação de serviços de manutenção, operação e locação de aviões anfíbios pesados complementares”.

- Acórdão n.º 17/2015 - 1.ª S/PL, de 9 de junho, do Tribunal de Contas. Embora o Tribunal embora tenha concedido visto a um contrato de “Prestação de serviços de recolha, limpeza e transporte de resíduos sólidos urbanos, lavagem, manutenção, fornecimento e colocação de contentores no Município da Guarda”.

- Acórdão n.º 4/2016 - 1.ª S/PL, de 16 de fevereiro, do Tribunal de Contas (Recurso ordinário n.º 20/2014-R). “Contrato de aquisição de serviços para o desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação”.

- Acórdão n.º 06/2016 - 1.ª S/PL, de 8 de março, do Tribunal de Contas (Recurso Ordinário n.º 30/2014-R). “Contrato de aquisição de serviços de recolha de resíduos sólidos urbanos, fornecimento, manutenção e lavagem de contentores”.

- Acórdão n.º 13/2016 – 1.ª S/PL, de 14 de julho, do Tribunal de Contas. (Recurso ordinário n.º 07/2016-R). “Contrato de prestação de serviços de seguros para o ano de 2015”.

- Acórdão n.º 10/2016 - 1.ª S/SS, de 14 de julho, do Tribunal de Contas. “Contrato de empreitada”.

- Acórdão n.º 19/2017 - 1.ª S/PL, de 11 de julho, do Tribunal de Contas. “Contrato de aquisição de serviços médicos para a Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel-Quarto Trimestre de 2016”.

- Acórdão n.º 1/2018 - 1.ª S/PL, de 29 de janeiro, do Tribunal de Contas. “Aquisição de serviços de remoção de graffiti e cartazes, proteção das superfícies tratadas e manutenção das mesmas no Município de Lisboa”.
- Acórdão n.º 6/2018 - 1.ª S/SS, de 29 de janeiro, do Tribunal de Contas. “Empreitada de Requalificação do Castelo/Fortaleza de Penamacor”.
- Acórdão n.º 7/2018 - 1.ª S/SS, de 23 de janeiro, do Tribunal de Contas. “Aquisição de Combustíveis Rodoviários a Granel para o Território Nacional Continental no 4.º Trimestre de 2017”.
- Acórdão n.º 8/2018 - 1.ª S/SS, de 29 de janeiro, do Tribunal de Contas. “Contratação *in-house* para Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção”.
- Acórdão n.º 10/2018 - 1.ª S/SS, de 9 de fevereiro, do Tribunal de Contas. “Contrato de prestação de serviços para elaboração dos projetos de arquitetura e especialidades de reabilitação do mercado municipal e recinto da Feira”.
- Acórdão n.º 13/2018 - 1.ª S/PL, de 10 de julho, do Tribunal de Contas. “Contrato de empreitada de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde de Velas”.
- Acórdão n.º 1/2019 - 1.ª S/SS, de 16 de janeiro, do Tribunal de Contas. “Contrato de concessão relativa ao financiamento, conceção, projeto, construção/reabilitação, conservação e exploração de bens imóveis do Município de Lisboa”.
- Acórdão n.º 3/2019 - 1.ª S/SS, de 1 de fevereiro, do Tribunal de Contas. “Contrato para a reconversão e exploração do antigo matadouro industrial do Porto”.
- Acórdão n.º 8/2019 - 1.ª S/SS, de 25 de março, do Tribunal de Contas. “Contrato de empreitada para criação da unidade de internamento de curta duração”.