



O COMBATE À CORRUPÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA: UMA VISÃO SOBRE A ESTRATÉGIA ADOTADA NA UNIÃO EUROPEIA

Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Centro Regional do Porto
Maio de 2016

João Filipe Santiago da Silva

Porto, 2016

**O COMBATE À CORRUPÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE
CONTRATAÇÃO PÚBLICA: UMA VISÃO SOBRE A ESTRATÉGIA
ADOPTADA NA UNIÃO EUROPEIA**

Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Centro Regional do Porto
Maio de 2016

João Filipe Santiago da Silva
Porto, 2016

*À minha Mãe,
e ao meu Pai.*

*À minha orientadora Doutora Raquel Carvalho, cuja a paciência se revelou
fundamental para o desenvolvimento da minha investigação*

E à Sr.^a.Dr.^a Maria Abreu.

Abreviaturas

CCP	- Código dos Contratos Públicos
CP	- Código Penal
EM	- Estado Membro
MC	- Mercado Comum
MI	- Mercado Interno
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
PIB	- Produto Interno Bruto
TC	- Tribunal de Contas
TFUE	- Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	- Tribunal de Justiça
TL	- Tratado de Lisboa
TM	- Tratado de Maastricht
UE	- União Europeia

Índice

Introdução	8
1. Os objectivos da contratação pública: uma <i>efetiva concorrência, the best value for money</i> e a <i>integridade do procedimento</i>	10
2. O conceito de corrupção	18
3. O papel das diretivas de contratação pública no combate à corrupção.....	23
4. As medidas de combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública.....	26
4.1. Medidas de prevenção – em concreto: nas diretivas 2004/18/CE e a 2014/24/UE	27
4.2. Medidas sancionatórias - um contexto fora das diretivas.....	35
4.3. (In)suficiência da diretiva de 2014/24: para lá das medidas consagradas	38
Conclusão	43
Bibliografia	45
Comunicações da Comissão Europeia	52
Páginas de Internet Consultadas	53

Introdução

O mercado da contratação pública representa um peso económico considerável no Mercado Interno da União Europeia. Na comunicação COM(2011)308 final a Comissão referiu que, em 2009, «*a despesa pública em obras, bens e serviços representou aproximadamente 19% do PIB da UE*», concretizando que «*...um quinto desta despesa é abrangido pelo âmbito de aplicação das diretivas da UE em matéria de contratos públicos (cerca de 420 mil milhões de euros, ou seja 3.6% do PIB da UE)*»¹.

Por esta razão, e com um intuito de retirar o máximo proveito das suas potencialidades, cedo se reconheceu a necessidade de salvaguardar um princípio de mercado aberto e de *efetiva concorrência* no âmbito dos procedimentos da contratação pública.

Tarefa que, desde já, não se afigura de fácil concretização.

Efetivamente, e devido ao elevado fluxo financeiro movimentado no mercado de contratação pública, aliado à pressão exercida pela crise financeira no seio da UE nos últimos anos, representa aquele um domínio altamente aliciante e premiável à proliferação de comportamentos de corrupção.² Comportamentos este que, globalmente, tem um impacto direto nas despesas públicas e, portanto, nos recursos dos contribuintes.

Para termos uma noção desta realidade, e como bem referiu a Comissão na sua comunicação COM(2011)308 final, estima-se que «*um montante estimado em 120 mil milhões de euros por ano, ou seja, 1% do PIB da UE, seja perdido para a corrupção*»³. Acresce que, na comunicação COM(2014) 38 final, referiu-se que «*os custos adicionais de um contrato em resultado de práticas de corruptas podem elevar-se a 20-25%, em alguns casos mesmo a 50%, do custo total do contrato*»⁴.

Posto isto, e de forma a contrariar esta realidade, impedindo a proliferação destes comportamentos no âmbito do mercado da contratação pública, a UE, a par de outras organizações internacionais, tem vindo ao longo dos anos a delimitar um conjunto de

¹ Comunicação COM(2011) 308 final: *Luta contra a corrupção na UE*, 2011, p. 14; neste mesmo sentido, Cf. Comunicação COM(2011) 206 final: *Doze alavancas para estimular o crescimento...*, 2011, p. 20; e, igualmente, relatório COM(2014)38 final: *...Relatório Anticorrupção da UE*, 2014, p.23.

² Cf. Mulcahy, 2012, p.39; Gomes, 2013, p. 111; e *Ibidem*. pp.3 e 23.

³ Comunicação COM(2011) 308 final: *Luta contra a corrupção na UE*, 2011, p. 14.

⁴ Cf. Relatório COM(2014)38 final: *...Relatório Anticorrupção da UE*, 2014, p.23.

políticas «anticorrupção» que, de forma abrangente, visam fomentar o aumento da integridade dos procedimentos.

É nesta mesma ideia que nos propomos a desenvolver a presente exposição. Designadamente, tentaremos identificar as estratégias que a UE tem vindo adotar na luta contra este fenómeno e, nestes termos, as alterações que aquelas introduzem na concretização dos procedimentos de contratação pública. Além de que, procuraremos saber se as estratégias adotadas se afiguram suficientes para responder aquele fenómeno.

Para o efeito, e num primeiro momento, a par de uma exposição sobre objetivos do direito da contratação pública, tentaremos demonstrar de que forma os atos de corrupção influenciam a integridade do procedimento e, neste seguimento, a prossecução do interesse público.

Num segundo momento, e de forma a uma correta interpretação e aplicação das políticas de corrupção, tentaremos delimitar o conceito de corrupção e, neste seguimento, um conjunto questões que se suscitam no seu âmbito.

Num terceiro momento, analisaremos o papel das diretivas de contratação pública no âmbito das políticas anticorrupção, isto porque, como iremos conferir, estas nem sempre foram consideradas como um instrumento à disposição dos EM para a implementação de políticas anticorrupção.

Num quarto momento, e por força do vasto conjunto de medidas que se identificaram ao longo deste estudo, tentaremos apresentar as medidas que foram consagradas pela UE, bem como pelos EM, para salvaguardar a integridade do procedimento de contratação pública. Neste contexto, tentaremos organizar e traçar uma fronteira entre as medidas que encontram consagração expressa no regime jurídico da contratação pública, mais concretamente, nas diretivas 2004/18/CE e a 2014/24/UE, e, por força do *fim* a que estão adstritas, as que se encontram consagradas fora daquele regime jurídico. Por sua vez, tentaremos demonstrar algumas questões inerentes à consagração das medidas de combate à corrupção

Por fim, procuraremos identificar se as medidas consagradas na diretiva 2014/24/UE são, para todos os efeitos, suficientes para responder às necessidades que se manifestam na luta contra este fenómeno.

1. Os objectivos da contratação pública: *uma efetiva concorrência, the best value for money e a integridade do procedimento*

O Tratado de Roma de 1957 definiu-se como um importante passo para a criação do MI Europeu⁵. Particularmente, e para potenciar uma **integração económica comunitária**, definiu como objetivo imediato a constituição de um MC entre Estados signatários que, entre outras, se caracterizava pela liberdade de circulação dos fatores de produção, nomeadamente, «a liberdade de deslocação das pessoas no espaço comunitário, a livre circulação dos capitais, a livre prestação serviços pelas empresas ou pelos profissionais independentes»⁶ Neste contexto, as liberdades «constituem elementos essenciais da realização do mercado comum e do mercado interno»^{7,8} constituindo, entre si mesmas, uma expressão do «princípio de liberdade económica» que comporta uma «...liberdade de empreender e de agir no domínio económico»⁹.

No entanto, uma completa concretização desta «liberdade económica» fica fortemente dependente de outros princípios que «conferem plena expressão à livre iniciativa de que usufruem os operadores económicos no mercado interno da UE»¹⁰. Particularmente, referimo-nos ao princípio da igualdade e da não discriminação e, por sua vez, ao princípio de «mercado aberto e de livre concorrência»^{11 12}.

Em primeiro lugar, e como referem alguns autores, para todos os efeitos, o princípio da igualdade constitui «a pedra basilar da construção europeia, gerando um feixe de direitos específicos e próprios da realidade comunitária, e sem os quais ela não existiria, como são designadamente a não discriminação em razão da nacionalidade e

⁵ Para um enquadramento da evolução dos tratados e concretização do MI v., entre outros, Campos, Campos, & Pereira, 2014; e Gorjão-Henriques, 2014.

⁶ Cf. Campos, Campos, & Pereira, 2014, p.523.

⁷ Viana, 2007, p. 137.

⁸ Neste sentido, veja-se que o artigo 8-A do Acto Único Europeu consagrou que o MI compreende «um espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos tratados».

⁹ Campos, Campos, & Pereira, 2014, p.272.

¹⁰ *Ibidem*. p.273.

¹¹ (1) Expressão aposta no artigo 3-A do TM como ideia-força de todas as políticas comunitárias de dimensão económica. Cf. Gorjão-Henriques, 1998, pp.111 e 115; (2) após a revogação deste artigo pelo TL este princípio subsiste no contexto específico da política económica e monetária da União (ex. artigo 4º do TCE – Amesterdam artigos 119.º, 120º e 127.º do TFUE).

¹² Cf. Campos, Campos, & Pereira, 2014, p.555.

*as liberdades de circulação»*¹³; concretizando que, «...a efetivação dessas liberdades pressupõe a igualdade e sua manifestação especial que é a não discriminação em razão da nacionalidade»¹⁴.

É, neste contexto, no âmbito do princípio da liberdade económica inerente à concretização do MI, que se atribuem em condições de perfeita igualdade os direitos e obrigações decorrentes dos tratados ou dos atos adotados na conformidade daqueles, estabelecendo-se uma igualdade entre cidadãos e empresas de um qualquer Estado-Membro e proibindo-se uma qualquer discriminação ou obstáculos à livre circulação¹⁵.

Em segundo lugar, e devido à forte influência liberal da construção europeia, a concorrência passou a desempenhar um papel fundamental na política económica da Comunidade Europeia, um núcleo central da política económica, um «*pilar da construção Europeia*»¹⁶. Isto porque, é através deste princípio que se salvaguarda «a possibilidade da presença no mercado de um número suficiente de empresas independentes funcionando em condições adequadas a proporcionar aos consumidores e utilizadores uma razoável possibilidade de escolha»¹⁷. Particularmente, é neste mercado de liberdades e de efetiva concorrência, que «os produtores e comerciantes podem livremente prosperar a clientela e propor-lhes os seus produtos, tal como aos consumidores é facultado escolher livremente, entre produtos que lhes são oferecidos, os mais interessantes do ponto de vista da qualidade preço»^{18, 19}.

Em jeito de conclusão, afirmamos que a *liberdade económica*, no âmbito da concretização do MI, desenvolve-se através de uma «*economia de mercado aberto e de livre concorrência*» e está subordinada ao princípio da igualdade, enquanto princípio basilar, ao princípio da não discriminação e às liberdades de circulação.

¹³ Viana, 2007, p. 114.

¹⁴ Viana, 2007, p. 114

¹⁵ Campos, Campos, & Pereira, 2014, p.275.

¹⁶ Gorjão-Henriques, 2014, p. 600.

¹⁷ Campos, Campos, & Pereira, 2014, p.618.

¹⁸ *Ibidem*, p.618.

¹⁹ (1) Neste contexto, e de forma a salvaguardar e a obter uma leal concorrência ou uma «concorrência praticável», os tratados consagram um conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço da UE: ao subordinar e vincular diretamente as empresas, públicas ou privadas, proibir a prática de comportamentos anti-concorrenciais; e, ao mesmo tempo, disciplinando o comportamento dos EM, interdizendo-lhes a adoção de medidas suscetíveis de produzir um efeito lesivo da concorrência no quadro da União. Cf. Gorjão-Henriques, 2014, p.618. (2) Regime este que decorria da alínea g) do já revogado artigo 3º do TCE» Cf. Gorjão-Henriques, 2014, pp. 598-599.

Ora, é dentro desta mesma lógica que se desenvolve e enquadra o regime de contratação pública no MI, isto é: (1) integrado numa «*economia de mercado aberto e de livre concorrência*» - *princípio da concorrência*; (2) e subordinado ao *princípio da igualdade* enquanto princípio estruturante, ao princípio da não discriminação e às liberdades de circulação.

Neste contexto, e como iremos confirmar, ressalve-se que, estes dois princípios têm uma forte conexão, sendo que, muitas das vezes, partilham algumas potencialidades jurídicas. Bem como alguns autores referem, podemos afirmar que, por um lado, «*a enorme abrangência ou cobertura do princípio da concorrência, (...)faz com que seja frequente aplica-lo a situações que parecem subsumir-se no princípio da igualdade – por serem similares os valores e interesses que os mesmo se destinam a proteger e confluírem ou confundirem-se nessa proteção*»²⁰ e, por outro lado, «*o princípio da igualdade aponta para dimensões que, em grande medida, já se encontram abrangidas pelo princípio da concorrência (“concorrência-igualdade”)*»²¹.²²

Não obstante, é a partir destes princípios que se afirma o próprio propósito ou fundamento do direito da contratação pública. Efetivamente, é nestes princípios que reside a «*exigência, que se deve reclamar dos poderes públicos, de conceder às empresas um direito à igualdade de oportunidades ou de acesso ao “mercado de concursos públicos”, bem como à igualdade de tratamento no âmbito do procedimento de contratação*»²³.

Ora, em linha do que sucedia com as Diretivas de 2004, bem como a par do que sucede no nosso n.º4 do artigo 1.º do CCP, as diretivas 2014 consagram os *princípios da igualdade e da não discriminação*.²⁴ Estes princípios exigem às entidade adjudicante o dever de fixar, interpretar e aplicar de forma igual as regras do procedimento²⁵. Ressalvando-se, neste contexto, e segundo o sumário dos acórdãos do TJ, no caso

²⁰ Oliveira & Oliveira, 2011, p.190.

