IGF

AUTORIDADE DE AUDITORIA

NOVA IMS Information Management School

Gestão dos Riscos na Contratação Pública

Índice

1. Introdução 3

2. Introdução Temática 5

O Código dos Contratos Públicos 6

Riscos Organizacionais 8

Riscos dos *Stakeholders* 12

- Dirigente / Autarca / Gestor Público 13
- Membro do Júri 14
- Gestor do Contrato 15
- Auditor 16
- Fornecedor 17

Auditoria a Contratação Pública: Principais Riscos 18

Extratos de trabalhos da UC Contratação Pública e PPP's 20

1. Introdução

1930 – 2030: A Década do Centenário

Neste dia exato, há 91 anos, o Decreto n.º 18:177 criava a Inspeção-Geral de Finanças (IGF), assumindo as competências de duas entidades então extintas: a Inspeção da Fazenda Pública e o Corpo da Fiscalização Superior das Contribuições e Impostos.

De organismo percursor das atuais funções de auditoria interna dos serviços de liquidação e cobrança de impostos, a IGF transformou-se, cresceu, expandiu e robusteceu consideravelmente o seu espectro de intervenção, que compreende de forma transversal o controlo estratégico de toda a administração financeira do Estado, constituindo-se hoje como uma Autoridade de Auditoria reconhecida a nível Europeu e Nacional.

No quadro de desenvolvimento prosseguido, assistimos nos últimos anos ao lançamento de uma estratégia de aproximação à Sociedade, e particularmente à Ciência e à Universidade, a qual, acompanhando de perto a evolução das políticas públicas, da ciência da auditoria e da respetiva metodologia, procurou sempre reconhecer as melhores práticas internacionais, fomentando a respetiva capacitação institucional, a qualificação profissional dos seus trabalhadores e a respetiva certificação das competências adquiridas, pressupostos indispensáveis para a abordagem de domínios tão complexos e de elevada materialidade e risco, como a temática da contratação publica, sempre com renovada atualidade, a que é dedicada esta publicação.

Nesse contexto foram estabelecidos diversos protocolos entre a IGF-Autoridade de Auditoria e diferentes instituições de ensino superior, com particular destaque para o celebrado com a NOVA/IMS, no âmbito do qual temos vindo a concretizar a Pós-graduação em Gestão e Controlo Financeiro e Orçamental, tendo como objetivo capacitar os participantes com um conjunto de competências na área da gestão e do controlo financeiro, contribuindo para o desenvolvimento de uma base científica tão necessária à construção de uma visão de futuro para a Administração Pública, indispensável para fortalecer a resposta do Estado de Direito às exigências dos cidadãos no século XXI.

Esta aposta da IGF-Autoridade de Auditoria no conhecimento e na qualidade, enquanto fatores indispensáveis à permanente sustentabilidade da independência técnica como ADN estruturante da sua ação, permitiu igualmente, a nível interno, um acréscimo extraordinário do índice de qualificação dos seus trabalhadores nos últimos anos e, a nível externo, conduziu à concretização de diversas realizações e conferências sobre temas atuais e de grande importância para a Sociedade e para as Finanças Públicas, às quais se associaram outras entidades públicas e parceiros de relevo, quer no plano nacional quer no plano internacional, consolidando as perspetivas desta Autoridade junto de diversos setores do Estado e da Sociedade.

No início desta década que nos conduzirá ao Centenário da IGF, novos e exigentes desafios se colocam à Autoridade de Auditoria, não só a nível interno, com o reforço da complexidade associada à coordenação e ao exercício da presidência do Conselho Coordenador do sistema de controlo interno da Administração Financeira do Estado e às funções de Autoridade de Auditoria nesse âmbito, decorrente do novo modelo de gestão das Finanças Públicas estabelecido pela Lei de Enquadramento Orçamental, como também a nível externo, com as crescentes responsabilidades no âmbito do controlo dos Fundos Europeus, decorrente da sobreposição dos períodos de vigência do PT 2020, do PT 2030 e do Plano de Recuperação e Resiliência, num quadro do significativo aumento do escrutínio externo e das exigências técnicas e metodológicas por parte das autoridades europeias.

Esses são os desafios que nos propomos superar, em conjunto com todos aqueles que nos fazem crescer e ser cada vez mais a Autoridade de Auditoria do futuro.

Parabéns Inspeção-Geral de Finanças!

Lisboa, 8 de abril de 2021

O Inspetor-Geral de Finanças,
António Ferreira dos Santos

A NOVA IMS associa-se com imenso gosto à celebração de mais um aniversário da IGF, entidade com a qual temos tido o prazer de desenvolver diversos projetos conjuntos e em parceria, sendo um excelente exemplo disso mesmo a nossa Pós-graduação em Gestão e Controlo Financeiro e Orçamental, que tem conhecido sucessivas edições pautadas por enorme sucesso.

Torna-se cada vez mais evidente o modo como as atividades de auditoria e inspeção são essenciais ao bom funcionamento das organizações, ajudando a manter sociedades mais justas, providas de maior eficácia e eficiência, com ganhos para os cidadãos e a cidadania.

O exercício destas mesmas atividades no atual contexto mundial de profunda transformação digital e crescente complexidade tecnológica obriga a que elas estejam cada vez mais solidamente assentes em conhecimento aprofundado, constantemente atualizado e revisitado à luz dos desenvolvimentos científicos registados, sendo neste contexto também que as parcerias estabelecidas entre a NOVA IMS e a IGF frutificaram, havendo espaço para que continuem a aprofundar-se, sobretudo tendo em atenção a forma como a abundância de dados, bem assim como meios de os processar, nos permitem também aqui revisitar abordagens, melhorar resultados e apontar novos caminhos.

Enquanto corolário de uma já longa colaboração, é com orgulho que a NOVA IMS se associa à IGF agora também na elaboração de uma oportuna e útil publicação dedicada à Gestão dos Riscos na Contratação Pública, que organiza e sistematiza de forma pedagógica os diferentes tipos de riscos existentes ao longo de todo o ciclo de vida de uma contratação pública, bem como os correspondentes agentes envolvidos e aspectos a ponderar, de modo a eliminar ou mitigar todos os inerentes potenciais riscos, que sempre vale mais a pena prevenir do que remediar.

