

A Poética da Ética



Mário Tavares da Silva

Publicado no Jornal Expresso Online
31/03/2021

Contratação pública – colusão, riscos e oportunidades

A contratação pública traduz uma das mais importantes e materialmente relevantes formas de despesa pública, irrompendo na vida de todos e de cada um de nós na prestação dos mais variados bens ou serviços que comumente utilizamos, desde o aeroporto em que embarcamos para umas férias de sonho até ao novo hospital que nos acolhe para tratar a maldita COVID-19. Ao assumirem uma fatia considerável do PIB dos Estados-Membros (EM) da União Europeia (UE), os contratos públicos concorrem, de forma significativa, para o crescimento económico e para a diversificação no fornecimento de bens e serviços de elevado valor e qualidade aos cidadãos. É sobre este pano de fundo que emerge o elíptico termo de «colusão» ou, como muitas vezes se denomina, de «manipulação das propostas».

Basicamente, a colusão traduz uma prática de celebração de acordos ilegais entre operadores económicos, com o objetivo de distorcer a concorrência nos processos de adjudicação, seja através de uma situação de concertação prévia do conteúdo das propostas dos operadores (*em particular, o preço*), de modo a influenciar o resultado do processo, seja através da não apresentação de uma proposta, seja a atribuição do mercado com base na área geográfica, na autoridade

adjudicante ou no objeto do concurso, seja mesmo o estabelecimento de mecanismos de alternância para um conjunto de processos. O denominador comum de todas essas práticas é a de que todas visam permitir que um proponente pré-determinado celebre um contrato criando a ilusão de que o procedimento em que a respetiva celebração assentou foi, efetivamente, concorrencial.

No quadro emergencial em que vivemos fruto da pandemia, a necessidade urgente das entidades públicas em proceder à aquisição, em prazos muito curtos, de grandes quantidades de bens e serviços para os respetivos sistemas de saúde pode agravar significativamente o risco de colusão entre alguns operadores económicos, tentados a maximizarem, ostensiva e ilegalmente, os seus lucros à custa das finanças públicas

Ora ao prosseguir esse desiderato, a colusão anula naturalmente os benefícios de um mercado de contratação pública que se deseja jus-

to, transparente e orientado para a concorrência e investimento, dado que opera, ilicitamente, uma restrição no acesso de empresas (sobretudo as PME) a esse mesmo mercado e, por essa via, opera uma limitação inadmissível no processo de escolha a realizar por parte dos adquirentes públicos.

Ora está pois bom de ver que no quadro emergencial que vivemos fruto da pandemia decorrente da COVID-19, a necessidade urgente das entidades públicas em proceder à aquisição, em prazos muito curtos, de grandes quantidades de bens e serviços para os respetivos sistemas de saúde pode agravar, significativamente, o risco de colusão entre alguns operadores económicos, tentados que serão estes últimos a aproveitar a situação pandémica em curso para restringir artificialmente a concorrência e, por essa via, a maximizarem, ostensiva e ilegalmente refira-se, os seus lucros à custa das finanças públicas e da sua desejável sustentabilidade.

A tudo se soma ainda o facto, não negligenciável, da maior parte dos casos de colusão na contratação pública assentar no elevado secretismo dos próprios acordos celebrados entre os diversos operadores económicos, acordos esses que

são, em grande medida, iniciados e executados de forma muito cautelosa, ardilosa e sofisticada, sendo frequente a sua não deteção durante o próprio processo de adjudicação mas, pasme-se, apenas e tão só, numa fase ulterior, regra geral coincidente com a fase que se segue à execução integral do próprio contrato.

Toda esta «engenharia contratual» coloca especiais dificuldades aos diferentes EM na luta e deteção deste tipo de práticas colusórias, sendo que o combate às mesmas se revela ainda mais exigente e de especial dificuldade quando se lhes associam, direta ou indiretamente, práticas de natureza corruptiva, o que sucede, por exemplo, quando os operadores económicos em conluio subornam uma pessoa com poder e influência no processo de adjudicação para garantir que as suas práticas ilícitas não sejam identificadas.

Tem sido, a este propósito refira-se, muitos os esforços envidados pelos EM como resposta a este complexo problema.