²¹ Pedro Costa Gonçalves, Direito dos Contratos Públicos, P.145.

²² Neste sentido, parece apontar Peter Trepte que refere que a principal tarefa das diretivas é assegurar a existência de um mercado comum dos contratos públicos dentro da estrutura do tratado e, nem tanto, assegurar o «*best value of money*» ou a «*efficiency*» do procedimento. Cf. Trepte, 2010, pág. 3.

²³ Tal como realça Pedro Gonçalves, para alguns autores, este é o principal objetivo do direito da contratação pública, Direito dos Contratos Públicos, 2015, p.128.

²⁴ O artigo 2.º da diretiva 2004/18/CE e, agora, o artigo 18.º da diretiva 2014/24/UE, consagram como princípios de adjudicação dos contratos públicos, a igualdade de tratamento e da não discriminação, e da «obrigação» de aqueles agirem de forma transparente.

²⁵ Cf. Oliveira & Oliveira, 2011, p. 216.

«Überschär»²⁶ e «Fabricom»²⁷, que esta exigência impõe que não sejam tratadas de forma diferente situações idênticas e de forma idêntica situações diferentes, a não ser que exista uma justificação baseada em critérios objetivos.²⁸ Desta forma, e à partida, as entidades adjudicantes devem assegurar um comportamento estritamente igual em relação a todos os operadores económicos no momento de *acesso*, bem como no *tratamento* daqueles, ao longo do procedimento «(“concorrência-igualdade”)²⁹. Resulta do exposto que, «o tratamento de favor ou desfavor de um determinado operador económico implica, as mais das vezes, a violação da igualdade de tratamento»³⁰.

Podemos ainda dizer que, «na sua dimensão negativa», este princípio veda discriminações diretas ou indiretas em razão da nacionalidade³¹.

Por sua vez, o *princípio da concorrência* é considerado como um «*princípio cardinal* da ordem jurídica, um verdadeiro *principio geral de direito*». Aplicável à administração pública nas relações de direito administrativo que estabelecem com os particulares, mas, também, aos particulares nas suas relações de direito privado.³²

No âmbito das relações da administração com os privados, e com a aprovação das diretivas 2014, mais concretamente, com a consagração do n.º2 do artigo 18.º da diretiva 2014/24/UE, este princípio exige que «os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da (...) diretiva ou reduzir artificialmente a concorrência», concretizando que, «a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinado operador económico».

Efetivamente, o princípio a que alguns intitulam de «*principio-tronco*» ou «*umbrella principle*»³³ da contratação pública, encontrando-se intrinsecamente ligado à prossecução do *interesse público*, impõe que os procedimentos se realizem pública e abertamente no mercado, em condições de igualdade, sem qualquer tipo de condições

²⁶ Cf. Sumário do acórdão «Überschär», de 8 de outubro de 1980.

²⁷ Cf. Acórdão «Fabricom SA v. Belgium State (Fabricom)» 3 março 2005.

²⁸ Cf. Smith & Kunzlik, 2009, p.85; cf. Neves, 2010, pp.36 e 37; e Viana, 2007, p.112.

²⁹ Cf. Gonçalves, 2015, p.145.

³⁰ Viana, 2007, p. 158; e Cf. acórdão «Bus Wallons», de 25 de Abril de 1996.

³¹ Cf. Neves, 2010, p.36.

³² Cf. Gonçalves, 2015, p.138.

³³ Oliveira & Oliveira, 2011, p. 184.

que tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência de forma a possibilitar a participação de um número considerável de operadores económicos.³⁴

Não obstante, ressalve-se que, este princípio não visa igualar as propostas feitas no âmbito do procedimento de contratação mas, antes pelo contrário, tão somente, igualar as condições de admissão ao procedimento, postulando o princípio da igualdade («igualdade concorrencial») e intensificando a competição entre os operadores económicos³⁵ para, desta forma, forçar os interessados a apresentar melhores propostas e, por sua vez, permitir que o contraente público compare e escolha aquela que melhor servir o interesse público.³⁶

Nesta linha, no caso de «Sintesi»³⁷ e de «Hochtief»³⁸, o TJ tem vindo a referir que existe uma obrigação por parte da entidade adjudicante de assegurar uma *efetiva concorrência*.³⁹ Esta que, como já se referiu, se traduz numa verdadeira competição entre operadores económicos de forma a permitir que o contraente público obtenha benefícios da pressão competitiva como, por exemplo, o *best value for money*.⁴⁰

Ora, tendo em consideração o exposto, e contra o entendimento de alguns autores⁴¹, sublinhamos que o direito de contratação pública, segundo um princípio de «*economicidade* ou *vantajosidade*»⁴², tem igualmente o objetivo de permitir a eficiência económica da compra, ligada à proteção dos *interesses públicos financeiros*⁴³ e à defesa dos contribuintes. Neste contexto, e mesmo que não se considere este *fim* como um objetivo principal do direito da contratação pública, é inegável que a conexão entre aqueles *princípios fundamentais* visam igualmente garantir a obtenção de um procedimento *eficiente*⁴⁴ e com *economicidade*⁴⁵ (o *best value of money* ou «*getting the*

³⁴ Cf. Gonçalves, 2013, pp. 396-397; Cf. Graells, 2014, p.1.

³⁵ Cf. Graells, 2014, p.1.

³⁶ Cf. Bovis, 2007, p.67.

³⁷ Cf. Acórdão «Sintesi», de 7 outubro de 2004.

³⁸ Cf. Acórdão «Hochtief» de 15 outubro de 2009.

³⁹ Cf. Gonçalves, 2015, p.133.

⁴⁰ Cf. Bovis, 2007, p. 63.

⁴¹ Neste sentido, parece apontar Peter Trepte que refere que a principal tarefa das diretivas é assegurar a existência de um mercado comum dos contratos públicos dentro da estrutura do tratado e, nem tanto, assegurar o «*best value of money*» ou a «*efficiency*» do procedimento. Cf. Trepte, 2010, pág. 3.

⁴² Cf. Gonçalves, 2015, p.127.

⁴³ Este interesse público que, de um ponto de vista financeiro, nas palavras de Freitas do Amaral, se traduz na «*solução mais vantajosa, em termos de preço qualidade...*» Amaral, 2011, pág.587.

⁴⁴ Cf. PwC & Ecorys, 2013, p.63.

⁴⁵ Decorre deste princípio de «*economicidade*» uma função de proteção do interesse público financeiro. Cf. Gonçalves, 2015, p.131.

best deal for the public's Money»⁴⁶⁾ de modo a conseguir obter a máxima prossecução do interesse público.

De outra forma não poderia ser. Isto porque, e tal como referem alguns autores, no âmbito da contratação pública, temos em consideração que *«a Administração realiza determinadas aquisições porque tem...viabilidade financeira para o fazer e estes fundos resultam...dos impostos pagos pelos contribuintes(...).Assim sendo, não corresponde ao interesse geral a promoção de uma administração gastadora, interessando, sim, uma Administração eficiente nos seus gastos, que, em suma, pretenda alcançar o Value for Money ou maior benefício marginal na utilização dos seus recursos»⁴⁷⁾.*

Consequentemente, afirmamos que o direito da contratação pública visa igualmente vincular a atividade da Administração a um princípio de *economicidade* na procura do *«best value for money»*.

No entanto, pese embora seja esta a melhor equação para a prossecução do interesse público, designadamente, através da procura da melhor proposta dentro do âmbito de uma *efetiva concorrência*, devemos ter em consideração que o mercado de contratação pública constitui um ambiente propício à prática de atos de corrupção e ao favoritismo indesejado. Ora, antes de avançarmos, refira-se que, na maioria das vezes, estes comportamentos resultam da aproximação que existe entre o sector público e o sector privado⁴⁸⁾, aos níveis de fluxos financeiros gerados neste mesmo mercado⁴⁹⁾, à assimetria de informações que poderão existir nas relações entre o agente (*agent*) e o órgão adjudicante (*principal*)⁵⁰⁾ e à própria discricionariedade do órgão adjudicante, ou do seu agente, na tomada de decisões que poderá revelar-se abusiva.⁵¹⁾ Como consequência, e ao longo de todo o procedimento, estes comportamentos podem verificar-se (1) aquando da decisão de contratar: quando sem uma verdadeira necessidade se recorre ao mercado de contratação pública; (2) aquando do procedimento: quando alguns elementos constantes no caderno de encargos apontam diretamente para a escolha de um determinado operador económico; quando o prazo de apresentação das propostas é muito curto; se existir uma desqualificação sem fundamento, se se verificar alguma pressão ou interesse para selecionar um específico

⁴⁶⁾ Nas palavras de Pedro Costa Gonçalves ao citar Steven L. Schooner. Cf. *Ibidem*. p.144.

⁴⁷⁾ Eiró, 2013, p.47.

⁴⁸⁾ Cf. OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, p.9.

⁴⁹⁾ Cf. Relatório COM(2014)38 final:...*Relatório Anticorrupção da UE*, p.23.

⁵⁰⁾ Cf. Gomes, 2013, p.113; Jenny, 2005, p.31; e Trepte, 2005, pp.115 e 116.

⁵¹⁾ Cf. Williams, 2011, pp.30 e 31; OECD, *Policy Roundtables:...*, 2010, p.10.

operador económico; e quando a proposta vencedora é muito próxima do orçamento estimado ou das estimativas de custo.

Neste contexto, afirmamos que a corrupção está claramente em desacordo com os princípios da *igualdade* e de *livre concorrência* no âmbito do mercado de contratos públicos. Efetivamente, o favorecimento de uns em detrimento de outros, reduz a concorrência leal e são e, conseqüentemente, introduz um conceito de «*competitive corruption*»⁵² no mercado. Assim, o possível favorecimento de alguns operadores económicos em detrimento de outros, e a prossecução de *interesses privados* em oposição ao *interesse público*, comporta efeitos económicos e sociais negativos⁵³, tanto a nível interno dos Estados Membros como, igualmente, no âmbito do MI na UE.

Ora, de forma a contrariar estes efeitos, e de forma a assegurar a correta prossecução do interesse público, é necessário garantir a implementação de políticas que assegurem a integridade⁵⁴ dos procedimentos contratação pública.⁵⁵

É, neste contexto, que se afirma o terceiro objetivo do direito de contratação pública.

Nesta mesmo sentido, em 2011, ao identificar as alterações apostas nas diretivas de 2004 e os objetivos que aquelas visavam alcançar, a Comissão concluiu que «*The three core objectives are to: promote efficient EU-wide and cross-border competition for contracts; deliver best value for Money and aid the fight against corruption*»⁵⁶.

Ora, sabendo que a atividade contratual da administração consubstancia uma atividade económica muito relevante, algumas organizações têm vindo a delimitar um conjunto de princípios que visam guiar os Estados na elaboração de regras com o objetivo de alcançar uma boa governação nos procedimentos de contratação pública (*Good Governance*⁵⁷).⁵⁸ Assim, e com vista a aumentar a integridade do procedimento

⁵² Williams, 2009, pp.484 e 485; Gomes, 2013, p.117.

⁵³ Cf. M.Racca & Perin, 2012, p.20.

⁵⁴ Tendo em conta que, e no que concerne ao desempenho de funções públicas em geral, a integridade está fortemente associada a uma ideia de «*incorruptibilidade*», requerendo, portanto, que os titulares de cargos públicos não se vinculem a uma qualquer obrigação perante terceiros que possa vir a influenciar o exercício das suas funções. Cf. United Nations, 2006, p.11.

⁵⁵ Cf. M.Racca & R.Yukins, 2014, p.1.

⁵⁶ Commission Staff Working Paper: *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part I*, 2011, p.151; Neste mesmo sentido, Mark Pieth refere que «*...Until now, the primary focus of procurement rules has been to secure the best value for money. Only gradually did it become obvious that the prevention of bribery is one of the fundamental concerns in ascertaining that the best and the relatively priciest bidder get the job rather than the best rent-seeker*». Pieth, 2005, p.20.

⁵⁷ Para uma definição de Good Governance, vide. United Nations, 2006, p.4; e Almeida, 2014, p.67.

de contratação pública, associados à boa governação, a OCDE formulou um conjunto de princípios que se baseiam em quatro pilares fundamentais: «*transparency, good management, prevention of misconduct, accountability and control*»⁵⁹.

Neste contexto, constituem estes pilares as bases para a implementação de medidas que visam combater «*práticas empresariais antiéticas*»⁶⁰. Em nosso entender, com vista a alcançar a integridade do procedimento, estas medidas podem ser divididas em duas dimensões distintas que, ao mesmo tempo, se complementam: (1) através da implementação de políticas anticorrupção que visem a *prevenção e sancionamento* de comportamentos corruptivos; e (2) através de medidas que promovam uma efetiva concorrência e o controlo dos comportamentos anti-concorrências entre operadores económicos⁶¹.⁶² Ressalve-se que, no âmbito desta tese, visto não constituírem as segundas comportamentos de corrupção, iremos abordar unicamente as políticas que visam concretizar a primeira dimensão.

Concluindo, devemos enunciar algumas razões que justificam a divisão adotada: (1) porque devemos considerar que tanto os comportamentos de corrupção, bem como os comportamentos anti-concorrenciais entre privados, consistem em práticas «antiéticas», que, para todos os efeitos, influenciam o resultado do procedimento e, paralelamente, prejudicam a sua integridade⁶³; (2) porque aquele conjunto de «princípios» que, para todos os efeitos, visam implementar estratégias de combate à corrupção e, ao mesmo tempo, práticas anti-concorrências entre operadores económicos, enquadram-se perfeitamente nesta esta divisão; (3) por fim, e esta razão com uma conexão com o

⁵⁸ Neste contexto, «*a governação deficiente no domínio dos contratos públicos prejudica a concorrência e faz subir o preço pago pela administração por bens e serviços, tendo impacto direto nas despesas públicas e, portanto, nos recursos dos contribuintes...*». OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, p.9.