Parabéns à IGF e a todos aqueles que ajudaram a concretizar esta nova publicação, na certeza de que a NOVA IMS continuará a estar permanentemente disponível para continuar a colaborar com a aniversariante, agora e ao longo da década que vai rematar com a passagem a três dígitos do número de anos de existência, resultado da contribuição da IGF para o bom governo de Portugal e qualidade de vida dos Portugueses.

Lisboa, 8 de abril de 2021

O Diretor da NOVA IMS,
Pedro Manuel Saraiva

2. Introdução Temática

A contratação pública é um pilar nuclear para a gestão pública, representando uma importante fatia da despesa das administrações públicas. Os contratos públicos têm um peso significativo nas economias dos Estados-Membros. Calcula-se que o seu valor represente mais de 16% do PIB da União Europeia.

Mas se é verdade que a elevada expressão financeira associada permite alavancar determinadas políticas públicas, a mesma configura-se simultaneamente como um fator de risco.

Estudos apontam para que as más práticas em contratação pública tenham um impacto superior a 5% da despesa subjacente.

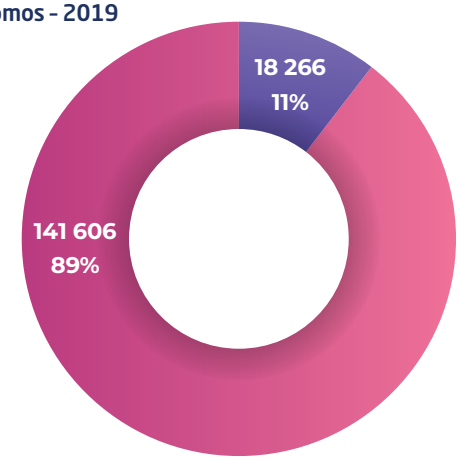
É, pois, incontestável a relevância da despesa pública associada à contratação pública e inequívoca a importância de que a mesma seja executada de forma eficiente, transparente, legal, regular, tendo como fim último a adequada prossecução do interesse público.

A presente publicação configura-se como um contributo da IGF – Autoridade de Auditoria para o antedito objetivo. Fruto dos estudos desenvolvidos nesta Autoridade e colhendo a experiência resultante das auditorias realizadas, pretende-se alertar, sem pretensão de exaustividade, para aspetos críticos e de maior risco para os diversos stakeholders em matéria de contratação pública.

Despesa Pública com Aquisição de Bens e Serviços Correntes e de Bens de Capital

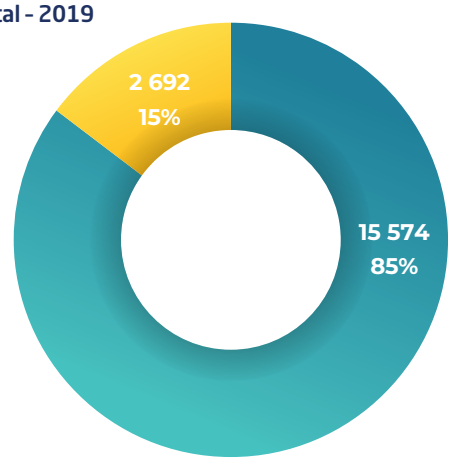
Em Portugal, a aquisição de bens e serviços correntes e de bens de capital nas entidades integradas no perímetro orçamental, superou, em 2019, os 18 mil milhões de euros (valores da Conta Geral do Estado), representando mais de 11% da despesa daquelas entidades. Desse valor, apenas 15% corresponde a investimento, pelo que estes recursos financeiros são essencialmente gastos em despesas de funcionamento corrente.

Despesas dos serviços integrados e serviços e fundos autónomos – 2019



- Aquisição de bens e serviços correntes e bens de capital
- Restantes despesas

Despesa com aquisição de bens e serviços correntes e bens de capital – 2019



- Aquisição de bens e serviços correntes
- Aquisição de bens de capital

Unidade: Milhões de euros
Fonte: Conta Geral do Estado de 2019.

O Código dos Contratos Públicos

A publicação do Código dos Contratos Públicos (CCP), para além de dar cumprimento à transposição das Diretivas sobre contratação pública, configurou uma importante inovação no nosso ordenamento jurídico, ao incluir pela primeira vez, num mesmo diploma, o regime da contratação pública aplicável quer a empreitadas de obras públicas, quer a bens e serviços, matérias anteriormente constantes de diplomas distintos, com regimes que diferiam em matérias substancialmente idênticas e, dessa forma, contribuíam para a existência de desconformidades legais na sua aplicação – as entidades adjudicantes tendiam a aplicar indiscriminadamente determinado iter procedimental, tanto a empreitadas como a aquisições de bens e serviços.

Também pela primeira vez, foram estabelecidas regras substantivas para os contratos de aquisição de bens e serviços, qualificando-os formalmente como contratos administrativos.

As inovações não ficaram por aqui. Apostou-se na desmaterialização do procedimento pré-contratual através da utilização de plataformas eletrónicas de contratação pública, sendo Portugal um exemplo de sucesso em matéria de *e-procurement*, perpassando por todo o normativo a preocupação de prossecução dos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade.

Assinala-se, pela sua relevância a criação de um portal dedicado aos contratos públicos – o Portal BASE, importante contributo para a transparência em matéria de contratação pública.

Ao longo dos anos foram sem introduzidas alterações ao normativo inicial, de maior ou menor extensão, merecendo destaque a revisão operada em 2017 pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2018, sem prejuízo de um reduzido, mas relevante conjunto de disposições de aplicação imediata, relativo à liberação da caução.

Esta revisão, motivada pela necessidade de transposição do pacote de Diretivas de 2014 sobre contratação pública, foi anunciada como visando igualmente a introdução de medidas de simplificação, desburocratização, flexibilização, transparência e boa gestão pública.

No momento em que a presente publicação está a ser preparada, encontra-se em curso nova revisão do CCP, essencialmente motivada por preocupações de simplificação procedimental, aguardando-se com expectativa a versão final do respetivo conteúdo.

No quadro seguinte apontam-se alguns aspetos que, em matéria de contratação pública, carecem de melhoria ou de ser repensados.

