

Contratação Pública – principais riscos identificados nas auditorias da IGF e Autoridades Europeias

Inspeção-Geral de Finanças
Autoridade de Auditoria

25 de maio de 2020

Contratação pública

- As Orientações de 2013 são aplicáveis aos contratos realizados ao abrigo das Diretivas de 2004
- Decisão da Comissão C(2019) 3452, de 14 de maio, aplicável:
 - Aos contratos realizados ao abrigo da Diretiva de 2014

*É aplicada uma **correção financeira de 100%** às despesas afetadas por irregularidades resultantes da violação das regras de adjudicação de contratos públicos com impacto no orçamento da UE e relacionadas **com fraudes lesivas dos interesses financeiros da União**, ou qualquer outra infração definida nos artigos 3.º a 5.º da Diretiva (UE) 2017/1371, estabelecidas por um órgão judicial competente ou identificadas por uma autoridade competente da UE ou nacional, com base em elementos probatórios que confirmem a presença de irregularidades fraudulentas*

Contratação pública -Enquadramento

Os auditores da Comissão e as autoridades nacionais de auditoria (a menos que tenham responsabilidades específicas no âmbito do direito nacional) não possuem competências específicas de investigação em casos de fraude. Por conseguinte, os seus relatórios, mesmo que identifiquem um risco ou indiquem uma probabilidade de comportamento fraudulento, não determinam, por si só, a existência de fraude.



Têm, ainda assim, a obrigação, confirmada pelo artigo 15.º, n.º 3, da Diretiva (UE) 2017/1371, de revelar «ao OLAF e às demais autoridades competentes todos os factos de que tenham conhecimento durante o desempenho das suas funções, que possam ser qualificados como uma infração penal» e sem prejuízo da obrigação que incumbe aos Estados-Membros de assegurar «que os organismos de auditoria nacionais façam o mesmo.»

(ponto 1.5. do Anexo à Decisão da Comissão C(2019) 3452)

Regras da contratação pública – áreas de risco

1. Formação dos contratos

- Efetiva necessidade da aquisição do bem / serviço / empreitada
- Quem ajudou na preparação do procedimento tem interesse no seu fornecimento (**potencial conflito de interesses**)
- Convite recorrente a um mesmo grupo de fornecedores

Regras da contratação pública – áreas de risco

1. Formação dos contratos

- Autonomização artificial de contratos relativos a obras/serviços/fornecimentos (Acordãos C-574/10, T-358/08, T-384/10)
 - Sobreposição de concursos com o mesmo objeto contratual
 - Simultaneidade/horizonte temporal da execução das obras/serviços adjudicados
 - Adjudicações sucessivas à mesma entidade
 - Aproximação geográfica
 - Contratos já celebrados e valor de todos os procedimentos ainda em curso

Regras da contratação pública – áreas de risco

1. Formação dos contratos

- Procedimento de negociação sem publicação:
 - Apenas aceite em casos excepcionais devidamente comprovados:
 - Urgência imperiosa;
 - Razões técnicas ou direitos exclusivos.
- Caso não sejam verificados estes requisitos a correção financeira a aplicar é sempre 100%, pois não é efetuado qualquer nível de publicidade
- Nos casos em que esta existe a correção financeira é de 25 %

Regras da contratação pública – áreas de risco

1. Formação dos contratos

- Divergências na informação publicada nos anúncios do JOUE e DR
- Preços semelhantes para serviços diferentes
- Ausência de consultas prévias ao mercado / orçamentos que fundamentem os preço base fixado
- Limites à subcontratação (Acórdão C-63/18)

Regras da contratação pública – áreas de risco

1. Formação dos contratos

- Ausência ou insuficiente indicação dos critérios de seleção no anúncio de concurso e/ou dos critérios de adjudicação (e respetiva ponderação) no anúncio ou no programa do concurso e/ou critério ilegal
- A não contratação por lotes na formação de contratos públicos de aquisição de bens ou e serviços, de valor superior a €135.000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a €500.000

