

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Assunto: Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.ª (GOV) - Estabelece medidas especiais de contratação pública e altera ao Código dos Contratos Públicos, ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos e ao Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de setembro

I. Enquadramento - objeto e motivação da proposta de Lei

I.1. A Assembleia da República, através da Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação, solicitou a emissão de parecer sobre a Proposta de Lei n.º 52/XIV/1.ª (GOV), apresentada pelo Governo.

A proposta de Lei pretende introduzir medidas de *simplificação da atividade administrativa* em sede de procedimentos de contratação pública.

A simplificação procedimental proposta insere-se no âmbito de contratos que tenham por objeto a execução de projetos cofinanciados por fundos europeus e de contratos celebrados «*noutras áreas de especial prioridade política*», designadamente, no âmbito do Plano de Estabilização Económica e Social (doravante apenas denominado PEES).

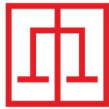


Relativamente às matérias de intervenção prioritária, são identificadas as áreas da habitação pública ou a custos controlados e da implementação da *estratégia digital*.

A exposição de motivos da proposta de Lei apresentada salienta, ainda, o potencial papel da flexibilização da contratação pública na *aceleração da transição para uma economia circular e na promoção de objetivos sociais* (como a inclusão). E, para prossecução deste objetivo, antecipa a exposição a introdução da possibilidade de *«as entidades adjudicantes reserv[are]em a possibilidade de ser candidato ou concorrente, em procedimentos para a formação de contratos de valor inferior aos limiares das diretivas, a micro, pequenas ou médias empresas e a entidades com sede no território do município em que se localize a entidade adjudicante, neste último caso se estiver em causa a locação ou aquisição de bens móveis ou a aquisição de serviços de uso corrente.»*

Medidas a que acresce, *«no encaço de acrescentar transparência ao processo adjudicatório, (...) a introdução da regra de que as entidades convidadas a apresentar proposta, em procedimentos de consulta prévia, não podem ser especialmente relacionadas entre si, quer por partilharem representantes legais ou sócios, quer por se encontrarem coligadas por qualquer tipo de relação de sociedades coligadas (...) [E] o dever de as entidades adjudicantes assegurarem, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria de prevenção e combate à corrupção, obrigando-se alguns adjudicatários, relativamente a determinados contratos, a apresentar um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas, enquanto documento de habilitação»*.

As alterações introduzidas ao Código de Contratos Públicos enquadram-se na já expandida motivação e, bem assim, no aperfeiçoamento de matérias cuja aplicação prática desde a entrada em vigor daquele Código



tem revelado existir lacunas ou insuficiências regulamentares, como sejam a publicação de anúncios e a revisão de alguns prazos procedimentais.

As alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos destinam-se, de acordo com a citada exposição de motivos, a *«aprimorar alguns aspetos relativos à tramitação das ações administrativas urgentes de contencioso pré-contratual e dos respetivos incidentes de levantamento do efeito suspensivo automático, em linha com o estabelecido nas Diretivas «Recursos» e em aprofundamento das alterações a esse propósito aprovadas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro»*.

*

II. Análise

II.1. Tal como anunciado na exposição de motivos, o objeto da iniciativa legislativa centra-se na *«aprovação de medidas especiais de contratação pública em matéria de projetos cofinanciados por fundos europeus, de habitação e descentralização, de tecnologias de informação e conhecimento, de execução do Programa de Estabilização Económica e Social, de gestão de combustíveis no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais (SGIFR) e de bens agroalimentares»* [álnea a) do artigo 1.º da Proposta de Lei].

Atento o previsto na alínea i), do n.º 2, do artigo 21.º, do Estatuto do Ministério Público e na alínea h), do artigo 166.º, da Lei da Organização do Sistema Judiciário, afigura-se-nos que, em geral, o conteúdo da proposta legislativa não nos merece, no domínio dos procedimentos que pretende introduzir, particulares sugestões de alteração, uma vez que se insere no plano de opções político-legislativas, que não contendem (diretamente) com a administração da justiça.



Apenas na regulação que poderá revelar conexão com as competências e atribuições do Ministério Público ou que possa contender com princípios e normas constitucionais ou evidentes contradições com outras normas legais vigentes nos pronunciaremos, de forma breve, atento o prazo fixado para a apresentação de parecer. À limitação de tempo acrescem as limitações à inerente inexperiência na matéria de contratação pública, desde logo assumido pelos membros magistrados do Departamento Central de Contencioso do Estado e Interesses Difusos e Coletivos, nos contributos apresentados e que antecedem a presente informação.

Assim, do ponto de vista estrito de legalidade e atendendo à simplificação dos procedimentos legais de contratação pública em face dos princípios gerais que regem esta matéria, apontaremos, apenas, a necessidade de reflexão sobre algumas matérias, algumas das quais parecem-nos, salvo melhor e superior opinião, relevantes, também, no âmbito da prevenção de criminalidade económico-financeira.