Alguns aspetos a carecer de melhoria e/ou de alteração em matéria de contratação pública:

- Atualização do regime de autorização de despesas – continuam em vigor as disposições do Decreto-Lei n.º 197/99, que estabelecem os limiares ainda em "contos";
- Declaração de inexistência de conflito de interesses deveria ser repetida após o conhecimento da identidade dos candidatos / concorrentes e subscrita por todos os intervenientes no processo, incluindo, designadamente, o gestor do contrato;
- Criação de norma sobre planeamento em contratação pública;
- Estabelecimento de um valor a partir do qual os procedimentos não concorrenciais (ajustes diretos e consultas prévias) devem ser tramitados nas plataformas eletrónicas de contratação pública;
- Repristinar as normas inicialmente vigentes sobre prestação e liberação da caução, para melhor salvaguarda das garantias do contraente público;
- Densificação do regime aplicável ao gestor do contrato;
- Estabelecimento de cominação para o incumprimento da obrigação de publicitação no Portal BASE da informação relativa à formação e execução dos contratos públicos.

Riscos organizacionais da contratação pública

Plano de Compras

O Plano de Compras configura-se como um instrumento essencial em matéria de contratação pública. A sua ausência ou insuficiência favorece uma abordagem meramente reativa às necessidades, a qual é suscetível de gerar incumprimentos do regime legal, estando na origem de muitas das desconformidades detetadas nas fases subsequentes do ciclo de contratação, por exemplo, o fracionamento artificial da despesa, a formalização dos procedimentos a posteriori, o recurso sistemático e não fundamentado a procedimentos não concorrenciais, o estabelecimento de prazos de apresentação de propostas exíguos.

Segundo a Comissão Europeia "O planeamento é fundamental. Se a entidade adjudicante errar nesta parte do processo, é muito provável que venham a seguir-se erros e problemas. Muitos erros podem dever-se a um planeamento deficiente."

O Plano de Compras não se pode limitar a ser uma lista de necessidades. Para além das identificar, deverá, designadamente, estimar o valor dos respetivos contratos e dos preços base, determinar o procedimento pré-contratual adequado para a obtenção do bem, da prestação do serviço ou para a realização da empreitada, calendarizar o respetivo lançamento por forma a garantir a tempestiva satisfação da necessidade subjacente e, no caso de procedimentos não concorrenciais, identificar os fornecedores suscetíveis de serem convidados, com base em critérios objetivos e fundamentados.

Referenciais:

Prevenção de riscos de corrupção na contratação pública - Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção de 2 de outubro de 2019
http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_20191002.pdf

Contratação Pública - Guia Prático - European Commission, Directorate-General for Regional and Urban Policy
https://ec.europa.eu/regional_policy/pt/information/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018

Fraude nos contratos públicos - Compilação de sinais de alerta e boas prática - Comissão Europeia - Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF)
https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf

OECD Principles for Integrity in Public Procurement
https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf

Conflito de Interesses

A entidade adjudicante deve adotar as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente uma situação de conflito de interesses que surja na condução de um procedimento de formação de contrato público, de modo a evitar distorções da concorrência e garantir a igualdade de tratamento dos operadores económicos.

Considera-se conflito de interesses qualquer situação em que o dirigente ou o trabalhador de uma entidade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome daquela, que participe na preparação e na condução do procedimento de formação de contrato público ou que possa influenciar os resultados do mesmo, tem direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no referido procedimento.

Os intervenientes num procedimento de formação de um contrato público devem subscrever uma declaração de inexistência de conflito de interesses, sendo ainda aconselhável que a entidade adjudicante se socorra dos dados públicos que dispõe para identificar sinais de alerta sobre relações não divulgadas entre os candidatos / concorrentes e os intervenientes na preparação, condução e execução dos contratos públicos.

Para além da subscrição da referida declaração no início do procedimento, justifica-se que a mesma seja repetida logo que conhecida a identidade dos candidatos / concorrentes.

Também os gestores dos contratos e os responsáveis pela fiscalização de obras públicas deverão subscrever idêntica declaração.

Referenciais:

Gestão de conflitos de interesse no setor público - Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção de 8 de janeiro de 2020
http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_20200108.pdf

Prevenção de riscos de corrupção na contratação pública - Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção de 2 de outubro de 2019
http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_20191002.pdf

Orientação técnica n.º 5/CCP/2019, do IMPIC, IP - Gestor do Contrato
http://www.impic.pt/impic/assets/misc/img/circulares_informacoes/OrientacaoTecnicaIMPIC_05CCP2019.pdf

Contratação Pública - Guia Prático - European Commission, Directorate-General for Regional and Urban Policy
https://ec.europa.eu/regional_policy/pt/information/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018

Guia de boas práticas de combate ao conluio - Autoridade da Concorrência
http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Documents/Guia%20de%20Boas%20Praticas%20-%20Combate%20ao%20Conluio%20na%20Contratacao%20Publica.pdf

Fraude nos contratos públicos - Compilação de sinais de alerta e boas prática - Comissão Europeia - Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF)
https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf

Identificação de conflitos de interesses em processos de adjudicação de contratos públicos no âmbito de ações estruturais - Comissão Europeia - Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF)
https://lisboa.portugal2020.pt/np4/%7B$clientServletPath%7D/?newsId=333&fileName=Guia_Pr_tico_para_Gestores___Identifica_.pdf

Comissão Europeia - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa, Estrasburgo, 03/10/2017 - COM (2017) 572 Final
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572&from=EN

OCDE -Recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública
http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-pt.pdf

OCDE - Recomendação do Conselho em matéria de contratos públicos
https://www.oecd.org/gov/ethics/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf

OECD Principles for Integrity in Public Procurement
https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf

Riscos organizacionais da contratação pública

Trabalhadores Capacitados

A existência de recursos humanos com habilitação e formação adequada em matéria de contratação pública que promova, designadamente, a conformidade procedimental, a qualidade dos documentos de suporte aos procedimentos, a obtenção de uma boa relação preço/qualidade e a adequada gestão e acompanhamento da execução dos contratos, constitui um aspeto crucial para o sucesso da contratação, estando, inclusive, na origem da emissão de uma recomendação pela Comissão Europeia Recomendação (UE) 2017/1805, de 03/10/2017 sobre a profissionalização da contratação pública, sendo matéria igualmente abordada em recomendação da OCDE de 2015 em matéria de contratos públicos.

Para este efeito, devem as entidades adjudicantes disponibilizar aos seus trabalhadores uma formação consistente nesta área de especialidade, com atualizações recorrentes, estimulando e apoiando igualmente iniciativas de autopromoção do conhecimento.