Regras da contratação pública – áreas de risco

1. Formação dos contratos

- Especificações técnicas e cláusulas ilegais
 - Não podem identificar:
 - Características dos produtos ou serviços a prestar por um operador económico específico
 - Marcas
 - Patentes
 - Origens específicas



Admissíveis em situações excepcionais, quando acompanhadas da expressão “ou equivalente”

Regras da contratação pública – áreas de risco

2. Execução dos contratos

- Não submissão dos contratos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas
- Incongruências entre execução física prevista e a execução financeira ocorrida
- Alteração contratual não pode ser realizada quando:
 - Leve à alteração substancial do objeto do contrato
 - Configure uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência
 - Quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos, alteravam o resultado

(Acordãos T-235/11, T-540/10, C-549/14 e C-454/06)

Regras da contratação pública – áreas de risco

2. Execução dos contratos

- O prazo para conclusão das obras prolongado de 305 para 444 dias, o que representa uma extensão de 46%
- Penalizações contratuais não aplicadas
- Redução do âmbito do contrato em aproximadamente 25%
- Alterações impostas por autorizações obtidas à posteriori

Regras da contratação pública – áreas de risco

- Ocorrência de pagamentos antes da publicação dos contratos no Portal BASE

“A publicitação é condição de eficácia, pelo que não era possível executar os contratos, nem efetuar quaisquer pagamentos ao seu abrigo, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 127.º do CCP”

(Proc. 13 JFR/2014)

Pagamento ilegal, logo correção integral

Lei n.º 30/2021

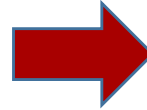
- Prevê a aprovação de **medidas especiais de contratação pública** em matéria de:
 - **Projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus**
 - Habitação e descentralização
 - Tecnologias de informação e conhecimento
 - Saúde e apoio social
 - **Execução do Programa de Estabilização Económica e Social e do Plano de Recuperação e Resiliência**
 - Gestão de combustíveis no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais (SGIFR)
 - Bens agroalimentares

Lei n.º 30/2021

- Para os projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, as medidas especiais preveem uma simplificação dos procedimentos, que se reconduzem, designadamente, ao seguinte:
 - **Possibilidade de realizar procedimentos simplificados** de concursos públicos, concurso limitado por prévia qualificação e consultas prévias até aos limiares comunitários
 - Incremento do limite financeiro para recurso ao **ajuste direto simplificado**
 - **Redução dos prazos** de apresentação de propostas e candidaturas em procedimentos concorrenciais

Lei n.º 30/2021

As medidas especiais de contratação pública para projetos financiados por fundos europeus



Procedimentos não abrangidos pelas Diretivas Europeias em matéria de contratação pública, por se situarem abaixo dos respetivos limiares de aplicação



Mas estão abrangidas pelos princípios do TFUE, nomeadamente pelos princípios da transparência e da igualdade de tratamento e de não-discriminação em razão da nacionalidade, que implica que seja garantida a abertura ao mercado e à concorrência, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação

Vd. Comunicação Interpretativa da CE (2006/C 179/02) sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas Diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos.

Lei n.º 30/2021

Regras aplicáveis aos procedimentos simplificados com potencial impacto na regularidade da despesa:

Dispensa de deveres de fundamentação (artigo 11.º)

- Da não aquisição por lotes; Contraria o legislador europeu que pretendeu abrir o Mercado às PME e micro empresas.
- Da fixação do preço base. Deixa de evidenciar que o preço base corresponde a um preço justo, de Mercado.