II.2. Entre as medidas de simplificação, encontra-se a dispensa de especial fundamentação prevista no artigo 36.º, n.º 3 – agora, também, clarificado. Com efeito, a redação proposta para o n.º 4 deste preceito estabelece: *«O disposto no número anterior não é aplicável aos procedimentos de formação de contratos que tenham por objeto a execução de projetos cofinanciados por fundos europeus, a promoção da habitação pública ou de custos controlados, a conservação, manutenção e reabilitação de imóveis, infraestruturas e equipamentos ou a aquisição de bens ou serviços essenciais de uso corrente.»*

Naturalmente que o dever de fundamentação estará sempre vigente, no plano jurídico-administrativo, mesmo nas decisões de contratação não abrangidas pelo disposto no referido n.º 3. Ainda assim, a fiscalização de



decisões desta natureza é tanto mais facilitada quanto mais clara for a respetiva fundamentação.

Mas neste sentido seria importante estabelecer as regras ou critérios mínimos relativamente a estas situações em que se dispensará a especial fundamentação, para que a necessária fiscalização se possa concretizar de forma objetiva, e sem ofensa do campo discricionário da Administração.

II.3. A proposta de Lei apresenta, também, algumas (e pontuais), alterações em matéria de prevenção da corrupção e criminalidade conexas.

A primeira alteração neste plano é inserida logo nos primeiros preceitos do Código de Contratos Públicos, na parte relativa aos princípios aplicáveis:

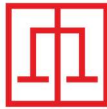
«Artigo 1.º-A

Princípios

1 - (...)

2 - As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental, de igualdade de género e de prevenção e combate à corrupção, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional.

(...)»



De seguida, no âmbito da regulamentação dos documentos de habilitação, passa a ser obrigatório, para as grandes empresas, apresentar à entidade adjudicante plano de prevenção nos seguintes termos e para os casos indicados:

«Artigo 81.º

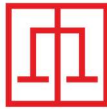
Documentos de habilitação

(...)

9 - Nos casos em que o valor do contrato a celebrar determine a sua sujeição a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, o órgão competente para a decisão de contratar deve solicitar ao adjudicatário, salvo se este for uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, a apresentação de um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas.»

Não havendo, naturalmente, nenhuma oposição a esta previsão expressa – muito pelo contrário – revelar-se-ia, necessário, para dotar a mesma de (acrescida) eficiência, que esta obrigatoriedade de elaboração e apresentação de plano de prevenção de corrupção se traduzisse em salvaguardas muito concretas, designadamente, no plano das relações entre a entidade contratante e o adjudicatário ou, eventualmente, a necessidade de apresentação de resultado de auditoria com mínimo de antecedência, por referência à decisão de adjudicação.

II.4. Em plano semelhante encontra-se a norma prevista no artigo 55.º do mesmo Código, relativamente aos impedimentos das entidades candidatas ou concorrentes. Um deles é a condenação por crime que afete a *honorabilidade profissional* [alínea b) do n.º 1] ou por crime económico-financeiro previsto na alínea h) do mesmo preceito.



Ora, em primeiro lugar, cumpre assinalar que a remissão constante nas várias subalíneas da alínea h) é feita, maioritariamente, para Diretivas europeias e para a Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, bem como para a Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias¹. Como é bom de ver, tais normativos europeus estão

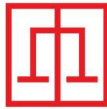
¹ É a seguinte a redação deste preceito:

Artigo 55.º

Impedimentos

1 - Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que:

- a) (...);*
- b) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional, no caso de pessoas singulares, ou, no caso de pessoas coletivas, quando tenham sido condenados por aqueles crimes a pessoa coletiva ou os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência, e estes se encontrem em efetividade de funções, em qualquer dos casos sem que entretanto tenha ocorrido a respetiva reabilitação;*
- h) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por algum dos seguintes crimes, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas coletivas, tenham sido condenados pelos mesmos crimes a pessoa coletiva e os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efetividade de funções, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação:*
 - i) Participação numa organização criminosa, tal como definida no n.º 1 do artigo 2.º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de outubro de 2008;*
 - ii) Corrupção, tal como definida no artigo 3.º da Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários da União Europeia ou dos Estados-*



redigidos de modo abarcar a diversidade de realidades jurídico-penais dos vários ordenamentos dos países onde vigoram.

Para se aferir da condenação ou não pela prática daqueles ilícitos criminais, deverá ser junto certificado de registo criminal, nos termos previstos no artigo 83.º-A, n.º 1 do mesmo Código. O qual fará, naturalmente, alusão às normas previstas no Código Penal – lei substantiva que fundamenta a incriminação e a punição.