Segregação de Funções

A segregação de funções, enquanto princípio transversal à organização e divisão de tarefas de molde a assegurar níveis ótimos de transparência, independência e pear control, deve ser uma preocupação do gestor público na alocação de recursos humanos às diversas fases do processo de contratação pública e da execução dos respetivos contratos, sem sobreposição de responsabilidades.

Assim, e num cenário ideal, para além das questões inerentes à estrutura orgânica (vg. área de gestão financeira, separada da área de compras), deverá ser assegurado, pelo menos, que a elaboração das peças do procedimento, a participação no júri e o acompanhamento da execução dos contratos sejam cometidos a trabalhadores distintos.

Referenciais:

Prevenção de riscos de corrupção na contratação pública - Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção de 2 de outubro de 2019
http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_20191002.pdf

Recomendação (UE) 2017/1805, de 03/10/2017 sobre a profissionalização da contratação pública
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H1805&from=PT

Comissão Europeia - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa, Estrasburgo, 03/10/2017 - COM (2017) 572 Final
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572&from=EN

OCDE - Recomendação do Conselho em matéria de contratos públicos
https://www.oecd.org/gov/ethics/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf

OECD Principles for Integrity in Public Procurement
https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf

Rotatividade dos Trabalhadores

Trata-se igualmente de um princípio não exclusivo da área de contratação pública.

A rotatividade periódica dos trabalhadores incrementa a transparência e o seu desenvolvimento pessoal e profissional.

Deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre o maior know-how que resulta do exercício de funções durante determinado lapso temporal, com os riscos potenciados pela perpetuação dos trabalhadores numa área e/ou tarefa, designadamente:

- Complacência ou favorecimentos, pela proximidade gerada com os utentes, utilizadores do serviço ou fornecedores;
- Acomodamento e desinteresse na melhoria qualitativa e quantitativa das tarefas desenvolvidas.

Entidades a Convidar

Para além da observância dos limites previstos no Código dos Contratos Públicos que visam reduzir a recorrência do convite aos mesmos fornecedores, em procedimentos não concorrenciais a escolha das entidades a convidar deve ser baseada em critérios objetivos e sindicáveis.

Para esse efeito, poderá ser utilizada a consulta preliminar ao mercado, constituindo também uma boa prática a existência de sistemas de avaliação do desempenho dos fornecedores, com base em critérios previamente estabelecidos e publicitados e, eventualmente, com recurso a técnicas de *machine learning*, salvaguardando sempre a adequada prossecução do princípio da transparência.

Referenciais:

Prevenção de riscos de corrupção na contratação pública - Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção de 2 de outubro de 2019
http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_20191002.pdf

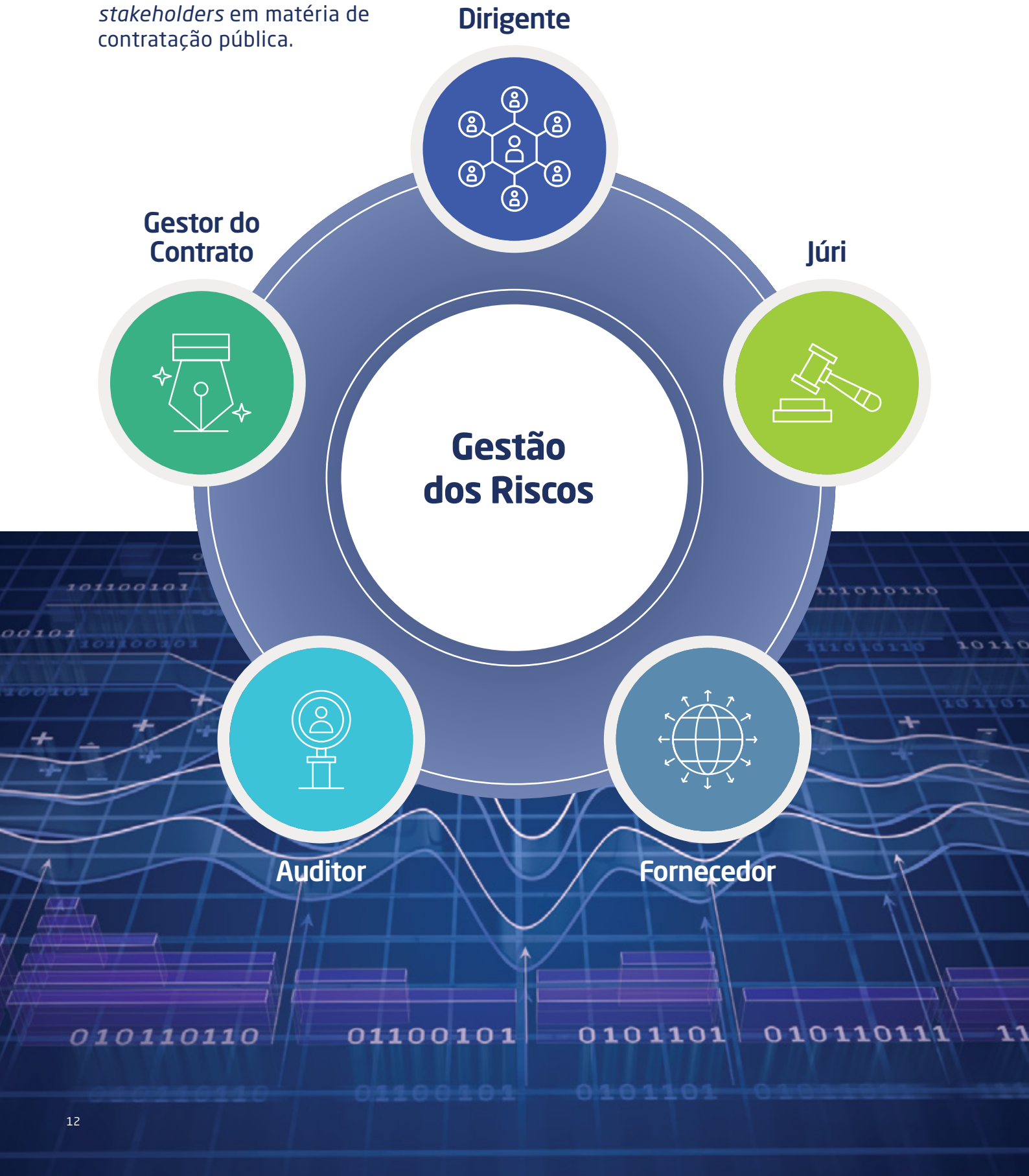
Orientação técnica n.º 1/CCP/2018, do IMPIC, IP - Escolha das entidades a convidar nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia (artigo 113.º do CCP)
http://www.impic.pt/impic/assets/misc/pdf/OrientacaoTecnicaIMPIC_01CCP2018.pdf