⁵⁹ *Ibidem*.p.1.

⁶⁰ Livro Verde COM(2011)15final:*sobre a modernização da política de contratos públicos da UE...*, 2011, p.53.

⁶¹ Cf. Graells, 2014, p.1.

⁶² De certa forma, semelhante à abordagem enunciada por Pedro Cerqueira Gomes. Cf. Gomes, 2013, p.112.

⁶³ Neste sentido, entendemos que tanto os atos de «*collusion*» como os de «*corrupção*» comprometem a integridade do procedimento. Para este efeito, teve-se em consideração (1) a definição de «*integridade*» apresentada pela OCDE, «*the use of funds, resources, assets, and authority, according to the intended official purposes, to be used in line with public interest*». OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, p.19; (2) igualmente, e sobre a integridade do procedimento, a OCDE referiu que os comportamentos de «*corrupção*» e de «*coluios*» entre operadores económicos, pese embora tenham diferentes manifestações, ao fim ao cabo, afetam a integridade do procedimento. Isto porque, afetam a concorrência e, conseqüentemente, o interesse público. Cf. OECD, *Policy Roundtables:...*, 2010, p.9.

ponto (2), porque as políticas que visam implementar medidas de combate à corrupção e as que visam combater as práticas anti-concorrenciais entre privados, apesar de prosseguirem objetivos maioritariamente comuns, designadamente, o aumento da integridade do procedimento de contratação, devem ser abordadas de forma distinta⁶⁴.

2. O conceito de corrupção

A «corrupção não é um vocábulo consensual ou inequívoco⁶⁵», tal assim é, que, no âmbito desta tese será necessário delimitar o seu conceito para efeito de implementação e interpretação das políticas anticorrupção, designadamente, no âmbito das diretivas de contratação pública.

Neste contexto, começamos por referir que, não é de todo incorreto adotar um conceito de corrupção em sentido lato tendo em consideração que, efetivamente, só deveríamos falar de corrupção em sentido estrito. Isto porque, e pelo que se confere, a partir de vários estudos, relatórios e comunicações de organizações internacionais, ambos os conceitos são importantes no que concerne ao desenvolvimento de políticas anticorrupção. Neste mesmo sentido, na comunicação COM(2003) 317 final, a Comissão salientou que *«a distinction should be made between corruption in this narrower criminal law sense and corruption in a broader socio-economic sense. This distinction is necessary because, in accordance with rule of law principles, criminal law provisions require unambiguous and precise language, whereas the concept of corruption can be more general while responding to the purposes of crime prevention»*.

Efetivamente, no que respeita à implementação de medidas preventivas, recorrendo-se a um conceito «*socioeconómico*», verifica-se a preferência dada a uma definição mais abrangente que ultrapassa largamente a dimensão «*jurídico-penal*» de corrupção. Ao extrairmos daquele vocábulo uma ideia de que existirá corrupção sempre que um agente enriqueça indevidamente em virtude da sua função (*abuso de poder*)

⁶⁴ Por exemplo, que o uso excessivo da transparência para o combate à corrupção no regime de contratação pública pode acarretar um efeito inverso à lógica concorrencial e prejudicar a prossecução do interesse público. Designadamente, por tornar o concurso previsível, pode resultar numa facilitação de conluíus (a *collusion*) entre operadores económicos. Cf. Graells, 2014, p.4; Ainda sobre o tema da transparência como causa de práticas anti-concorrenciais Cf. Beth, 2005, pp. 49 a 50; Jenny, 2005, p. 34 e 35; OECD, *Policy Roundtables:...*, 2010, p.11; e Bovis, 2007, p.63.

⁶⁵ Damião, 2013, p.850.

administrativa ou jurisdicional num organismo estatal ou público, ou devido à atividade que exerce numa entidade privada, abrejemos condutas que não preenchem o conceito de corrupção «jurídico-penal»⁶⁶, como igualmente, condutas que até podem chegar a não preencher nenhum tipo legal de crime previsto no CP ou em legislação penal avulsa sobre a matéria de corrupção⁶⁷.

Queremos com isto dizer que, se, por um lado, adotarmos um conceito *lato sensu* seremos forçados a abranger um conjunto de comportamentos que se enquadram em tipos legais de crime que em nada têm haver com a corrupção em sentido «jurídico-penal», nomeadamente: (1) aquando de comportamentos levados a cabo numa relação vertical⁶⁸, o tráfico de influências, concussão, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder, violação de segredo por funcionário ou (2) se estivermos perante comportamentos levados a cabo numa relação sentido horizontal, abrangemos os chamados *conluios* entre privados⁶⁹ (*a collusion*⁷⁰).

Por outro lado, se tivermos em consideração um conceito *stricto sensu*, falamos única e exclusivamente, aquando de comportamentos praticados numa relação em sentido vertical ou horizontal, no crime de corrupção ativa e passiva tal qual definidos pelo nos artigos 373.º e 374.º do CP⁷¹, pela Lei 20/2008⁷², de 21 de Abril, e por alguns Diplomas

⁶⁶ Este sentido mais amplo de corrupção foi sendo adotado ao longo dos anos em estudos, relatórios e comunicações de instituições e associações internacionais sobre o combate à corrupção, nomeadamente: a OCDE define que estamos perante atos de corrupção quando «*oficiais públicos usam do poder público para obterem um ganho pessoal*» Cf. OECD, *Policy Roundtables:...*, 2010, p.10.; na comunicação COM(2003) 317 final onde se referiu que «*Embora as definições tradicionais, adotada pelo Banco Mundial e a organização não governamental Transparency Internacional, defina corrupção como sendo a utilização de um cargo público para a obtenção de lucros privados ilegítimos, parece ser mais adequado utilizar-se uma definição mais abrangente, como a do programa global de luta contra a corrupção, das Nações Unidas, que refere abuso de poder em benefício pessoal englobando assim o setor público e privado*»; na comunicação COM(2014) 38 final «*abuso de poder em benefício próprio*»; a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção engloba no seus artigos 15.º e 16.º não só a corrupção em sentido estrito mas, também, corrupção em sentido lato ao admitir outros tipos de crime, por exemplo, o artigo 17.º e seg. (sobre esta convenção cf. Gabriel, 2012, pág. 2.).

⁶⁷ Neste sentido, na comunicação COM(97)192 final a Comissão referiu que «*...há exemplos de comportamentos que não constituem infrações penais num EM mas que são considerados corrupção em outros EM...*». Cf. Comunicação COM(97)192 final, p.4. e comunicação COM(2003)317 final.

⁶⁸ Cf. Pwc & Ecorys, 2013, p.55.

⁶⁹ Numa conceção amplíssima de corrupção adoptada para um estudo encomendado pela comissão e levado a cabo pela PWC em conjunto com a Ecorys, onde se considerou por corrupção «*o abuso de poder para ganho privado*», no entanto, os mesmos ressaltam que aqueles comportamentos de corrupção foram tomados em consideração porque representam um prejuízo para o interesse público. Cf. *Ibidem*, pp.55 a 58. Neste mesmo sentido, cf. Williams, 2011, p.32.

⁷⁰ (1) Frequentemente sobre a forma *bid rigging* este “tipo” de corrupção traduz-se num acordo entre proponentes de forma a manipular a decisão e, desta forma, restringir a a competição. Cf. Pwc & Ecorys, 2013, pp.56 e 57; (2) e para um exemplo deste fenómeno veja-se o caso da privatização da companhia de distribuição elétrica «*Eletropaulo Metropolitana*», uma das maiores companhias de energia elétrica da América do Sul. Cf. Jenny, 2005, pp. 34 e 35.

⁷¹ Artigos 373.º e 374.º CP.

Internacionais⁷³. Acresce, no caso da legislação portuguesa, sob a epígrafe de «*recebimento indevido de vantagem*», o artigo 372.º do CP⁷⁴ que, com consagração na Seção I – Da Corrupção – Capítulo IV – Dos Crimes Cometidos no Exercício de Funções Públicas (onde estão igualmente previstos os crime de corrupção ativa e passiva), enuncia uma terceira modalidade de corrupção que, caracterizada pela não «*demonstração do ato concreto ou omissão pretendido*»⁷⁵, se enquadra igualmente dentro de uma interpretação restrita daquele vocábulo.

Além de que, e como se sabe, para que se verifique o crime de corrupção propriamente dito, é necessário a verificação de um “mercadejar” do cargo que o agente exerce, isto é, que exista um negócio, um pacto (ou a mera proposta) que, mediante prova, exige umnexo causalidade entre a vantagem e o ato (pretérito, presente ou futuro)⁷⁶. No caso do «*recebimento indevido de vantagem*», o que se pretende é sancionar as vantagens solicitadas ou aceites, dadas ou prometidas, «*Tais vantagens representarão a contrapartida virtual de eventuais atos dos funcionários a realizar no futuro, pelo que a sua entrega, promessa, solicitação ou implica, também, uma “transação”, um “mercadejar” com cargo*»⁷⁷.

Do exposto, e à luz de uma interpretação *restrita*, entenderemos que a verificação de um enriquecimento indevido, real ou presumido, à custa da posição, função ou lugar (abuso de poder), num organismo com poderes públicos ou numa entidade privada, por si só não se afigura suficiente para preencheremos o tipo legal de crime de corrupção «*jurídico-penal*».

Tendo em consideração o exposto, é seguro afirmar que a adoção de uma conceção alargada de corrupção é inapropriada para base de trabalho no âmbito «*jurídico-penal*», sob pena de adotarmos legislação assente sob pressupostos errados baseada numa

⁷² Lei que cria o novo regime de corrupção no comércio internacional e no sector privado, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de Julho que vem revogar através no seu artigo 8.º a Ação Comum 98/742/JAI.

⁷³ Cf. Por exemplo: os artigos 15.º, 16.º, 21.º e 22.º da Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção; os artigos 2.º e 3.º da Convenção Relativa à Luta Contra a Corrupção em que estejam envolvidos Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da UE; entre outras.

⁷⁴ (1) previsto no artigo 372.º do CP, a partir da aprovação da lei nº32/2010; (2) sobre um estudo deste tipo legal de crime, Simões, 2010, p.48.

⁷⁵ Santos, 2010, p.14.

⁷⁶ Cf. Damião da Cunha, 2013, pp.879 e 856(11).

⁷⁷ Simões, 2010, p.49.

conceção que nada tem que ver com a conceção restrita do conceito⁷⁸. Tendo em consideração que, neste contexto, e como bem referiu a Comissão na sua comunicação COM(2003)317 final, «...de acordo com os princípios do Estado de direito, as disposições da legislação penal requerem uma linguagem precisa e isenta de ambiguidade...»⁷⁹. Tal como referem alguns autores, com o devido respeito pelo princípio da legalidade, «a lei deve especificar suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime...bem como tipificar as penas...» sob pena de, com base no princípio da tipicidade, se tornarem «ilegítimas as definições vagas, incertas, insuscetíveis de delimitação...»⁸⁰

Não obstante, e para efeitos de prevenção, a adoção de um conceito *lato* pode revelar-se um facilitador, por exemplo, na *deteção* e na *denúncia* por parte dos funcionários públicos⁸¹ de comportamentos de corrupção que tenham lugar ao longo do procedimento de contratação pública. Efetivamente, ao recorrer-se a este conceito, retira-se àqueles o encargo de saberem quais os elementos que, em concreto, preenchem o tipo legal de crime de corrupção abrangido à conceção *restrita*. Tal obrigação, a partir da *denúncia*, deve recair sobre as entidades competentes que, no âmbito da fase de inquérito, devem reunir as provas para, se se verificarem factos com eventual relevância criminal, deduzirem a respetiva acusação.

Além de que, o recurso a um conceito amplo de corrupção pode igualmente ajudar a desenvolver um sistema de indicadores de alerta.⁸²

Neste contexto, há, portanto, que identificar qual o sentido apostado no regime das diretivas no âmbito das medidas que visam salvaguardar a integridade dos procedimentos de contratação pública.

No que concerne à exclusão de propostas nos procedimentos de contratação pública as diretivas de 2004, mais concretamente, a al.b) do n.º1 do artigo 45.º da diretiva de 2004/18/CE, fez constar do seu texto uma definição de corrupção em sentido *restrito*. Conforme fez o legislador português, aquando da transposição das mesmas, na

⁷⁸ Cf. Damião da Cunha, 2013, p.850.

⁷⁹ Comunicação COM(2003)317 final:....*Sobre uma Política Global da UE Contra a Corrupção*, 2003,p. 6.

⁸⁰ Canotilho & Moreira, 2007, pp.494 e 495.

⁸¹ Sobre esta, diga-se que, de acordo com a al.b) do n.º1 do artigo 242.º, a denúncia é obrigatória quando estejam envolvidos funcionários públicos, por tomarem conhecimento de um crime «*no exercício das suas funções e por causa delas*». Cf. Silva, 2014, p.55.

⁸² Sobre esta matéria veja-se o ponto 4.3.

subalínea ii) da alínea i) do artigo 55.º CCP, ao fazer uma «referência cruzada»⁸³ para o artigo 3.º do Ato do Conselho, de 26 de Maio de 1997 e para o nº1 do artigo 3.º da Ação Comum nº98/742/JAI, do Conselho⁸⁴.⁸⁵ Consequentemente, verifica-se, a par do CP, da lei n.º20/2008 e de alguns diplomas internacionais, que o legislador ao traspor fielmente para o ordenamento jurídico português o artigo 45.º, da diretiva 2004/18/CE, adotou uma definição de corrupção ativa em sentido restrito para efeitos de exclusão de propostas nos procedimentos de contratação pública.