Lei n.º 30/2021

Impedimentos (artigo 13.º)

- Considera-se que têm a situação contributiva regularizada os concorrentes que, tendo dívidas, se encontrem nalguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 208.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social ou nas alíneas b) a d) do n.º 1 do artigo 177.º-A do Código de Procedimento e de Processo Tributário
- A entidade adjudicante deve ainda admitir a participação de concorrentes com a situação não regularizada, desde que as dívidas:
 - a) Resultem de uma impossibilidade temporária de liquidez, comprovada por termo de revisor oficial de contas ou de contabilista certificado
 - b) Não excedam, em conjunto, 25 000 €

Lei n.º 30/2021

Alterações ao CCP com potencial impacto na regularidade da despesa:

Revogação do artigo 27.º-A

No ajuste direto por critérios materiais, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o convite a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.



Assegurava algum nível de concorrência, e aumentava a transparência, ao abrir a possibilidade de mais de uma entidade apresentar proposta.



A sua revogação vai reduzir a concorrência e transparência, o que potencia práticas de conluio.

Lei n.º 30/2021

Alterações ao CCP com potencial impacto na regularidade da despesa:

n.º 4 do artigo 36.º

Para a execução de projetos financiados deixa de ser necessária a realização de uma avaliação custo/benefício como parte integrante e obrigatória da fundamentação dos procedimentos de valor mais elevado.



Desproporcional diferenciação consoante a origem do financiamento, pouco consentânea com as exigências de rigor e transparência na aplicação de dinheiros públicos, sejam eles oriundos de fundos europeus ou do orçamento nacional.

A sua revogação vai reduzir a concorrência e transparência, o que potencia práticas de conluio.

Lei n.º 30/2021

Alterações ao CCP com potencial impacto na regularidade da despesa:

n.º 6 do artigo 42.º

Procede ao alargamento dos aspetos a considerar nas cláusulas do caderno de encargos, destinados a favorecer determinadas políticas ou setores.



Destaca-se o disposto na alínea e) “**A valorização da economia local e regional**”, na medida em que reveste elevado potencial de se traduzir em práticas restritivas da concorrência ou discriminatórias de operadores de outros Estados-membros, contrárias ao direito da União Europeia.

Acresce que esta norma não restringe a sua aplicação a procedimentos cujo valor se situe abaixo dos limiares das Diretivas.

Lei n.º 30/2021

Alínea d) do n.º 2 e n.º 6 do artigo 70.º

Quando todas as propostas tenham sido excluídas no âmbito de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação, o órgão competente para a decisão de contratar **pode adjudicar a uma proposta de valor superior ao preço base**, sendo indicado que deverá ser escolhida “aquela cujo preço mais se aproxime do preço base”.

Desde que a adjudicação seja fundado em razões de interesse público,

Esta possibilidade tem de se encontrar prevista no programa do procedimento

A proposta não exceda o preço base em 20% ou mais.

A decisão de autorização da despesa deve estar habilitada à adjudicação pelo preço pretendido.

Lei n.º 30/2021

Alteração do artigo 74.º

Com a atual proposta desaparece o atual n.º 2 do artigo 74.º, que prevê que *“Em casos devidamente fundamentados, a entidade adjudicante pode optar por não submeter à concorrência o preço ou o custo, caso em que se estabelece obrigatoriamente um preço fixo ou um preço máximo no caderno de encargos”*.

Atento o desvio à regra, consideramos de manter a exigência de fundamentação da não submissão à concorrência do preço ou custo.

Lei n.º 30/2021

Alínea d) do n.º 2 do artigo 75.º

Esta disposição elenca, de forma exemplificativa, os fatores e eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação, inclui referências à “utilização de produtos de origem local ou regional”.



Conforme já referido, consideramos que a norma, na medida em que reveste elevado potencial de se traduzir em práticas restritivas da concorrência ou discriminatórias de operadores de outros Estados-membros, contrárias ao direito da União Europeia.

Lei n.º 30/2021

Alínea a) do n.º 2 do artigo 88.º

A alteração proposta alarga para mais do dobro, o valor dos contratos relativamente aos quais não é exigida a prestação de caução, passando de 200.000 euros para 500.000 euros.



Trata-se de mais um passo na redução das garantias de salvaguarda do interesse público, em especial no que se refere à boa execução dos contratos.