Orientação técnica n.º 4/CCP/2019, do IMPIC, IP - Consulta preliminar ao mercado
http://www.impic.pt/impic/assets/misc/img/circulares_informacoes/OrientacaoTecnicaIMPIC_04CCP2019.pdf

OECD Principles for Integrity in Public Procurement
https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf

Contratação Pública - Riscos dos *Stakeholders*

Nas páginas seguintes apresentam-se os aspetos críticos e/ou de maior risco para os principais *stakeholders* em matéria de contratação pública.



Dirigente / Autarca / Gestor Público

Risco	Formas de Mitigação
■ Ausência de planeamento ■ Fracionamento; ■ Fornecimentos desajustados; ■ Desperdício; ■ Desconformidades procedimentais; ■ Incremento da despesa.	■ Elaborar plano de compras; ■ Promover consultas preliminares ao mercado.
■ Conflito de interesses	■ Declarações de conflito de interesses subscritas por todos os intervenientes no processo e renovadas em momentos-chave.
■ Falta de capacitação dos trabalhadores; ■ Desconformidades procedimentais; ■ Reduzida qualidade das peças do procedimento; ■ Inexistência de acompanhamento da execução física e financeira dos contratos; ■ Externalização / não retenção do conhecimento.	■ Formação, treino, experiência; ■ Circuitos e procedimentos claramente definidos; ■ Implementação de medidas de retenção do conhecimento em situação de *outsourcing* (v.g., enquadramento das equipas externas com trabalhador(es) da entidade, exigir nas peças do procedimento a entrega de manuais, descrição de procedimentos, etc); ■ Responsabilização.
■ Práticas lesivas; ■ Fraude; ■ Conluio.	■ Segregação de funções; ■ Rotatividade dos trabalhadores; ■ Plano de Prevenção de Riscos de Corrupção e Infrações Conexas revisto e monitorizado.
■ Falta de fundamentação das decisões / atos, v.g.: ■ Decisão de contratar; ■ Escolha do procedimento; ■ Estimativa do valor do contrato e preço base; ■ Dispensa de redução a escrito do contrato de adjudicação.	■ Reforço e robustecimento da fundamentação das decisões / atos, designadamente através da densificação das informações dos serviços.
■ Falta de qualidade dos fornecedores e dos fornecimentos (procedimentos não concorrenciais).	■ Estabelecimento de procedimentos que permitam alicerçar a escolha dos fornecedores, v.g., através da consulta preliminar ao mercado, da criação de sistemas de avaliação da *performance* em anteriores contratações, técnicas de "*machine learning*".
■ Incumprimento contratual.	■ Nomeação do gestor do contrato; ■ Estabelecimento e aplicação de penalidades.

Contratação Pública - Riscos dos *Stakeholders*

Membro do Júri

Risco	Formas de Mitigação
■ Conflito de interesses	■ Declaração de conflitos de interesses subscrita após a designação e após conhecimento da identidade dos candidatos / concorrentes ■ Em caso de conflito de interesses solicitar a sua substituição
■ Não deteção de erros e omissões nas peças do procedimento	■ Analisar pormenorizadamente as peças do procedimento ■ Propor ao órgão competente para a decisão de contratar eventuais esclarecimentos ou correções oficiosas de erros e omissões das peças do procedimento
■ Existência de candidatos / concorrentes em situação de impedimento	■ Na análise e avaliação das propostas, estar atento a indícios de situações que possam configurar impedimentos ou práticas restritivas da concorrência
■ Utilização incorreta da possibilidade de pedir esclarecimentos, efetuar suprimentos e ratificar oficiosamente erros de escrita ou de cálculo	■ Assegurar-se que os esclarecimentos não contrariam os elementos constantes dos documentos das propostas, não alterem ou complementem os seus atributos ou procedem à supressão de omissões que determinariam a sua exclusão ■ Garantir que os suprimentos solicitados se referem a formalidades não essenciais, que se limitam a comprovar factos pré-existentes e que não afetam a concorrência e a igualdade de tratamento
■ Não deteção de causas de exclusão das propostas	■ Analisar pormenorizadamente as propostas e todos os documentos que as compõem
■ Aplicação incorreta do critério de adjudicação / modelo de avaliação das propostas	■ Analisar e testar previamente a aplicação do critério de adjudicação / modelo de avaliação das propostas
■ Falta de fundamentação das deliberações	■ Reforço e robustecimento da fundamentação das deliberações

Gestor do Contrato

Risco	Formas de Mitigação
■ Falta de conhecimentos técnicos necessários ao exercício das funções	■ Solicitar a dispensa do exercício das funções ■ Propor à entidade empregadora a frequência de ações de formação destinadas a adquirir / robustecer os seus conhecimentos técnicos
■ Conflito de interesses	■ Declaração de conflito de interesses subscrita após a designação ■ Em caso de conflito de interesses subsequente, solicitar a sua substituição
■ Falta de acompanhamento da execução do contrato	■ Acompanhar permanentemente o contrato verificando o exato cumprimento das obrigações do mesmo decorrentes ■ Elaborar indicadores de execução quantitativos e qualitativos que permitam, v.g., medir níveis de desempenho do cocontratante, bem como a execução financeira, técnica e material do contrato ■ Utilização do mecanismo de análise dos pontos de revisão na celebração de contratos "*Procurement Gateway Review*" ■ Comunicar de imediato desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato, propondo medidas corretivas ■ Transferir o risco para seguradora