No entanto, aquela consagração não foi a mais feliz. Isto porque, dentro dos ordenamentos jurídicos internos dos EM encontramos certos tipos de crimes que, para todos os efeitos, tipificam comportamentos de corrupção e que, por não preencherem aquela definição de corrupção *restrita*, não são considerados para efeitos de exclusão obrigatória⁸⁶. Veja-se, no âmbito do ordenamento jurídico português, o caso do já referido artigo 372.º do CP que, apesar de ser considerado um terceiro tipo de corrupção, não podia ser considerado para aquele efeito. Consequentemente, mesmo que o operador económico tivesse sido condenado por sentença transitada em julgado pelo crime previsto no artigo 372.º do CP, a sua proposta não poderia ser alvo de exclusão obrigatória por não preencher a definição de corrupção ativa prevista no artigo 55.º CCP.

Porém, este problema parece ter sido resolvido pela consagração do artigo 57.º na diretiva 2014/24/EU que, para além de continuar a fazer alusão à anterior *referência cruzada*⁸⁷, prevê igualmente a definição de corrupção com base na «*aceção legislação nacional da autoridade adjudicante ou do operador económico*».⁸⁸

Concluindo, ainda devemos analisar uma outra questão que se levanta com a consagração das diretivas de 2014. Referimo-nos exatamente à conceção que se deverá

⁸³ Williams, 2003, p.16.

⁸⁴ Remissão que resulta de uma integral transposição do artigo 45.º da diretiva 2004/18/CE.

⁸⁵ Respetivamente, Cf. JO C 195 de 25.6.1997 e JO L 358 de 31.12.1998, esta última atualmente revogada pela Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no setor privado.

⁸⁶ Contudo poderia ser excluída através da *discricionariiedade* do contraente público com base nas alíneas b) e c) do artigo 55.º CCP. Tal como admite Pedro Cerqueira Gomes ao enquadrar os crimes que não preenchem o tipo legal de crime de corrupção ativa e passiva no conceito de “*crime que afete a sua honorabilidade profissional*”. Cf. Gomes, 2013, p.120.

⁸⁷ Veja-se, neste sentido, a alteração do nº1 do artigo 3.º da Ação Comum nº98/742/JAI do Conselho, pela referência ao nº1 do artigo 2.º da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 Julho, transposta para o ordenamento jurídico Português pela Lei 20/2008, de 21 Abril.

⁸⁸ Cf. Gomes, 2013, p.120.

adotada no âmbito de aplicação da al. b) do n.º4 do artigo 26.º e no n.º5 do artigo 35 da diretiva 2014/24/UE. Isto porque, aqueles artigos, contrariamente ao que acontece no artigo 57.º, ao enunciarem que «*as propostas que não se encontrem em conformidade...ou que revelem indícios de conluio ou corrupção...devem ser consideradas irregulares*» não fornecem uma definição de corrupção. Não obstante, e por consideramos que aquela medida tem por *fim impossibilitar* o aparecimento de comportamentos de corrupção no âmbito dos procedimentos de contratação pública, não excluimos a possibilidade de fazermos uma interpretação recorrendo a uma conceção *ampla*.

3. O papel das diretivas de contratação pública no combate à corrupção

Como já tivemos oportunidade referir no ponto 1, de modo a concretizar os objetivos do mercado dos contratos públicos, é fundamental que as diretivas assegurem a integridade dos procedimentos de contratação. Efetivamente, e como bem se sabe, a corrupção está em desacordo com os princípios da igualdade e da concorrência que, para todos os efeitos, definem o mercado de contratação pública. Particularmente, podemos constatar que estes atos interferem com a «obrigação» de transparência dos procedimentos de contratação pública⁸⁹ e, por sua vez, promovem uma concorrência desleal entre operadores económicos.

É, neste contexto que as diretivas de contratação pública, paralelamente, a outros instrumentos internacionais⁹⁰, numa tentativa de desempenhar um papel ativo na luta contra a corrupção⁹¹, passaram a consagrar regras e mecanismos próprios que, como

⁸⁹ Cf. Williams, 2011, p.50 e 51.

⁹⁰ (1) Aqui se expõem alguns instrumentos de luta contra a corrupção, desde logo: A convenção relativa à luta contra a Corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados Membros da UE (1997); a Convenção sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, (OCDE, 1997); A Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa (1999); Convenção da UE relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades (PFI, 1995) e os seus protocolos (O.J. C313, 1996 e O.J. C221, 1997); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003); A resolução (99) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa (1999), que estabeleceu o grupo de Estados Contra a Corrupção (GRECO). Cf. Comunicação COM(2003)317 final: *Sobre uma Política Global da UE Contra a Corrupção*, 2003, p.3; Williams, 2011, pp.19 a 30.

⁹¹ Tendo em vista uma melhor resposta à evolução das necessidades num contexto político, social e económico. Sobre esta matéria, Williams, 2011, pp. 9 e seg.

iremos analisar no ponto 4.1, visam salvaguardar a integridade do procedimento de contratação pública. Até certo ponto, constituindo aquelas atualmente, em si mesmas, instrumentos de políticas «anticorrupção» no seio da EU.

Porém, nem sempre as diretivas desempenharam este papel no combate à corrupção. Queremos com isto dizer que, apesar da visível preocupação com o fenómeno da corrupção no mercado de contratação pública⁹², tanto no espaço internacional bem como a nível dos EM, a UE sempre visou como *fim* último do direito da contratação pública a abertura do mercado da contratação pública abrangido à concorrência efetiva entre operadores económicos. Para este efeito, sempre sublinhou a importância de consagrar medidas que visassem o aumento da transparência nos procedimentos de contratação⁹³. Não se negando, como política secundária, visto não ser essa a *ratio* das diretivas, que o recurso à transparência poderia contribuir para uma melhor supervisão e controlo que facilitava o combate à corrupção nos procedimentos de contratação.⁹⁴

Neste contexto, não queremos com isto a dizer que a UE não adotou outras medidas que visassem o combate à corrupção no MI, mas, tão somente, que não o fez diretamente através do regime jurídico de contratação pública.

Neste sentido, e não sendo objetivo desenvolver detalhadamente o surgimento das diretivas de contratação pública⁹⁵, mas, tão somente, o aparecimento do combate à corrupção naquelas, sempre se dirá que: à data de 1971 e, mais tarde, em 1976 com a adoção das primeiras diretivas de «Coordenação», respetivamente, as diretivas 71/305/CEE e 77/62/CEE, começaram-se a criar as bases para procedimentos mais transparentes e não discriminatórios. Estas diretivas consagraram medidas para criar condições de igualdade na participação das empresas em procedimentos contratuais

⁹² Veja-se, para este efeito o Livro Verde COM(96)583 onde se faz referência ao combate à corrupção como consequência de procedimentos mais transparentes; a comunicação COM(1997)192 final: *sobre uma política da União contra a corrupção*; a comunicação COM(2003)317 final: *...política global da EU contra a Corrupção*; a comunicação COM(2007)328 final: *...relativa ao combate à corrupção no sector privado*; o Livro Verde COM(2011) 15 final onde refere no seu ponto 5 a necessidade de garantir procedimentos mais sólidos; a comunicação COM(2011)308 final: *...sobre a luta contra a corrupção na EU*; a comunicação COM(2011)209 final: *relativa ao combate à corrupção no sector privado*; a SEC(2011); e o relatório COM(2014)38 final: *...relatório Anticorrupção da UE*.

⁹³ Cf. Acórdão de «Telaustria», de 7 de dezembro de 2000.

⁹⁴ Cf. Peter Trepte, 2010, p. 35.

⁹⁵ Sobre uma evolução das diretivas comunitárias em matéria de contratação pública, Cf. Estorninho, 2012, pp.72 e seg.; e Viana, 2007, pp. 301 e seg.

públicos⁹⁶, designadamente, através da imposição da publicidade dos anúncios⁹⁷. Desta forma, e representando um importante «passo» em ordem à prossecução da abertura dos contratos públicos no mercado comum, visavam, essencialmente, através de uma publicidade comunitária adequada, o desenvolvimento de uma concorrência efetiva entre agentes económicos de todos os EM.⁹⁸

Neste linha, em 1985, aquando da aprovação do «*Livro Branco*», a Comissão ratificou que para haver uma verdadeira abertura do mercado de contratação seria necessário aumentar a transparência nos procedimentos.⁹⁹

Sendo que, numa fase de «*aprofundamento e de diversificação*»¹⁰⁰ das diretivas, no quadro definido no «*Livro Branco*», e com a aprovação das diretivas de «*Consolidação*», nomeadamente, as diretivas 88/295/CEE e 89/440/CEE, e posteriormente substituídas, respetivamente, pelas diretivas 93/36/CEE, a 93/37/CEE e a 92/50/CEE, consagrou-se uma maior exigência na transparência dos procedimentos (por exemplo, e no que concerne às regras dos anúncios, prevendo-se a publicitação por anúncio prévio anual, anterior a uma concreta operação, e a publicitação do resultado dos procedimentos).¹⁰¹

Só a partir de 1996, no «*Livro Verde*», e com a intenção de proceder a um amplo debate sobre a política europeia de contratação pública¹⁰², é que a comissão reconhece que «*se a transparência, em si, não é suficiente para erradicar...a corrupção, um mecanismo de acompanhamento, de controlo dos processos e de sanções proporcionadas, efetivas e dissuasivas, ajudará a evitar o risco de violação do interesse público*»¹⁰³. Posição que, em 1998, afirmou ao anunciar um conjunto de medidas que, para todos os efeitos, considerava de maior relevância no combate à corrupção nos procedimentos de contratação, designadamente, ao prever a necessidade de se consagrar «*the exclusion from public tender for having committed an offence connected with organised crime*»¹⁰⁴.

⁹⁶ Cf. Estorninho, 2012, p. 74.

⁹⁷ Neste sentido Peter Trepte considera a publicidade como um «*key mechanism*» destas diretivas, nomeadamente, por ajudar a que exista uma verdadeira competição e, por sua vez, garantindo um certo grau de transparência que permite a supervisão dos procedimentos. Cf. Trepte, 2010, p.31.

⁹⁸ Cf. Viana, 2007, p.31.

⁹⁹ Cf. Livro Branco COM(85)310 final: *Completing the Internal Market*, 1985.

¹⁰⁰ Estorninho, 2012, p.75.

¹⁰¹ Cf. Estorninho, 2012, p.76.

¹⁰² Cf. *Ibidem*. pp.91 e seg.

¹⁰³ Livro Verde COM(96)583 final: *...Pistas de Reflexão para o Futuro*, 1996, p.4.

¹⁰⁴ Comunicação COM(1998)143 final: *...Public Procurement in the European Union*, 1998, p.1.

Neste seguimento, e a par da proposta COM(2000) 275 final, a diretiva 2004/18/CE, entre outras medidas que visaram a *simplificação* e a *flexibilização* do procedimento de contratação pública, consagrou no artigo 45.º a exclusão obrigatória das propostas dos operadores económicos que tenham sido condenados por sentença transitada em julgado pelo crime de corrupção ativa. Considerando-se, este momento, e apesar da continuada insistência no aumento da transparência, a primeira vez que uma medida teve por *fim* último o combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública¹⁰⁵.

Concluindo, devemos entender que, foi a partir deste momento que as diretivas de contratação passaram a desempenhar um papel ativo no que concerne à consagração de políticas «anticorrupção» no seio da EU. Afirmando, neste contexto, a necessidade de consagrar mais regras e mecanismos próprios de combate à corrupção no regime das diretivas de contratação pública. Nesta linha, leia-se, no «*Livro Verde*» COM(2011) 15 final, onde a Comissão chama a atenção que «...as atuais diretivas no domínio dos contratos públicos não incluem regras específicas para prevenir e reprimir os casos de conflito de interesses, além de incluírem poucas regras específicas para aplicar sanções em caso de práticas de favorecimento ou de corrupção»^{106, 107}.

4. As medidas de combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública

As políticas de combate à corrupção englobam um conjunto vasto de medidas que podem ser adotadas a cargo dos EM. Por conseguinte, e tal como parece resultar das comunicações e dos relatórios da Comissão, no âmbito desta tese, dividimos estas medidas em dois grupos essenciais: as medidas preventivas e as medidas sancionatórias.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Tal como refere Peter Trepte «*The grounds for mandatory exclusion...are introduced for the first time in Public Sector Directive...Tackling corruption is often one of the objectives of national procurement systems but since it does not necessarily imply discrimination (bribes may be offered equally well by foreign as well as domestic tenderers) it has not hitherto explicitly been the subject of the Community regulatory framework in respect to procurement*». Trepte, 2010, p.338.

¹⁰⁶ Livro Verde COM(2011)15final:...*para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, 2011, p.53.

¹⁰⁷ Neste mesmo sentido cf. comunicação COM(2011) 308 final:...*Luta contra a corrupção na UE*, 2011, pp.14 e16; relatório COM(2014)38 final:...*Relatório Anticorrupção da UE*, 2014; e relatório COM(2014) 38 final: ANEXO22..., 2014.