Refira-se, a título ilustrativo que as autoridades da concorrência dos diferentes EM têm tido um papel central na disseminação de boas práticas junto das entidades públicas adjudicantes, promovendo junto delas a difusão de medidas preventivas a adotar na fase de planeamento dos processos de contratação pública, além de ministrarem formação sobre a luta contra a colusão a colaboradores responsáveis pela contratação pública. Por outro lado, os métodos de análise de dados a partir de sistemas de contratação eletrónica têm vindo, nos últimos anos, a revelar-se um poderoso instrumento adicional de enorme valor na deteção precoce de esquemas colusórios. Em novembro de 2017, o OLAF publicou um manual inti-

tulado «Fraud in Public Procurement — A collection of Red Flags and Best Practices» (Fraude em contratos públicos — um conjunto de sinais de alerta e boas práticas), elaborado a partir de contributos de peritos dos EM para o Comité Consultivo para a Coordenação da Luta Contra a Fraude (COCOLAF), que integra uma secção dedicada à colusão, aí se fornecendo uma lista muito abrangente e pormenorizada de «sinais de alerta» e sugestões para detetar casos de colusão na fase prévia ao concurso e na própria fase de concurso.

Apesar de terem sido conferidos poderes de investigação e execução às autoridades europeias e nacionais da concorrência, dotando-as de um efetivo poder sancionatório sobre práticas colusórias, a verdade é que numa grande maioria dos casos, a aplicação efetiva do direito da concorrência e das sanções devidas só tem lugar depois do mal-estar feito, isto é, após a adjudicação do contrato ou já depois do mesmo ter sido integralmente executado.

É assim imperativo enfrentar o problema, também, na perspetiva da contratação pública, ou seja, na rápida implementação de uma estratégia de capacitação efetiva dos funcionários das entidades públicas adjudicantes que tem a responsabilidade de organizar os processos de adjudicação, dotando-os de competências que lhes permitam prevenir, detetar e reagir, eficaz e eficientemente, a comportamentos colusórios no decurso do próprio processo. Tal capacitação incluirá, por exemplo, a utilização dos meios previstos nas diretivas relativas aos contratos públicos, em especial a possibilidade de excluir um proponente do concurso se se identificarem indícios suficientemente plausíveis de que atuou em colusão para restringir efetivamente a concorrência. Ao

centrar primordialmente as suas preocupações na produção, em especial, de ferramentas destinadas ao pessoal responsável pela realização de procedimentos concursais nos EM, a Comissão Europeia procura, sobretudo através da sua mais recente [Comunicação](#), assegurar que os técnicos disponham de ferramentas, formação e apoio adequados, que os habilitem a combater, de forma eficaz, a proliferação de práticas colusórias nos processos de adjudicação.

Entre essas preocupações, as ferramentas criadas visam apoiar os EM e as entidades públicas adjudicantes no reforço das suas capacidades de resolução dos problemas associados à «engenharia colusória», quer através da incorporação de métodos para a dissuadir, detetar e combater no âmbito das iniciativas em curso conducentes à profissionalização da contratação pública, quer por via da promoção e da cooperação entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência ao nível nacional, a fim de assegurar um apoio eficiente e contínuo às entidades públicas adjudicantes quer, ainda, através da produção de orientações concisas, intuitivas e facilmente legíveis para essas mesmas entidades, relativas à forma de aplicar o motivo de exclusão por colusão previsto nas diretivas relativas aos contratos públicos.

Paralelamente, é expeável e, diria mesmo, desejável que os EM e as respetivas entidades públicas adjudicantes equacionem, o quanto antes, medidas como a disponibilização de recursos (especialmente humanos) que sejam capazes de realizar processos de adjudicação, incluindo a capacidade de tratar, de forma adequada e oportuna, os casos de presumível colusão, a utilização dos incentivos

administrativos disponíveis para premiar os funcionários que realizam processos de concurso e detetam, tratam e comunicam ativamente os possíveis casos de colusão ou, ainda, a organização de sessões de formação e de sensibilização destinadas ao pessoal responsável por concursos.

Os EM da UE, apesar de cientes da enorme importância de profissionalizarem o pessoal responsável por concursos neste domínio, tendo alguns deles inclusivamente já publicado diretrizes ou mesmo outros documentos informativos sobre a prevenção e deteção de práticas colusórias, terão ainda que perseverar e continuar a desenvolver o trabalho já em curso, exigência essa que adquire especial visibilidade, oportunidade e importância no quadro da crescente contratação pública, circunstância naturalmente associada à recuperação económica entretanto iniciada um pouco por toda a Europa e que assim se deverá manter preponderante, e até mesmo intensificar, durante os próximos anos.