Contratação Pública - Riscos dos *Stakeholders*

Auditor

Risco	Formas de Mitigação
▪ Falta de isenção / corrupção	▪ Assegurar a inexistência de conflito de interesses ▪ Promover a existência de Códigos de Ética e fomentar a efetiva aplicação dos seus princípios
▪ Não deteção ▪ Irrelevância dos resultados da auditoria	▪ Planear adequadamente o trabalho ▪ Aplicar as normas e referenciais de auditoria, v.g., atuar com base em metodologias, critérios e análise de risco ▪ Promover o acesso a bases de dados ▪ Apreciar o nível de transparência e de controlo das entidades contratantes
▪ Falta de qualidade	▪ Planear adequadamente o trabalho ▪ Aplicar as normas e referenciais de auditoria ▪ Elaborar guiões de trabalho ▪ Apostar na formação contínua para incremento da capacitação dos auditores e assegurar a atualização técnica ▪ Recorrer a peritos sempre que necessário ▪ Instituir mecanismos de controlo de qualidade
▪ Incumprimento do mandato de auditoria	▪ Planear adequadamente o trabalho ▪ Aplicar as normas e referenciais de auditoria ▪ Elaborar guiões de trabalho

Fornecedor

Risco	Formas de Mitigação
■ Mercados fechados: ■ Entidades adjudicantes não lançam procedimentos concorrenciais ■ Entidades adjudicantes não lançam procedimentos por lotes ■ Acordos quadro do Sistema Nacional de Compras Públicas com duração excessiva ■ Ausência de sistemas de aquisição dinâmicos	■ Efetuar apresentações da empresa junto de potenciais clientes ■ Consultar a parte L da 2.ª série do Diário da República ■ Consultar o TED (*Tenders Electronic Daily* – Diário Eletrónico dos Concursos) – versão eletrónica do Suplemento do Jornal Oficial da União Europeia dedicado aos concursos públicos
■ Especificações técnicas demasiado restritivas e / ou com referências a marcas	■ Solicitar esclarecimentos e / ou apresentar lista de erros e omissões das peças do procedimento (durante o primeiro terço do prazo fixado para apresentação das propostas)
■ Divulgação de segredo comercial, industrial, militar ou outro	■ Solicitar a classificação dos documentos que constituem a proposta (durante o primeiro terço do prazo fixado para apresentação das propostas) – necessita de autorização expressa

Principais Riscos / Sinais de Alerta

Formação dos Contratos

- Ausência de planeamento
- Ausência subscrição de declarações de inexistência de conflito de interesses (vg. membros do júri, gestores dos contratos)
- Estimativa incorreta do valor do contrato / fixação não fundamentada do preço base
- Ausência de cabimento prévio / compromisso
- Incumprimento das regras sobre fundos disponíveis, compromissos plurianuais, etc (Lei dos compromissos e pagamentos em atraso)
- Ausência de autorizações / pareceres prévios (v.g. AMA, JurisAPP)
- Insuficiência de fundamentação da decisão de contratar / escolha do procedimento
- Invocação indevida do regime da contratação excluída
- Utilização desconforme da contratação *inhouse*
- Ausência de fundamentação / critérios para a escolha da(s) entidade(s) a convidar (consulta prévia / ajuste direto)
- Convite a empresas recém-criadas (vg. visando contornar limitações impostas pelo n.º 2 do artigo 113.º do CCP)
- Adjudicação a empresas recém-criadas
- Preponderância de recurso a procedimentos não concorrenciais
- Invocação indevida de critérios materiais para a escolha da consulta prévia ou do ajuste direto
- Aquisições à margem dos acordos quadro por parte de entidades vinculadas ao Sistema Nacional de Compras Públicas
- Fracionamento indevido da necessidade / despesa
- Formalização do procedimento após a entrega do bem / prestação do serviço / execução da obra
- Especificações técnicas demasiado restritivas e / ou com referências a marcas
- Ausência de projetos de execução em empreitadas de obras públicas
- Recurso reiterado aos mesmos fornecedores
- Exiguidade nos prazos de apresentação de propostas
- Adjudicações a pessoas coletivas formalmente distintas, mas com estrutura societária idêntica (mesmos sócios, mesma sede...)
- Reduzido uso das plataformas eletrónicas de contratação pública
- Entrega de propostas em papel
- Insuficiência do valor da caução
- Não entrega dos documentos de habilitação
- Ausência de redução a escrito dos contratos

Execução dos Contratos

- Atrasos / ausência de publicação dos contratos no Portal BASE
- Ocorrência de pagamentos antes da publicação dos contratos no Portal BASE (ajustes diretos, consultas prévias)
- Não submissão dos contratos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas
- Inexistência de gestor do contrato
- Ausência de acompanhamento/controlo da execução física e financeira dos contratos
- Incongruências entre execução física prevista e a execução financeira ocorrida
- Existência de ligações entre a empresa de fiscalização e o empreiteiro
- Elevado volume de trabalhos complementares
- Concessão de adiantamentos sem fundamento legal
- Pagamentos superiores ao montante adjudicado
- Alterações substanciais do objeto do contrato
- Ausência de aplicação de penalidades contratuais
- Inexistência de mecanismos de avaliação *ex post* sobre os resultados da contratação à luz do interesse público e sobre o desempenho dos fornecedores

Extratos de trabalhos da UC Contratação Pública e PPP's

Tema: "Sistema Nacional de Compras Públicas"*

"(...) face à alteração do CCP em 2017 e às ineficiências existentes no funcionamento SNCP, parece-nos oportuna uma revisão do seu modelo atual, de forma a ajustá-lo às reais necessidades das entidades adjudicantes, sem descurar os princípios fundamentais da concorrência, da transparência, da economia (v.g. obtenção de poupanças orçamentais) e da prossecução do interesse público.

Podem assim perspetivar-se várias alterações no regime atualmente em vigor, como, por exemplo, passar a instituir, na linha do art.º 263.º do CCP, o recurso aos AQ, em especial, da ESPAP como uma opção (e não, como atualmente, uma imposição para as entidades vinculadas). No fundo, fomentar-se-ia uma melhor eficiência e eficácia do sistema que, em vez de obrigar, induzisse as entidades adjudicantes a recorrer a este tipo de compras transversais.

Caso não se opte por esta solução, será necessário ter em conta as implicações decorrentes dos artigos 256.º-A (obtenção de preço mais vantajoso fora do AQ) e n.º 4 do art.º 260.º (recurso a centrais de compras situadas em países da União Europeia em vez dos AQ da ESPAP), ambos introduzidas pelo CCP, na revisão de 2017 (que poderiam, antes, ter sido incorporadas diretamente no DL n.º 37/2007), clarificando de que forma estes se articulam com a imposição de contratação que, na atualidade, se aplica às entidades vinculadas.