¹⁰⁸ Tal como se confere ao longo das comunicações que tenho vindo a referir na presente exposição, a comissão tem vindo a fazer uma diferenciação entre as medidas preventivas e repressivas (ou «*políticas*

As medidas preventivas visam sobretudo criar um ambiente que *dificulte, impossibilite* o surgimento de comportamentos de corrupção e que, ao mesmo tempo, *facilite a sua deteção*.¹⁰⁹ Sendo que, dentro destas, ainda devemos fazer uma distinção entre as medidas que visam *direta* ou *indiretamente* prevenir aqueles comportamentos.

Por sua vez, e como mais adiante se verificará, as medidas sancionatórias englobam as medidas que tem maioritariamente uma finalidade *coerciva* e *repressiva* dos comportamentos de corrupção.¹¹⁰

4.1. Medidas de prevenção – em concreto: nas diretivas 2004/18/CE e a 2014/24/UE

Como já se referiu, as diretivas de contratação pública consagram algumas medidas que visam a prevenção da prática de comportamentos de corrupção ao longo dos procedimentos de contratação pública, sendo que, consideramos que é através destas medidas que se assegura maioritariamente a integridade dos procedimentos.

Nesta linha, é possível apreendermos que, o principal propósito que subjaz à implementação dos medidas de prevenção não é sancionar os agentes envolvidos no *pacto de corrupção*, até porque, tais efeitos devem ser subsumidos a uma outra instância pelas autoridades competentes¹¹¹, mas, tão somente, e como já foi referido, criar um regime que *dificulte, impossibilite* e *ajude a detetar* o aparecimento de comportamentos de corrupção ao longo do procedimento.

Com o efeito, desde já se refere que, para o erário público, a redução da corrupção através de medidas preventivas pode representar uma poupança de recursos, desde logo, e fortemente associada à possibilidade de fazer uma correta prossecução do *interesse público*, pela garantia de um procedimento *eficiente e com economicidade (best value of money)*. Por sua vez, permitem ao operador económico que foi prejudicado no âmbito de um concurso público por atos de corrupção, aquando do conhecimento daqueles, numa fase pós celebração do contato, num momento em que aquele já esteja a ser

de prevenção» e «medidas de repressão»). Cf. comunicação COM(2003)317 final: *...Sobre uma Política Global da UE Contra a Corrupção*, 2003; comunicação COM(2011) 308 final: *Luta contra a corrupção na UE*, 2011; relatório COM(2014)38 final: *Relatório Anticorrupção da UE*, 2014.

¹⁰⁹ Cf. Williams, 2011, p.35.

¹¹⁰ Neste contexto, na conceção de alguns autores, e não exclusivamente no âmbito do ordenamento jurídico da UE, estas medidas podem dividir-se em medidas administrativas, normativas e sociais. Cf. *Ibidem*, p.33.

¹¹¹ Refiro-me, neste contexto, à Direção Central de Ação Penal (DCIAP) que, por ser a corrupção um crime público e, como consequência, não estar dependente de queixa, tem uma obrigação de conduzir a investigação e, se tiver base para tal, apresentar a devida acusação nos termos da lei processo penal.

executado, evitar o recurso a uma ação com vista à anulação do contrato através de um processo moroso que pode só vir a produzir efeitos numa fase demasiado tardia, quando, de certa forma, já se torna difícil, senão mesmo impossível, recuperar as perdas sofridas.

Posto isto, na prossecução deste propósito preventivo, as diretivas de contratação pública, consagram medidas que visam de *diretamente* o combate à corrupção ou, ainda que *indiretamente*, por não visarem aquele *fim*, contribuem para a formação de um «ambiente» em que os comportamentos não consigam prosperar.¹¹²

Neste contexto, quando nos referimos às medidas de prevenção que visam *indiretamente* o combate à corrupção nos procedimentos, referimo-nos, obrigatoriamente, às normas que manifestam uma «obrigação» de transparência e de publicidade. Para este efeito, e como já se referiu no ponto 3, as diretivas de contratação pública consagram um conjunto de normas que visam um procedimento mais *transparente e justo, equitativo e não discriminatório*.¹¹³ Conformando, desta forma, um regime capaz de prevenir o aparecimento de comportamentos de corrupção e, conseqüentemente, combater o secretismo inerente àqueles.¹¹⁴

É, nesta linha, e tal qual decorre *ratio* dos princípios enunciados nas diretivas e, para todos os efeitos, do CCP, a «obrigação» de transparência se mostra essencial para a concretização do princípio da integridade dos procedimentos contratação pública. Sendo, para todos os efeitos, considerada pela maioria dos autores como o melhor mecanismo de prevenção e, conseqüentemente, de combate à corrupção no mercado de contratos públicos. Efetivamente, é através desta «obrigação» que se garante, em caso de eventuais atentados às determinações da lei ou às exigências dos princípios de contratação, que aqueles atos «*virão à luz do dia, serão conhecidos dos interessados, e não ficarão ocultos sob manto do secretismo*»¹¹⁵. Desta forma, e para além de fomentar uma ideia de «*incorruptibilidade*», acaba com o risco de favoritismo e de arbítrio injustificado por parte das entidade públicas ou de qualquer titular de cargo públicos¹¹⁶.

Exatamente, é através desta «obrigação» que a entidade adjudicante fica adstrita a disponibilizar toda a informação sobre o procedimento. Exigindo igualmente, para este

¹¹² Cf. *Ibidem*. p.35.

¹¹³ Cf. Imobiliário, 2014, p.39.

¹¹⁴ Cf. Williams, 2011, p.36.

¹¹⁵ Oliveira & Oliveira, 2011, p.222.

¹¹⁶ Cf. Gonçalves, 2015, p.147.

efeito, a divulgação dos atos que pratica de forma acessível, consistente e objetiva¹¹⁷ e, ao mesmo tempo, de forma fundamentada para surgirem como lógicos, racionais e, tanto quanto possível, incontroversos a todos os interessados¹¹⁸.

Consequentemente, resulta igualmente desta «obrigação» que, quem contrata, não pode omitir ou ocultar informação quer sobre o andamento dos processos, quer sobre qualquer decisão definitiva que sobre os interessados forem tomadas¹¹⁹.

Ainda se dirá que, é através desta «obrigação» que se permite controlar o cumprimento das disposições por parte das entidades adjudicantes e, para todos os efeitos, sustentar a impugnação das decisões ilegais ou o pedido de adoção de outras medidas de proteção jurisdicional¹²⁰ («*verification and enforcement*»¹²¹).

Assim, qualquer informação inerente a uma possível reação por parte dos interessados deve ser acompanhada do tempo necessário para aqueles «*decidirem e fundamentarem minimamente as opções que tomarem em defesa de posições concursais próprias ou de impugnação das de outros concorrentes, assegurando a existência de mecanismos destinados a controlar a bondade jurídica das decisões procedimentais*»¹²². Tal como a Comissão referiu no «*Livro Verde*», de 1996, «*...com efeito, processos leais, não discriminatórios e transparentes de celebração de contratos públicos, assim como a possibilidade dos fornecedores fazerem valer os seus direitos perante os tribunais nacionais, reduzem os riscos de fraude e corrupção nas administrações*»¹²³.

Fundamentalmente, a «obrigação» de transparência visa auxiliar o desenvolvimento de um procedimento de contratação pública mais transparente e com menos margem para “abusos injustificados” através da divulgação e partilha de informação.

Além de que, visa igualmente a promoção de boas práticas entre ambas as partes, isto é, visa que ambas as partes intervenham com uma postura objetiva, com lisura, isenção e equidistância dos vários interesses privados negativos que possam influenciar o procedimento.

¹¹⁷ Cf. Beth, 2005, p.48.

¹¹⁸ Cf. Caupers, 2009, p.295.

¹¹⁹ Cf. Amaral, 2011, p.589, *apud*. Marcelo Rebelo de Sousa, *o curso público na formação do contrato administrativo*, p.42.

¹²⁰ Cf. Viana, 2007, p.158.

¹²¹ Oliveira & Oliveira, 2011, p.224.

¹²² *Ibidem*. p.224.

¹²³ Livro Verde COM(96)583...: *Pistas de Reflexão para o Futuro*, 1996, p.1.

Neste contexto, e no que concerne à presente exposição cabe ainda salientar, devido ao seu crescente reconhecimento, não só no que diz respeito à simplificação do procedimento, mas, também, no que concerne ao combate ao fenómeno da corrupção¹²⁴, as medidas que visam implementar o recurso a meios eletrónicos de contratação pública¹²⁵. Isto porque, bem como salientou a Comissão no relatório COM(2014)38 final, o «...recurso a contratos públicos eletrónicos, além de aumentar a eficiência dos processos, ...oferece garantias adicionais em termos de prevenção e deteção de praticas corruptas porque contribui para aumentar a transparência e permite melhor aplicação de processos normalizados, bem como facilita os mecanismos de controlo»¹²⁶.

Neste sentido, existem alguns autores que têm vindo a reconhecer que a contratação eletrónica é uma ferramenta fundamental para assegurar a integridade do procedimento de contratação pública, defendendo, a este propósito, que é através desta que os operadores económicos podem ter acesso às informações necessárias de forma estandardizada e em tempo real, reduzindo o contacto ente os funcionários públicos e os operadores económicos.¹²⁷

Para além disso, a contratação eletrónica permite igualmente a identificação de operadores económicos que tenham tido comportamentos corruptos em casos anteriores; permite verificar se o procedimento esta a ser conduzido de acordo com as “regras do jogo”; e se existiu algum desvio das práticas comuns.¹²⁸

Neste âmbito, salienta-se o exemplo de Portugal que implementou uma plataforma centralizada (*BASE*) que visa conferir uma maior transparência, criando um quadro para uma maior prevenção e deteção de irregularidades incluindo potenciais práticas de corrupção.

¹²⁴ No sumário executivo da «OCDE Global Forum on Governance», em 2004, sobre o interesse em explorar novas tecnologias nos procedimentos de contratação pública, é referido que «these Technologies have become an increasingly importante tool in standardising processes, making procedures more transparent, and preventing corruption in public procurement». OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, 2005, p.12.

¹²⁵ Neste sentido, veja-se a Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção, de 7 de janeiro de 2015, p.1.

¹²⁶ COM(2014)38 final:...Relatório Anticorrupção da UE, p.34.

¹²⁷ Cf. Beth, 2005, p.48; e Bertók, 2005, p.90; e Transparency Internacional, *Contribution...on Expanding the Use of e-Procurement in the EU*, 2011, pp.2 e 3.

¹²⁸ (1) Cf. Beth, 2005, p.49; Bertók, 2005, p.90; (2) Como exemplo de aplicação destas regras, veja-se o caso de Portugal Cf. Relatório COM(2014) 38 final - ANEXO 22: *Anexo Portugal do Relatório Anticorrupção da UE*, 2014, p.9.

Por sua vez, quando nos referimos às medidas de prevenção que visam *diretamente* o combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública, referimo-nos, às normas que tem por *fim* último aquele mesmo efeito.

Neste contexto, estas medidas *impossibilitam* o aparecimento e o desenvolvimento de práticas de corrupção e, ao mesmo tempo, permitem a sua *deteção* ao longo do procedimento.

São exemplos destas medidas preventivas, na diretiva 2004/18/CE, a exclusão obrigatória do procedimento de contratação pública dos operadores económicos que tenham sido condenados judicialmente por atos de corrupção e, no caso da diretiva 2014/24/UE, para além da medida supramencionada, a obrigação da autoridade adjudicante conservar os contratos celebrados, a obrigação de elaborar relatórios relativos aos procedimentos e a possibilidade de considerarmos como propostas irregulares as que revelem indícios de conluio ou corrupção.

Em primeiro lugar, a exclusão obrigatória do operador económico condenado por corrupção esta prevista na al. b) do n.º1 do artigo 45.º da diretiva 2004/18/CE e, posteriormente, na al. b) do n.º1 e do artigo 57.º da diretiva 2014/24/UE. tem sido considerada para o objetivo de sancionar e reprimir os operadores económicos no âmbito dos procedimentos de contratação pública. Contudo, e não concordando com esta interpretação, devemos considerar que o escopo daquela medida vai para além do sancionamento e da repressão dos operadores económicos e, conseqüentemente, encontra a sua razão de ser numa finalidade de preventiva. Neste contexto, no «*Livro Verde*» COM(2011)15final, a Comissão referiu que «*a exclusão dos concorrentes culpados de atos de corrupção e, de forma geral, de falta profissional («interdição») constitui uma arma poderosa para reprimir(punish...)- e também, em certa medida, prevenir(prevent)- os comportamentos empresariais anti-éticos*»¹²⁹.

Efetivamente, e tendo em consideração uma razão de ser «*punitiva*»¹³⁰, podemos, até certo ponto, considerar que aquela medida visa sancionar os operadores económicos pela prática de crimes de corrupção praticados no passado. Porém, em nossa opinião, tal interpretação parece diminuir a razão de ser daquela medida que, para todos os efeito,

¹²⁹ Livro Verde COM(2011)15final:...*para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, 2011, p.56.

¹³⁰ Cf. Williams, 2011, p.42; Gomes, 2013, p.114.

deve encontrar fundamento na «proteção»¹³¹ do procedimento de contratação pública. Efetivamente, e possuindo um efeito fortemente preventivo, salvaguardando o interesse público, impede que o contraente público contracte com operadores económicos que, por terem sido condenados por um crime de corrupção, são feridos de «*honestidade profissional*» e se presumem «*não confiáveis*».¹³²

Além de que, e como analisaremos no ponto 4.2, uma intenção sancionatória e repressiva deverá ser conotada exatamente à exclusão facultativa que, com a aprovação das diretivas 2014, mais concretamente, na al. i) do n.º4 da diretiva 2014/24/UE, recorre à exclusão de forma a sancionar os operadores económicos que, por qualquer razão, tenham tentado influenciado as decisões do procedimento de contratação.