Razão pela qual, no nosso entender, ao fazer uso de remissão para normativos daquela natureza transnacional, a norma em causa não é adequada a permitir verificação clara do impedimento, em evidente compressão do

Membros da União Europeia e no n.º 1 do artigo 2.º da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, e nos artigos 372.º a 374.º-B do Código Penal;

iii) Fraude, na aceção do artigo 1.º da Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias;

iv) Branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo, tal como definidos no artigo 1.º da Diretiva n.º 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo;

v) Infrações terroristas ou infrações relacionadas com um grupo terrorista, tal como definidas nos artigos 3.º e 4.º da Diretiva n.º 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo, ou qualquer infração relacionada com atividades terroristas, incluindo cumplicidade, instigação e tentativa, nos termos do artigo 14.º da referida diretiva;

vi) Trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos, tal como definidos no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011;

(...).



princípio da legalidade que vigora nesta matéria. Ademais, trata-se de normas que, ao estabelecerem o impedimento de participação no procedimento de contratação pública, restringem direitos individuais. Pelo que, também nessa perspectiva é recomendável que sejam dotadas de clareza e certeza jurídicas.

II.5. Questões de legalidade e do seu corolário da segurança jurídica que se colocam, ainda, no referido preceito, relativamente conceito de *honorabilidade profissional*, contido na alínea b) do referido n.º 1 do artigo 55.º, a qual não contém qualquer remissão para ilícitos específicos.

Ora, este conceito jurídico, embora possa ser integrado na *praxis* administrativa dos procedimentos de contratação pública, não existe no nosso ordenamento jurídico-penal de modo expresso e suficientemente densificado. O que poderá gerar dúvidas interpretativas, as quais são, obviamente, de evitar em circunstâncias em que da tarefa hermenêutica depende o exercício ou o constrangimento do direito a participar, como candidato ou concorrente, no procedimento de contratação pública. Nesse sentido, a aferição do impedimento é dotada de um elevado grau de incerteza e, até, de exagerada discricionariedade, não recomendável, a nosso ver, a este nível, pelos motivos já, sucintamente, indicados.

Pelo exposto, salvo melhor e superior entendimento, seria de recomendar a ponderação de eventual alteração à referida alínea b), de modo a dotá-la de maior grau de certeza e segurança, em nome do princípio da legalidade.

II.6. No que respeita aos demais impedimentos, verifica-se que a alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º mantém a sua atual redação. A qual permite que empresas com plano de recuperação de empresas pendente, judicial ou extrajudicial, possam concorrer a procedimentos de contratação pública, sem



qualquer limite de valor. Ora, tal possibilidade poderá levantar constrangimentos sérios, não só no plano da própria execução do contrato, mas, e no que nos compete aferir, em sede de procedimento judicial.

Razão pela qual poderia ser representada a necessidade de ponderação sobre eventual alteração que limitasse tais constrangimentos, designadamente, com previsão de teto máximo de investimento e de garantias de cumprimento, incluindo do próprio plano de recuperação. A articulação deste complexo normativo com o das regras que regem a recuperação de empresas carece de uma maior harmonia.

II.7. Ainda relativamente aos impedimentos e ao artigo 83.º-A, também objeto de alteração, o legislador pretende, agora, clarificar quais os impedimentos que devem ser verificados através da apresentação de certificado de registo criminal ou de *documento equivalente*.

Sobre esta norma suscitam-se três observações.

Em primeiro lugar, verifica-se que outros impedimentos previstos no artigo 55.º, n.º 1 são suscetíveis de serem comprovados através da apresentação de certificado de registo criminal. Referimo-nos, em particular, à alínea f), onde se prevê a aplicação de *sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de contratação pública* (na redação conferida pela Proposta de Lei). Razão pela qual será de sugerir a inclusão daquela alínea f) nas remissões constantes do artigo 83.º-A.

Em segundo lugar, cumpre notar que a criminalidade a que se refere as citadas alíneas, em parte, poderá ser objeto de suspensão provisória do processo, verificados que estejam os demais pressupostos. A qual não é levada a inscrição no registo criminal e apenas será acessível em base de dados interna do Ministério Público. Na medida em que os dados nela inseridos serão acessíveis ao respetivo titular, nos termos previstos no artigo 9.º do Decreto-Lei



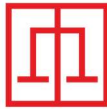
n.º 299/99, de 04 de agosto, poder-se-ia, igualmente, ponderar a previsão de obrigatoriedade de apresentação, pelo próprio candidato ou concorrente, como documento habilitante, resultado do registo na base de dados das suspensões provisórias do processo.

Por fim, e em terceiro lugar, assinala-se que a alternativa prevista no n.º 3 do artigo 83.º-A² não será tão adequada não só a certificar de que o impedimento não se verifica, mas também, em última análise, a dotar o procedimento de contratação pública de todas as cautelas destinadas a prevenir condutas tidas como de potencial risco de prática de ilícitos económico-financeiros. De resto, com o acesso cada vez mais facilitado ao próprio registo criminal, inclusivamente, de modo eletrónico, poder-se-á, até, duvidar da necessidade de previsão legal de tal alternativa.