Por último, importaria ainda:

- Assimilar o conceito de entidade vinculada ao de entidade orçamental, previsto no art.º 3.º da LEO;
- Objetivar o método de cálculo das poupanças obtidas; e
- Ajustar o prazo de vigência dos AQ às condições do mercado."

*Autores: Célia Silva, João Bibe, Henrique Polaco, Dores Silva

Tema: "Contratação *inhouse*"*

"A contratação *in house*, introduz uma exceção à sujeição das aquisições aos procedimentos de contratação pública, pelo que a sua aplicação deverá ser norteada por uma interpretação restritiva.

Os conceitos que levantaram muitas dúvidas e promoveram incerteza jurídica foram sendo estabilizados através da jurisprudência do TJUE.

As soluções e conceitos densificados e clarificados através daqueles arestos, foram, no essencial, carreados para a letra da lei (artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE e artigos 5.º-A e 5.º-B do CCP, na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017). Não obstante, a disciplina legislativa decorrer da jurisprudência, conforme acabámos de o referir, a verdade é que o legislador optou por utilizar as versões mais extremas dos acórdãos (admissibilidade de participação minoritária), e nalguns casos consagrar regimes inovadores (admissibilidade de participação de capital privado na entidade controlada e a cooperação horizontal).

Existem, contudo, ligeiras diferenças na redação do diploma nacional face à Diretiva 2014/24/UE, que poderão determinar consequências assinaláveis para o erário público, no âmbito dos projetos cofinanciados, uma vez que, conforme explanado supra, a nível nacional poderemos encontrar situações excecionadas da sujeição ao cumprimento dos procedimentos de contratação pública, que não o estariam à luz da Diretiva europeia.

Embora o acolhimento da Diretiva no ordenamento jurídico nacional tenha feito caminho norteado pela estrita salvaguarda dos princípios consagrados no TFUE, não afastou, na última versão do CCP, a utilização de conceitos indeterminados no que se refere à contratação excluída, como de resto noutras matérias, suscetíveis de continuar a gerar jurisprudência responsável pela estabilização de conceitos. Associada a essa indefinição, a profusão de figuras jurídicas na Administração Pública, mercê da diversidade de funções que estão inerentes à prestação do serviço público, deixa antever a multiplicidade de contextos em que a indeterminação dos conceitos vai convocar uma fundamentação jurídica exigente em matéria de contratação *in house*."

*Autores: Cristina Rodrigues, Maria João Vicente, Teresa Silva

Extratos de trabalhos da UC Contratação Pública e PPP's

Tema: "Contratação *inhouse*"*

"Da análise realizada, em particular a partir da literatura referente ao instituto da contratação *in-house*, mas também tendo em conta a nossa experiência profissional em termos da verificação dos procedimentos de contratação, poderemos concluir quanto aos seguintes aspetos:

- Os procedimentos excluídos do perímetro de aplicação do CCP, baseados na convicção de que a AP tem capacidade de se auto-organizar e de prosseguir as suas finalidades pelos seus próprios meios, não tem correspondência com a progressiva desqualificação da AP em muitas áreas de atuação pública, sobretudo em termos de recursos técnicos especializados, o que não deixa de ser paradoxal;
- Verifica-se que a recente empresarialização da AP, conduzindo a formatos organizativos "híbridos" e envolvendo cada vez mais formas de direito societário, o que torna difícil a aplicação do instituto da contratação *in-house*, tal como a jurisprudência tem vindo a confirmar, dada a participação de entidades privadas no âmbito das entidades adjudicatárias, a par das dificuldades de verificação das condições legalmente exigidas;
- Ao mesmo tempo, a empresarialização da AP torna quase impossível a contratação in-house, pelo que a aplicação concreta do princípio da exclusão de entidades privadas deveria ser aplicada com "benevolência", sob pena de tornar inviável a efetiva utilização deste instituto, devendo ser avaliada a dimensão e implicações desta participação privada, desde que esta não obste aos princípios de controlo análogo e de essencialidade dos serviços prestados à "casa-mãe" pela adjudicatária, o que muitas vezes não decorre da mera existência de participação privada per si;
- No entanto, verifica-se também que, por vezes, a utilização do instituto de contratação *in-house* é uma forma de contornar os normais requisitos de concorrência, quando por detrás de entes públicos, assistimos à participação de entidades privadas, que assim entram no perímetro do fornecimento de bens e serviços à AP sem que se submetam ao escrutínio da concorrência, retirando daí proveitos económicos em situação de privilégio, o que conduz a mercados "protegidos";
- Finalmente, é de referir que as duas modalidades de contratação excluída são efetivamente sustentadas na ausência de mercado quando, em presença de entidades públicas (ou vinculadas aos princípios da gestão pública), estas se organizam para prover as suas necessidades, o que consideramos uma mais-valia da atual legislação, ao reconhecer-se a potencial capacidade da AP poder cumprir as funções que estão na génese da sua missão de serviço público, sem necessidade de recorrer ao *outsourcing*, o que tem vindo a contribuir para desvalorização das competências da AP."

*Autores: Alexandra Vilela, Ana Alves, Isabel Gaspar, Maria José Caçador, Teresa Tomé