Além de que, e como parecem considerar alguns autores¹³³, no limite a exclusão nem sequer se trata de uma verdadeira medida preventiva de atos de corrupção, mas, tão somente, e com base na «*máxima abertura à concorrência, da liberdade de iniciativa económica e de favorecimento à participação*», constituem «*requisitos gerais para a participação em quaisquer procedimentos de formação de quaisquer contratos públicos*»¹³⁴.

Do exposto, devemos considerar que a exclusão obrigatória deve ser enquadrada no âmbito das medidas preventivas que, sem prejuízo de poderem apresentar uma razão de ser «punitiva», visam efetivamente prevenir o aparecimento de comportamentos corruptos e, como consequência, salvaguardar a integridade do procedimento de contratação pública.

Em segundo lugar, a diretiva 2014/24/UE, de acordo com o seu considerando (126), consagra um conjunto de medidas que permitem a «*rastreabilidade*» e, igualmente, o aumento da «transparência» de forma a garantir procedimentos isentos e, inclusive, uma luta eficaz contra a corrupção.

Ressalve-se que, e apesar destes mecanismos não terem sido adotados nas diretivas de 2004, já na comunicação COM(2003) 317 final, a Comissão chamou à atenção para a necessidade de introduzir nas diretivas de contratação pública medidas preventivas que

¹³¹ Cf. Williams, 2011, p.42.

¹³² Cf. Ibidem; Williams, 2003, p.8.

¹³³ Neste sentido, parece apontar Sope Williams quando refere que «... *the policy and protective purpose behind disqualification in the EU differ from the retributive/deterrent purpose behind criminal convictions*». Ibidem. pp.43 e 54; e, em certa medida, também Cerqueira Gomes. Cf. Gomes, 2013, p.115.

¹³⁴ Gonçalves, 2015, p.228.

visassem o controlo do procedimento através de «*verificações e inspeções sistemáticas*»¹³⁵. Afirmado-se igualmente, no «*Livro Verde*» COM(2011) 15 final, a importância da publicação obrigatória dos relatórios que documentam o processo de adjudicação para um melhor escrutínio, por exemplo, das decisões de adjudicação, por forma a controlar a integridade dos procedimentos de contratação.¹³⁶

Consagra agora, no n.º 3 e no n.º6 do artigo 83.º, respetivamente: a obrigação dos EM submeterem à Comissão, até 18 de Abril de 2017 e, subsequentemente, de três em três anos, um relatório de acompanhamento que abranja, entre outras, a informações sobre a prevenção, deteção e adequada notificação dos casos de corrupção; e a obrigação das autoridades adjudicantes conservarem, pelo menos durante o prazo de vigência do contrato, cópias de todos os contratos celebrados com um valor igual ou superior a um milhão euros, para contratos de bens e serviços, e a 10 milhões de euros para contratos de empreitada de obras públicas.¹³⁷ Nesta linha, consagrou-se igualmente no artigo 84.º, a obrigação de elaborar, para todos os procedimentos de contratação pública, relatórios individuais com os elementos essenciais e as decisões mais importantes tomadas relativamente a cada procedimento em causa.

Em terceiro lugar, e de forma a assegurar uma correta e eficaz execução das «tarefas» suprarreferidas (e, para todos os efeitos, as restantes do artigo 83.º), consagra o mesmo artigo a necessidade de os EM garantirem que aquelas são realizadas «por uma ou mais autoridades, organismos ou estruturas». Sublinhando-se a importância de adotar mecanismos de controlo e de auditoria no que concerne à deteção de comportamentos de corrupção¹³⁸, configura-se esta medida do artigo 83.º um passo importante para salvaguardar a integridade dos procedimentos de contratação pública.

Não obstante, e como se analisará no âmbito do ponto 4.3, paralelamente ao que se previu no n.º1 do artigo 83.º da proposta COM(2011) 896 final, designadamente, no que concerne à criação de um «organismo independente» responsável pela «fiscalização e

¹³⁵ Cf. Comunicação COM(2003)317 final:...*Sobre uma Política Global da UE Contra a Corrupção*, 2003, p.15.

¹³⁶ Cf. Livro Verde COM(2011):...*para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, 2011, p.55; neste mesmo sentido, cf. Transparency International, *Modernising Public Procurement Policy in the EU*, 2010, pp. 6 e 7.

¹³⁷ Sobre esta medida a T.International chama a atenção que «*the figures mentioned in Article 84.6 are unreasonably high. This would...potentially lead to situation where contracts are set deliberately below the stated figures to avoid this safeguard measure*». *Ibidem*. p.2.

¹³⁸ Cf. A.Witting, 2005, p.111; neste mesmo sentido, Jean-P. Bueb e Nicola E.-Cache ressaltando a importância da independência de auditores internos. Bueb & Ehlermann-Cache, 2005, p.170.

coordenação» das atividades de execução, esta medida poderá ficar aquém do que devia ser.

Em quarto lugar, o n.º3 do artigo 83.º (*ex.vi* n.º2 do artigo 83.º) visa igualmente assegurar o acesso ao público, por exemplo, através dos relatórios que os EM devem submeter à comissão, dos resultados de acompanhamento realizados pelas «*autoridades, organismos ou estruturas*» competentes. De modo geral, este artigo visa promover a participação «ativa» de pessoas ou grupos que não pertencem ao sector público. Tal como referiu a comissão a este respeito no «*Livro Verde*» COM(2011)15 final, a «*utilização de monitores externos(nomeadamente peritos governamentais, ONG, etc.) poderá acrescentar valor aos instrumentos de controlo interno na avaliação do desempenho das empresas contratantes e na deteção e comunicação de casos suspeitos*».

Neste contexto, salientamos o importante papel que a sociedade civil tem vindo a desempenhar na luta contra a corrupção em alguns EM, designadamente, e como consequência do aparecimento de um maior número de associações privadas especializadas em matérias de combate à corrupção, desenvolvendo pareceres sobre políticas de transparência e revelando uma grande atividade de controlo dos processos de adjudicação.¹³⁹

Consequentemente, revela-se o acesso aos relatórios uma mais valia para um escrutínio por partes destas entidades que, de forma independente e imparcial, analisam e conduzem estudos, investigações e elaboram recomendações sobre as medidas que se poderão adotar na luta contra a corrupção¹⁴⁰.

Concluindo, e antes de entrar na análise do próximo ponto, no âmbito do combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública a maioria dos EM atribuem uma especial importância às medidas de *repressão* ou *sancionamento* por forma a produzirem um efeito dissuasor nos operadores económicos.¹⁴¹ Não obstante, e bem como afirmou a comissão no relatório COM(2014)38 final, «*as medidas repressivas, por si só, não são suficientes para combater a corrupção de forma eficaz*»¹⁴².

¹³⁹ Cf. Racca & Yukins, 2014, p.7

¹⁴⁰ Cf. Pwc & Ecorys, 2013, pp.318 a 320.

¹⁴¹ Cf. Relatório COM(2014)38 final: Relatório Anticorrupção da UE, 2014, pp. 15 e 16.

¹⁴² *Ibidem*.

Efetivamente, para além das medidas de carácter repressivo não terem um efeito suficientemente dissuasor da expansão daquele complexo e diversificado fenómeno¹⁴³, e além disso não salvaguardarem o prejuízo sofrido pelos atores do procedimento, não seria suficiente um esquema de políticas-anticorrupção que apenas se baseasse no sancionamento *a posteriori* da prática de comportamentos de corrupção. Desta forma, e como referiu a comissão no relatório COM(2014) 38 final, só é possível obter a «cura» para a «corrupção» no âmbito dos procedimentos de contratação pública através de uma abordagem abrangente destinada a reforçar a sua prevenção.¹⁴⁴

4.2. Medidas sancionatórias - um contexto fora das diretivas

Começamos por referir que as medidas repressivas de comportamentos de corrupção no âmbito dos procedimentos de contratação pública, tendo em vista a salvaguarda da integridade do procedimento, são asseguradas através de normas sancionatórias consagradas nas leis de direito penal dos diversos EM e, por sua vez, nas diretivas de contratação pública.

No que concerne às normas de direito penal, referimo-nos às que criminalizam os comportamentos de corrupção, nomeadamente, na lei penal geral, em legislação penal avulsa, e em alguns diplomas internacionais sobre a matéria de corrupção (em Portugal, e como já se referiu anteriormente, é o caso do nosso CP, da Lei 20/2008, de 21 de Abril, da legislação que criminaliza a corrupção em sentido «jurídico-penal» em matérias específicas e de alguns Diplomas Internacionais).

Por sua vez, nas diretivas de contratação pública, mais concretamente, no âmbito da diretiva 2014/18/UE, referimo-nos ao artigo 57.º (anterior artigo 45.º da diretiva 2004/18/CE) que prevê um conjunto de medidas que visam a «*exclusão facultativa e obrigatória*»¹⁴⁵ dos operadores económicos do procedimento de contratação pública; e, à al. b) do artigo 73.º, onde se consagra a rescisão do contrato celebrado caso «*o adjudicatário, à data da adjudicação do contrato, se encontre numa das situações referidas no artigo 57.º, n.º1, pelo que deveria ter sido excluído do concurso*».

¹⁴³ Cf. Relatório COM(2014) 38 final - ANEXO 22: *Anexo Portugal do Relatório Anticorrupção da UE*, 2014, p. 2.

¹⁴⁴ Cf. Relatório COM(2014)38 final:...Relatório Anticorrupção da UE, 2014, pp. 11 e 16; Lopes, 2010, p. 2; e Abramo, 2005, p.126.

¹⁴⁵ Sobre esta matéria veja-se, Gonçalves, 2015, p.248.

Ressalve-se, no entanto, que no contexto específico do combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública, não iremos analisar a medida consagrada no artigo 73.º. No que concerne à exclusão «obrigatória» dos operadores condenados por sentença transitada em julgado pelo crime de corrupção, remetemos a sua análise para o ponto 4.1.

Posto isto, e no que respeita à exclusão «facultativa» dos operadores económicos no âmbito da presente análise, temos em consideração a alínea *i*) do n.º4 do artigo 57.º. Particularmente, e sem prejuízo de não considerarmos a exclusão «obrigatória» como tal, a exclusão «facultativa» deve ser considerada uma medida que visa efetivamente sancionar os operadores económicos no âmbito dos procedimentos de contratação pública. Isto porque, ao contrário da exclusão «obrigatória», o fim inerente àquela medida é sancionar o operador económico por um comportamento que, durante o próprio procedimento, não deveria ter praticado. Efetivamente, e tal como se sublinha naquela alínea, o operador só será excluído se «...*tiver diligenciado no sentido de influenciar indevidamente o processo de tomada de decisão da autoridade adjudicante, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no concurso, ou tiver prestado, com negligência, informações erróneas suscetíveis de influenciar materialmente as decisões relativas à exclusão, seleção ou adjudicação*».

Consequentemente, e por causa da conduta praticada pelo operador económico, tal como referem alguns autores, «...*the virtuality of Article 57(4)(i) of the new Directive resides in allowing the contracting authority to immediately exclude any economic operator engaged in (quase) corruption or that has otherwise tried to tamper with the integrity of the tender procedure*»¹⁴⁶.

Posto isto, podemos referir que, tanto as medidas consagradas nas leis de direito penal, como aquelas que são previstas nas diretivas de contratação pública, têm em comum um intuito dissuasor de comportamentos de corrupção no âmbito dos procedimentos de contratação pública. Efetivamente, se, por um lado, e sem prejuízo dos «*fins meios*» de *prevenção geral e especial* positiva na aplicação da pena, as normas de direito penal estabelecem uma mensagem de dissuasão («*“intimidação”*») para o condenado, bem como para a sociedade em geral, que se traduz numa *prevenção*

¹⁴⁶ Graells A. S., 2014, p.105.

especial e geral negativa.¹⁴⁷ Por outro lado, a exclusão pode agir igualmente como um agente dissuasor para o operador económico como para a sociedade em geral. Para o operador económico, porque da exclusão resultam danos económicos imediatos e mediatos, respetivamente, danos que resultam do momento da exclusão do procedimento e, por sua vez, daqueles que advêm da influencia que a exclusão comporta para sua credibilidade noutros sectores. No que respeita à sociedade em geral, e para cada um dos operadores económicos, porque funciona como um aviso da falta de tolerância por parte dos EM para a prática daqueles comportamentos.¹⁴⁸

Não obstante, estas similitudes acabam por aqui. Efetivamente, quando nos referimos às *medidas sancionatórias* consagradas nas leis de direito penal, ou àquelas que ganham referência nas diretivas de contratação pública, falamos de duas realidades bastante distintas, designadamente, e com todas as diferenças que daqui advêm: as primeiras são sanções penais que visam a proteção de bens jurídicos-penais, e consumam-se com a aplicação judicial da *pena* e a sua execução; já as segundas, traduzem-se em atos administrativos «*impositivos*» de espécie punitiva que, em especial, impõem uma sanção de carácter administrativo.¹⁴⁹

Concluindo, referimos que a maioria dos EM atribuem uma especial relevância às medidas penais sancionatórias com vista à repressão e dissuasão de possíveis práticas corruptivas. Neste sentido, os EM têm vindo a reforçar as suas políticas anticorrupção na vertente sancionatória, em grande medida, através de uma melhor definição dos crimes e da consagração de molduras penais mais pesadas.¹⁵⁰

Veja-se, nesta linha, e a par dos instrumentos internacionais adotados para uma uniformização das leis de direito penal no seio da UE, a revisão levada a cabo na legislação portuguesa através: da lei n.º108/2001, de 28 Novembro, bem como pela Lei n.º32/2010, de 2 setembro, que consagraram um conjunto de medidas que agravaram as molduras penais dos crimes de corrupção ativa e passiva, tipificaram o crime de «recebimento indevido de vantagem», alargaram o conceito de «funcionário» público¹⁵¹, alargaram o prazo de prescrição do procedimento criminal e, igualmente,

¹⁴⁷ Cf. Carvalho, 2008, p.62.