II.8. Com idêntico desiderato, atenderemos, agora às alterações previstas para o artigo 113.º, n.º 4.

O n.º 2 deste preceito estatui: «*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 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*

² É a seguinte a redação proposta para este preceito (com a singela alteração nas alíneas a que se refere a redação vigente): «*No caso de não emissão dos documentos ou certificados referidos nos números anteriores ou se estes não se referirem a todos os casos referidos nas alíneas b) e h) do n.º 1 do artigo 55.º, podem os mesmos ser substituídos por uma declaração solene, sob compromisso de honra, feita pelo interessado perante a autoridade judicial ou administrativa competente, um notário, ou um organismo profissional qualificado.*»



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

E a proposta de Lei pretende introduzir a seguinte redação para o n.º 4 deste mesmo artigo: «O disposto no n.º 2 não se aplica aos procedimentos de ajuste direto para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços promovidos por autarquias locais sempre que:

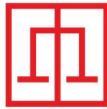
a) A entidade convidada seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, com sede no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante; e

b) A entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir.»

Ainda que tais normas possam encontrar justificação na intenção de fomento da economia circular, adiantada na exposição de motivos, cumpre, somente, alertar para os riscos que esta exceção poderá acarretar para a eventual prática de atos suscetíveis de serem enquadrados em ilícitos de natureza económico-financeira, como a participação económica em negócio, o tráfico de influências e outros conexos.

Embora a redação proposta para o n.º 6 do mesmo artigo 113.º e, bem assim, o n.º 2 do artigo 114.º pretendam introduzir, de algum modo, cláusulas de salvaguarda³.

³ A proposta de Lei apresenta para o n.º 6 do artigo 113.º a seguinte redação: *Não podem também ser convidadas a apresentar propostas entidades especialmente relacionadas com as entidades referidas nos n.ºs 2 e 5, considerando-se como tais, nomeadamente, as entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes legais ou sócios,*



Normas que nos conduzem a uma última observação, enquadrada nesta perspetiva de prevenção de práticas que conduzam à potencial prática de crimes económico-financeiros. Seria, a nosso ver, recomendável que todas as salvaguardas de conflitos de interesse fossem acompanhadas da respetiva fiscalização / auditoria e, bem assim, de eficiente sancionamento em caso de incumprimento.

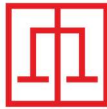
II.9. Dentro da mesma temática, e com semelhante motivação e desiderato, seria, igualmente, de ponderar a remissão para o Registo Central do Beneficiário Efetivo, também como documento habilitante obrigatório.

II.10. Por último, no que respeita às alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, as mesmas centram-se nos artigos 102.º, n.ºs. 2 e 3, e no artigo 103.º-A, n.ºs. 3 e 4. Reportam-se ambas à ação administrativa urgente relativa ao contencioso pré-contratual, nos termos que, aliás, foram objeto de pronúncia pelo Departamento Central de Contencioso do Estado e Interesses Coletivos e Difusos:

“A redação proposta para o art.º 102.º destina-se a possibilitar a prolação de despacho de indeferimento liminar nas situações, típicas, de «manifesta ausência dos pressupostos» ou de «manifesta falta de fundamento». A segunda alteração – inscrita no art.º 103.º-A - tem um duplo escopo: o de encurtar os

ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo».

E para o n.º 2 do artigo 114.º: «As entidades a convidar nos termos do número anterior não podem ser especialmente relacionadas entre si, considerando-se como tais, nomeadamente, as entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes legais ou sócios, ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo.».



prazos de tramitação e decisão daquelas ações de contencioso pré-contratual que tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação e, por outro, o de proceder à reformulação do critério de decisão que deve subjazer ao levantamento do efeito suspensivo automático.”

A análise efetuada naquele Departamento Central resultou na seguinte conclusão: «*Não se prefigura qualquer comentário ou sugestão destinado a obstar estas alterações*». À qual nada se nos oferece acrescentar.

*

III. Conclusão

Em geral, o conteúdo da proposta legislativa não nos merece, no domínio dos procedimentos que pretende introduzir, particulares sugestões de alteração, uma vez que se insere no plano de opções político-legislativas, que não contendem (diretamente) com a administração da justiça.

Nesse sentido, limitamo-nos a assinalar particulares aspetos que serão suscetíveis de fazer perigar quer as garantias adstritas ao princípio da legalidade e ao dever de fundamentação inerente a qualquer boa prática administrativa, quer as salvaguardas e medidas de prevenção quanto a comportamentos de risco no âmbito da criminalidade económico-financeira.

Lisboa, 25 de setembro de 2020