Figura 1

***In House* vertical e invertido - Controlo análogo isolado - (art.º 5.º-A, n.º 3 e n.º2, 2ª parte)**

Figura 2

***In House* vertical - Controlo análogo conjunto - (art.º 5.º-A, n.º 4)**

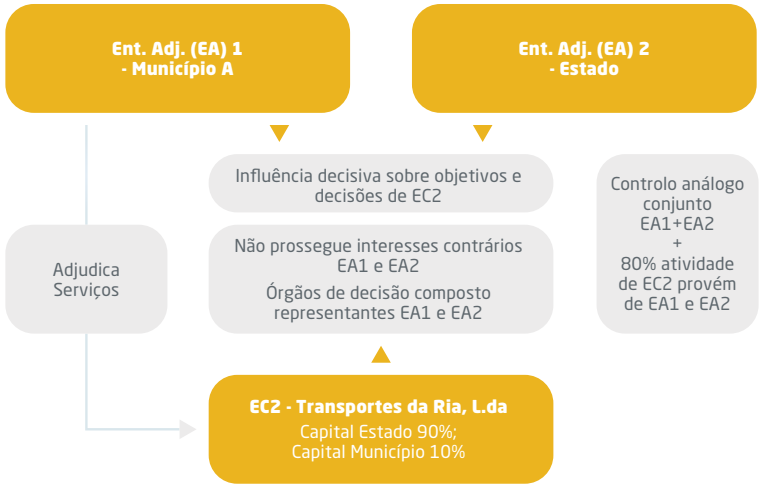


Figura 3

***In House* comum ou dependência paralela (art.º 5.º-A, n.º 2, 1ª parte)**

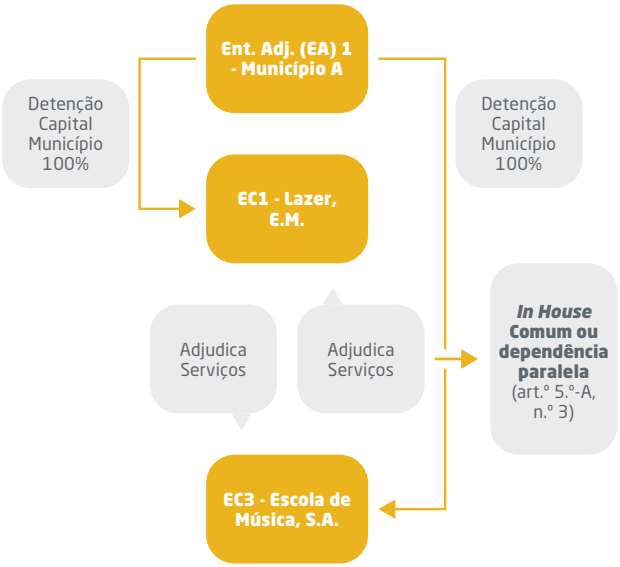
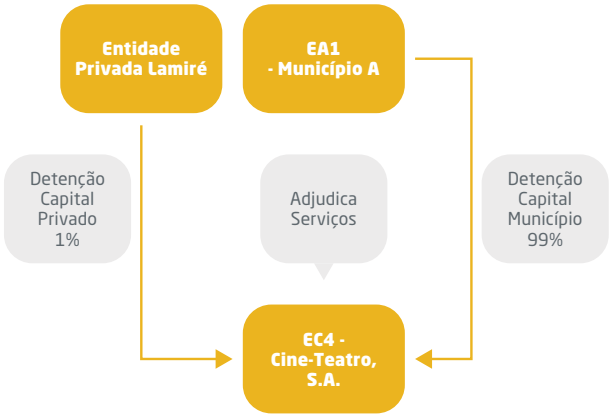


Figura 4

Inexistência de *In House*



*Autores: Andrea Libório Neto, Bárbara Borges Friza, Amélia Monteiro, Sónia Silva Barbosa

Extratos de trabalhos da UC Contratação Pública e PPP's

Tema: "Poderes do Contraente Público"*

"A atribuição de poderes ou prerrogativas de autoridade ao contraente público, constitui, pois, uma marca distintiva do regime geral dos contratos públicos, apesar de estar presente a regra da bilateralidade e do carácter sinalagmático, com prestações ativas e passivas de ambos os lados. Afirma-se como uma resposta aos vetores do interesse público: i) o interesse de atualização do contrato, em que se assegure a cada momento a adequação da prestação às exigências do interesse coletivo, e ii) a necessidade de garantir o cumprimento do contrato, através de uma reação oportuna e eficaz ao eventual incumprimento ou ameaça de incumprimento pelo cocontratante.

A realização destas duas dimensões do interesse público impõe uma necessária desigualdade entre as partes, encontrando-se uma delas em posição de autoridade, com capacidade para impor certo tipo de modificações do contrato ou até a resolução do mesmo, podendo, ainda, aplicar sanções contratuais por eventual incumprimento ou cumprimento defeituoso, sujeitando-se a outra a tais prerrogativas de autoridade."

*Autores: António Farinha Simão, Filomena Bacelar; José Carlos Nunes; Pedro Pinto Monteiro

Tema: "A aplicação do Código dos Contratos Públicos às IPSS"*

"Pretendemos responder à questão controvertida da aplicação do CCP às IPSS, no sentido de determinarmos se estas entidades, pela sua natureza e atividades desenvolvidas, se subsumem ao conceito de Organismos de Direito Público vertido na alínea a) do n.º 2 do art. 2.º do CCP e, nessa medida, se deverão ser consideradas entidades adjudicantes sujeitas à Parte II do CCP.

Tendo em conta que os requisitos constantes das duas subalíneas que compõem a alínea a) do n.º 2 do art. 2.º do CCP são de verificação cumulativa entre si, mas as integrantes da subalínea ii) são apenas de verificação alternativa, também entre si, e considerando tudo o exposto no presente trabalho, concluímos, que, quanto àqueles requisitos, as IPSS:

- Têm personalidade jurídica (alínea a) do n.º 2);
- São criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral (subalínea i) da alínea a);
- As atividades por si desenvolvidas não têm caráter industrial ou comercial (idem);
- A verificação do requisito do financiamento público maioritário (subalínea ii) da alínea a) deve ser efetuada caso a caso, em função da realidade de cada instituição, dado que o mesmo só é aplicável nas condições em que existe verdadeiro financiamento público, como referido;
- No que toca ao requisito do controlo de gestão (subalínea ii) da alínea a), embora o admitamos, enquanto tendência, como verificável, é legítima a sua questionabilidade, pelo que se acolhe a possibilidade de idêntica aferição casuística, nomeadamente nos casos em que o Estado, por específicas razões contratuais, passa a deter um maior controlo de gestão sobre a IPSS;
- Os titulares dos seus órgãos de gestão e fiscalização não são designados pelas entidades previstas no n.º 1 do art.º 2.º do CCP (idem)."

*Autores: Abílio Vilaça, Luís Dionísio, Marco Pinho, Maria da Conceição Gomes, Tatiana Ventura

AUTORIDADE DE AUDITORIA

2021
PORTUGAL.EU

1930-2030:
A Década do Centenário

ISBN: 978-972-8093-21-1

Licença Creative Commons:

Este trabalho está licenciado com uma Licença Creative Commons – Atribuição - Não Comercial 4.0 Internacional.

Acesso para a publicação:
https://run.unl.pt/handle/10362/115045

AUTORIDADE DE AUDITORIA

NOVA IMS Information Management School

1ª Edição