¹⁴⁸ Cf. Williams, 2011, p.42.

¹⁴⁹ Cf. Amaral, 2011, p.284.; Caupers, 2009, p.241; e Sousa & Matos, 2006, p.98.

¹⁵⁰ Cf. Relatório COM(2014)38 final:...Relatório Anticorrupção da UE, 2014, p14.

¹⁵¹ Artigo 386.º do CP.

introduzem algumas normas de direito premial¹⁵²; e da lei 20/2008, de 21 abril onde se consagraram os crimes de corrupção ativa no sector privado e de corrupção ativa com prejuízo do comercio internacional.¹⁵³

4.3. (In)suficiência da diretiva de 2014/24: para lá das medidas consagradas

No âmbito das políticas anticorrupção que foram sendo abordadas nos pontos anteriores, devemos ter em consideração que, para além daquelas, identificam-se um conjunto de outras medidas que, apesar de não estarem consagradas nas diretivas, visam o combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública. Ressalve-se que, neste contexto, não nos referimos às medidas sancionatórias que, como se disse anteriormente, são levadas a cabo maioritariamente através da Lei Penal nacional de cada EM. Mas, às medidas preventivas que abrangem uma vasta gama de aspetos, nomeadamente, normas éticas claras, medidas de sensibilização, adoção de firmeza das hierarquias relativamente às questões de integridade, mecanismos de controlo eficazes, transparência, entre outras.¹⁵⁴

Neste contexto, podemos referir que as novas diretivas deixaram de consagrar algumas normas que podiam desempenhar um papel importante no combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública. Particularmente, referimo-nos às normas que, previstas na proposta COM(2011)896 final, foram afastadas do texto final da diretiva 2014/24/UE, nomeadamente: o artigo 22.º que previa a «*declaração de compromisso*» (*integrity pacts*); a criação de um organismo «independente» de fiscalização dos procedimentos de contratação previsto no n.º1 do artigo 84.º; e, dependente daquela última, a implementação de sistemas abrangentes de indicadores de alerta (*as red flags*) que constava da al. d) do n.º3 do artigo 84.º.¹⁵⁵

No que concerne aos «*pactos de integridade*», estes consistem em acordos escritos que, no início do procedimento, a entidade adjudicante celebra com os operadores

¹⁵² Cf. Santos, 2010, pág. 27; Neste mesmo sentido, Simões, 2010.

¹⁵³ Respetivamente, por força da convenção do Conselho da Europa de 1999 e da decisão quadro 2003/568/JAI e pela, já citada, Convenção da OCDE de 1997.

¹⁵⁴ Cf. Relatório COM(2014)38 final:...*Relatório Anticorrupção da UE*, 2014, p.24; e, neste mesmo sentido, Sarcedoti, 2005, p.175.

¹⁵⁵ Proposta COM(2011)896 final:...*relativa aos contratos públicos*, 2011.

económicos¹⁵⁶, e/ou os operadores económicos celebram entre si, de forma a obrigar as partes não praticar qualquer tipo de comportamento que possa colocar em risco a integridade do procedimento («*self-regulation*»¹⁵⁷). Sendo que, para este efeito, os pactos incluiriam disposições em matéria de controlo e de sancionamento. Como referem alguns autores, «*Under an integrity pact, a principal and all the bidders for an investment project mutually commit to refrain from and prevent all corrupt acts and submit to effective sanctions in the case of violations*»¹⁵⁸.

Ora, era neste mesmo sentido que apontava a al. a) do n.º 1 do artigo 22.º. Este artigo «obrigava» que operadores económicos fornecessem uma declaração de compromisso de honra em que, no que concerne ao combate à corrupção, não tentariam «*influenciar indevidamente o procedimento de tomada de decisão da autoridade adjudicante ou obter informações confidenciais que lhes possam conferir vantagens indevidas no procedimento de adjudicação*».

Assim, para todos os efeitos, apesar de só exigir tal compromisso por parte dos operadores económicos, esta consagração representava um mecanismo importante na prevenção de comportamentos corruptivos nos procedimentos de contratação.

No que concerne à criação de um «*organismo independente*», e sem prejuízo do que se disse no ponto 4.1, o n.º1 do artigo 84.º poderá ter ficado aquém do que devia ser. Isto porque, se por um lado, e tendo em consideração o n.º 2 do artigo 83.º da diretiva 2014/24/UE, podemos dizer que estamos perante «*uma ou mais autoridades, organismos ou estruturas*» que têm uma função de “*fiscalização*” dos procedimentos de contratação pública através de um «*acompanhamento da aplicação das regras de contratação pública*»; por outro lado, a eliminação de certas «*responsabilidades*» do organismo de «*fiscalização*» que se encontravam reguladas no artigo 83.º da proposta COM(2011) 896 final, aquando da aprovação do texto final das da diretiva 2014/24/UE, esvaziaram algumas competências que se revelavam ser importantes para a prevenção da corrupção nos procedimentos de contratação pública.

Acresce que, e contrariamente ao que resultava da leitura do n.º1 do artigo 83.º da proposta COM(2011) 896 final, o artigo 83.º, n.º1, da diretiva 2014/24/UE, ao não fazer qualquer referência à «*independência*» das «*autoridades, organismos ou estruturas*» na

¹⁵⁶ Cf. Transparency International,....*Public Consultation on Modernising Public Procurement Policy in the EU*, 2010, p.8.

¹⁵⁷ Sobre algumas medidas de «*self-regulation*» cf. Dervieux, 2005, pp. 208 e seg.

¹⁵⁸ Wiehen, 2005, p.224.

realização das «tarefas» enunciadas no artigo 83.º, poderá levar a que alguns EM, aquando da transposição da diretiva, não confirmem àquelas a devida independência que, para todos os efeitos, é fundamental para uma «fiscalização» justa e imparcial¹⁵⁹.

Neste contexto, e mesmo não considerando a posição adotada pela UE a mais feliz, tal decisão poderá ser justificada, em grande medida, pelo facto de a maioria dos EM já terem autoridades específicas para lidar com os assuntos relativos à adjudicação dos contratos públicos¹⁶⁰ e, também, porque a criação de um «organismo independente», tal qual parecia resultar da proposta, acarretaria elevados custos aos EM. Nesta linha, veja-se o exemplo de Portugal que, mesmo antes da aprovação das novas diretivas de 2014, por efeito da assinatura da convenção das Nações Unidas de luta contra a corrupção, já tinha criado junto do Tribunal de Contas¹⁶¹ uma entidade administrativa independente, designada de Conselho de Prevenção da Corrupção¹⁶², que, entre outras, possui competência para desenvolver uma atividade de prevenção da corrupção e de infrações conexas.

No que concerne à terceira medida, a consagração de um sistema de indicadores de alerta (*red flags*)¹⁶³ visava facilitar a prevenção e o sancionamento de comportamentos que pudessem comprometer a integridade do procedimento de contratação pública. Para este efeito, tal sistema seria constituído por um conjunto de possíveis cenários que, ao serem identificados ao longo do procedimento, permitiriam detetar a prática daqueles actos.¹⁶⁴ A importância deste sistema salienta-se quando relembramos a dificuldade que existe na deteção da corrupção ao longo do procedimento pelo facto de não haver uma vítima e um «perpetrador»¹⁶⁵, mas, *a contrario*, um *pacto de silêncio*¹⁶⁶ entre os agentes do crime com interesse mútuo em esconder as suas atividades.

¹⁵⁹ Neste sentido, veja-se o relatório COM(2014)38 final:...*Relatório Anticorrupção da UE*, 2014, p.14.

¹⁶⁰ Cf. *Ibidem*. p.35.

¹⁶¹ A este propósito, diga-se que, a lei do TC foi alterada em 2012, pelo decreto-lei n.º 149/2012 de julho de 2012, no intuito de reforçar os seus poderes de auditoria e, designadamente, a sua capacidade de proceder às auditorias antes e depois da adjudicação.

¹⁶² Criado pela lei 58/2008 de 4 de Setembro.

¹⁶³ Para um estudo aprofundado dos sistemas de alerta (*red flags*). Cf. Bentchikou, 2005, p.228; PwC & Ecorys, 2013, p.147 a 152; IACRC, Center, s.d.; Organization, 2015, p.19.

¹⁶⁴ Tal como referem Jean-Pierre Bueb and Nicola Ehlermann-Cache «*The introduction of analytic indicators relating to the public procurement process, from the launch of calls for tender to performance of the contract, should help establish control points for public officials*». Bueb & Ehlermann-Cache, 2005, p.168.

¹⁶⁵ Sarcedoti, 2005, p.156.

¹⁶⁶ Cf. Comunicação COM(2003)317 final:...*Sobre uma Política Global da UE Contra a Corrupção*, 2003, p.12.

No entanto, devemos ressaltar que, a verificação de um cenário suscetível de revelar a existência de indícios de corrupção não significa necessariamente uma efetiva prática daqueles comportamentos. Aliás, tendo em consideração que os indicadores de corrupção representam uma mera probabilidade, pode acontecer que num procedimento com vários indicadores (verificando-se uma alta probabilidade do procedimento estar a ser influenciado) não se constatar qualquer tipo prática de corrupção e, *a contrario*, num procedimento com poucos indicadores (demonstrando uma baixa probabilidade do procedimento estar a ser influenciado) detetarmos efetivamente a prática daqueles comportamentos.¹⁶⁷ Não obstante, é evidente que quantos mais indicadores se verifiquem, a par da «lista de indicadores», maior é a chance de estarmos efetivamente perante a prática de comportamentos de corrupção e não ao contrario.

Não obstante, é inegável as vantagens que decorrem desta medida.

Tanto que, no «*Livro Verde*» COM(2011)15final, a Comissão Europeia, a par de outras organizações internacionais¹⁶⁸, referiu que «*é conveniente promover o recurso a práticas, nomeadamente, baseada em instrumentos existentes, que permitam uma gestão satisfatória e transparente de todo o processo. Neste contexto, apesar das limitações conhecidas, poderá ser útil elaborar listas de indicadores de alerta para entidades adjudicantes*»¹⁶⁹.

Consequentemente, e reconhecendo-se a importância da implementação de sistemas de indicadores para a deteção mais eficaz das práticas de corrupção, consagrou-se no artigo 84.º da proposta COM(2011)896 final a criação de um «organismo independente» que, entre outras funções, ficava responsável por «*estabelecer e aplicar sistemas abrangentes de indicadores de alerta que possam ser acionados com vista a prevenir, detetar e comunicar adequadamente os casos de fraude, corrupção, conflito de interesses e outras irregularidades graves no domínio dos contratos públicos*»¹⁷⁰.

Porém, este não foi o texto adotado aquando da aprovação da diretiva 2014/24/UE que, e apesar prever a constituição de «uma ou mais autoridades, organismos ou estruturas» que tem por função o «*acompanhamento da aplicação das regras de*

¹⁶⁷ Uma das advertências feitas no estudo elaborado pela PWC e Ecorys, Cf. Pwc & Ecorys, 2013, p.147; neste mesmo sentido, OLAF, 2014, p.13.

¹⁶⁸ Neste sentido, veja-se o relatório do OLAF sobre as medidas para identificar e reduzir a fraude e a corrupção nos procedimentos de contratação, Cf. OLAF, 2014, pp. 13 e seg.; igualmente, neste sentido, Pwc & Ecorys, 2013; e cf. Europeia, COM(2014)38 final...,2014, pp. 28 e 29.

¹⁶⁹ Livro Verde COM(2011)15final...*para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, 2011, p.55.

¹⁷⁰ Proposta COM(2011)896 final:...*relativa aos contratos públicos*, 2011, p.108.

contratação pública», deixou para trás a norma que visava o estabelecimento de um sistema indicadores de alerta.

Posição que, poderá justificar-se se tivermos em consideração que aquela medida poderia representar um encargo demasiado pesado para as administrações dos diversos EM.¹⁷¹ Preocupação que, foi realçada no relatório COM(2014)38 final onde a Comissão refere que *«a proposta prevê também a criação de um regime de supervisão da aplicação das normas dos contratos públicos e de sistemas de alerta para a deteção de fraudes e corrupção. Contudo, os Estados-Membros levantaram objeções de fundo a estas medidas, consideradas demasiado pesadas as respetivas administrações»*¹⁷².

¹⁷¹ Neste sentido, veja-se a advertência feita pela T.International. Transparency International, *Contribution...Modernising Public Procurement Policy in the EU*, 2010, p.2.

¹⁷² Relatório COM(2014)38 final:...*Relatório Anticorrupção da UE*, 2014, p.26.

Conclusões

Na presente exposição, concluímos que a corrupção impede a concretização dos objetivos levados a cabo pelo regime jurídico da contratação pública. Tal se apreende pela capacidade de os comportamentos de corrupção afetarem a integridade do procedimento de contratação pública e, conseqüentemente, frustrarem a abertura do mercado e uma efetiva concorrência entre operadores económicos. Neste contexto, prejudicam a prossecução do interesse público pela não concretização do princípio *best value for money*.

Conseqüentemente, as políticas que visam o combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública revelam-se de extrema importância à salvaguarda da integridade do procedimento. Pela prevenção de comportamentos de corrupção ao longo do procedimento e, por sua vez, pelo sancionamento dos operadores económicos pela sua prática.

Verificamos que as medidas de prevenção, já consagradas nas diretivas de 2004, visavam *dificultar e impossibilitar* o desenvolvimento da corrupção nos procedimentos de contratação pública. Por sua vez, e com a aprovação das diretivas de 2014, mais concretamente, a 2014/24/UE, aquele regime é reforçado pela consagração de um conjunto de novas medidas que visam *facilitar* a rastreabilidade e, conseqüentemente, a *deteção* daqueles comportamentos ao longo do procedimento.

Concluimos igualmente que, por força da consagração destas medidas no regime de contratação, as diretivas passaram a desempenhar um papel ativo na implementação de políticas anticorrupção. Indo mais longe, desempenham hoje um objetivo adstrito à garantia da integridade do procedimento.

Não obstante, concluímos igualmente que as diretivas ficaram aquém do que se esperava, isto porque, a não consagração das normas que constavam da proposta COM(2011)896 final representam uma lacuna na implementação de políticas anticorrupção.

Por sua vez, as medidas sancionatórias que, efetivamente, encontram a sua consagração fora das diretivas de contratação pública, desempenham igualmente um papel de extrema importância no combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública. Isto porque, efetivamente, e tendo em consideração que

criminalizam os comportamentos de corrupção, de um ponto de vista coercivo, agem de forma a dissuadir a prática daqueles comportamentos num contexto geral. Não obstante, verificamos que a integridade dos procedimentos de contratação pública não se salvaguarda exclusivamente com a implementação de medidas sancionatórias, mas, além disso, através de uma abordagem abrangente destinada a reforçar a prevenção dos comportamentos de corrupção.

Do que se expôs, é inegável que a UE, e a comunidade internacional, têm feito progressos assinaláveis na implementação de políticas de combate à corrupção num contexto global e, em particular, no âmbito dos procedimentos de contratação pública. Porém, o mercado da contratação pública continua a representar um domínio altamente aliciante e permeável à proliferação de comportamentos de corrupção e, neste contexto, é evidente a necessidade de reforçar os esforços para elevar os padrões de integridade nos procedimentos de contratação.

Não obstante, devemos fazer algumas ressalvas no âmbito desta conclusão:

Em primeiro lugar, concluímos ao longo deste estudo que não haverá uma solução única para a implementação de políticas de combate à corrupção no âmbito dos diversos EM. Tal assim é que, a implementação de políticas anticorrupção esta inevitavelmente dependente do contexto cultural, social, político e económico de cada EM. Efetivamente, qualquer medida de combate ao paradigma da corrupção só produzirá os efeitos pretendidos se a sua implementação tiver uma base ética sólida onde exista «integridade cívica, estabilidade económica e vontade política»¹⁷³.

Em segundo lugar, e bem cientes da crise económica que alguns EM atravessam, não basta a consagração de medidas que visem o combate à corrupção na lei, mas, igualmente, é necessário ter os meios para por essas políticas em prática. Para este efeito, e sob pena de aquelas medidas serem letra morta, é preciso apetrechar os serviços com os devidos recursos financeiros e orçamentos necessários para um desempenho eficaz das tarefas previstas.¹⁷⁴

¹⁷³ International, Sistestema Nacional de Integridade: Portugal, 2012, p.14.

¹⁷⁴ Europeia, COM(2014)38 final -...: Relatório Anticorrupção da UE, 2014, p.44.

Bibliografia

- A.Witting, W. (2005). Linking Islands of Integrity to Promote Good Governance in Public Procurement: Issues for Consideration. Em OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement Integrity in Public Procurement* (pp. 109-114). Bruxelas: OECDPublishing.
- Abramo, C. W. (2005). Latin America: Conditions for Effective Public Procurement Regulations. Em OCDE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 125-134). Paris: OECDPublishing.
- Almeida, M. A. (2014). *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Porto: Almedina.
- Almeida, M. A. (2015). *Teoria Geral do Direito Administrativo: O novo regime do código do procedimento administrativo*. Porto: Almedina.
- Amaral, D. F. (2011). *Curso de Direito Administrativo* (2ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Bentchikou, F. (2005). The World Bank's Sanctions Process. Em OCDE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 227-243). Paris: OECDPublishing.
- Bertók, J. (2005). The Role of Transparency in Preventing Corruption in Public Procurement: Issues for Consideration. Em OCDE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 85-92). Paris: OCDEPublishing.
- Beth, É. (2005). Main Findings of the Forum Workshop on "Improving Transparency in Public Procurement". Em OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 45-50). Paris: OECD Publishing.

- Bovis, C. H. (2007). *EU Public Procurement Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc.
- Bueb, J.-P., & Ehlermann-Cache, N. (2005). Inventory of Mechanisms to Disguise Corruption in the Bidding Process and Some Tools for Prevention and Detection. Em OCDE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 161-174). Paris: OECDPublishig.
- Campos, J. M., Campos, J. L., & Pereira, A. P. (2014). *Manual De Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia* (7ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, J. G., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa: Anotada - Artigos 1º a 107º*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Carvalho, A. T. (2008). *Direito Penal - Parte Geral: Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Caupers, J. (2009). *Introdução ao Direito Administrativo* (2ª ed.). Lisboa: Âncora.
- Corrupção, C. d. (2015). *Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção, sobre Prevenção de riscos de corrupção na contratação pública*. Lisboa: CPC.
- Damião da Cunha, J. M. (2013). *Da Corrupção: Do Seu Enquadramento Jurídico no Âmbito da Tutela Penal dos Interesses do Estado. Erros Legislativos e Lacunas de Punibilidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dervieux, V. (2005). Main Findings on the Forum Workshop on “Compliance with Anti- Corruption Laws through Access to Public Procurement: Sanctioning or Voluntary Self-Regulation”. Em OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 207-2011). Paris: OECDPublishing.
- Eiró, V. (2013). *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes: fundamento e pressupostos*. Coimbra: Almedina.

- Eiró, V. (2013). As indemnizações ao serviço do mercado interno: o caso da contratação pública e do direito da concorrência. Em C. Trabuco, & V. Eiró, *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina.
- Estorninho, M. J. (2012). *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*. Coimbra: Almedina.
- Gabriel, M. (2012). Thematic Paper on Corruption. Corruption Crime in Relation to Public Procurement. *Special Committee on Organised Crime, Corruption and Money Laundering (CRIM) 2012-2013*.
- Gomes, P. C. (2013). The Portuguese Debarment System for Those Convicted of Corruption. *Revista de Contratos Públicos*.
- Gonçalves, P. C. (2013). *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contraente*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Gonçalves, P. C. (2015). *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina.
- Gorjão-Henriques, M. (1998). *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*. Coimbra: Almedina.
- Gorjão-Henriques, M. (2014). *Direito da União* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Graells, A. S. (2014). Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24. Em R. C. François Lichère, & S. Treumer, *Modernising Public Procurement: The New Directive* (pp. 97-129). Denmark: DJØF Publishig.
- Graells, A. S. (2014). Prevention and Deterrence of Bid Rigging: A Look From the New EU Directive on Public Procurement. Em G. R. Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*. Brussels: Bruylant.

- Imobiliário, I. d. (2014). *Guias Sobre as Novas Diretivas Europeias da Contratação Pública*. Lisboa: InCI.
- International, T. (2010). *Transparency International's Contribution to the European Commission's Public Consultation on Modernising Public Procurement Policy in the EU*. Brussels: Transparency Internacional.
- International, T. (2012). *Sistestema Nacional de Integridade: Portugal*. Portugal: Transparency International.
- Jenny, F. (2005). Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement. Em OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (p. 34 e 35). Paris: OECD Publishing.
- Lopes, J. M. (2010). Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal. *As recentes alterações ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- M.Racca, G., & Perin, R. C. (2012). *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risks and deterrent against the lack of loyalty*. iusPublicum.
- M.Racca, G., & R.Yukins, C. (2014). Steps for Integrity in Public Contracts. Em G. M.Racca, & C. R.Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally* (pp. 1-8). Bruxelas: Bruylant.
- Neves, A. F. (2010). Os Princípios Da Contratação Pública. Em J. Miranda, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (Vol. II, pp. 29-58). Lisboa: Coimbra Editora.
- OECD. (2005). Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement. Em W. A. Witting, *Linking Islands of Integrity to Promote Good Governance in Public Procurement: Issues for Consideration* (pp. 109-114). Paris: OCDEPublishing.

- OECD. (2009). *Principles for Integrity in Public Procurement*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2010). *Policy Roundtables: Collusion and Corruption in Public Procurement*. Paris: OECD Publishing.
- OLAF. (2014). *Mesures for Identifying and Reducing Fraud and Corruption Risks in Public Procurement*. Brussels: Olaf - European Anti-Fraud Office.
- Oliveira, M. E., & Oliveira, R. E. (Maio de 2011). *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina.
- Oliveira, R. E. (2010). Os princípios gerais da contratação pública. Em P. Gonçalves, *Estudos de Contratação Pública - I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Organization, W. C. (2015). *Guide to Prevent Procurement Corruption in Customs*. Bruxelas: WCO.
- Pieth, M. (2005). Fighting Corruption in International Business Transactions: Major Considerations Regarding Public Procurement. Em OCDE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 19-22). Paris: OECD Publishing.
- Pwc, & Ecorys. (30 de Junho de 2013). *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*. Pwc EU Services.
- Racca, G. M., & Yukins, C. R. (2014). Steps for Integrity Public Contracts. Em G. M. Racca, & C. R. Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruxelles: Bruylant.
- Sacerdoti, G. (2005). Main Findings of the Forum Workshop on "Identifying Risks in the Bidding Process to Prevent and Sanction Corruption in Public Procurement.

Em OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 154-158). Paris: OECD Publishing.

Santos, C. C. (2010). Os Crimes de Corrupção de Funcionários e a Lei N°32/2010, de 2 Setembro – (“É Preciso Mudar Alguma Coisa Para Que Tudo Continue na Mesma”?). Em R. d. Carmo, & H. Leitão, *As alterações de 2010 ao código penal e ao código de processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

Sarcedoti, G. (2005). Main Findings of the Forum Workshop on “Identifying Risks in the Bidding Process to Prevent and Sanction Corruption in Public Procurement. Em OCDE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (p. 158). Paris: OECD Publishing.

Silva, G. M. (2014). *Direito Processual Penal Português: Do Procedimento (Marcha do Processo)*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Simões, E. D. (2010). Contra a corrupção: as leis de 2010. Em R. d. Carmo, & H. Leitão, *As alterações de 2010 ao código penal e ao código de processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

Smith, S. A., & Kunzlik, P. (2009). Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles. Em S. A. Smith, & P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sousa, M. R., & Matos, A. S. (2006). *Direito Administrativo Geral: Actividade Administrativa* (Vol. III). Lisboa: DOM QUIXOTE.

Trepte, P. (2005). Ensuring Accountability in Public Procurement: Bridging Information Asymmetry. Em OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 115-117). OECD Publishing.

Trepte, P. (2010). *Public Procurement in EU: A Practitioner's Guide* (2ª ed.). Oxford: OXFORD.

- United Nations. (2006). *Compendium of basic terminology in Governance and Public Administration*. United Nations, Economic and Social Council.
- Viana, C. (2007). *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Wiehen, M. H. (2005). Ensuring Compliance with Anticorruption Laws Through Sanctioning or Voluntary Self-Regulation. Em OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (pp. 277-282). Paris: OECDPublishing.
- Williams, S. (2003). *The mandatory exclusion for corruption in the new EC procurment directives*.
- Williams, S. (2009). Exclusions For Serious Criminal Offences . Em S. Arrowsmith, & P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Williams, S. (2011). *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification Measures*. Oxford: Hart Publishing.

Comunicações da Comissão Europeia

Europeia, C. (1996). *Livro verde - Os contratos públicos na união europeia: pistas de reflexão para o futuro* . Comissão Europeia. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeia, C. (2011). *COM(2011) 308 final - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu: Luta contra a corrupção na UE*. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeia, C. (2011). *COM(2011)15final - Livro Verde: sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeia, C. (2011). *COM(2011)896 final - Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho: relativa aos contratos públicos*. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeia, C. (2011). *Commission Staff Working Paper: Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part I*. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeia, C. (2014). *COM(2014) 38 final - ANEXO 22: Anexo Portugal do Relatório Anticorrupção da UE*. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeia, C. (2014). *COM(2014)38 final - Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: Relatório Anticorrupção da UE*. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeias, C. d. (1985). *COM(85)310 final - Completing the Internal Market*. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias.

Europeias, C. d. (1996). *COM(96)583 - Livro Verde - Os Contratos Públicos na União Europeia: Pistas de Reflexão para o Futuro* . Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeias, C. d. (1997). *COM(1997)192 final- Comunicação da comissão ao conselho e ao parlamento europeu: sobre uma política da união contra a corrupção*. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeias, C. d. (1998). *COM(1998)143 final - Communication from the Commission: Public Procurement in the European Union*. Bruxelas: Commission of the European Communities.

Europeias, C. d. (2000). *COM(2000) 275 final: Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitadas de obras públicas*. Bruxelas: Comissão Europeia.

Europeias, C. d. (2003). *COM(2003)317 final - Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu: Sobre uma Política Global da UE Contra a Corrupção*. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias.

Commision, E. (2011). *Comission Staff Working Paper, Accompanying document to the Draft Commission Decission on establishing na EU anti-corruption reporting mechanism for periodical evaluation (“EU Anti-Corruption Report”) Impact Assessment*. Brussels: European Commision.

Páginas de Internet Consultadas

Center, I. A. (s.d.). *Guide to Combating Corruption & Fraud in Development Projects*:.
Obtido de Red Flags Listed by Project Cycle: <http://guide.iacrc.org/red-flags-listed-by-project-cycle/>