



Atas da Conferência

A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

MARIA JOÃO ESTORNINHO
ANA GOUVEIA MARTINS
(coordenação)





Atas da Conferência

A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS



**MARIA JOÃO ESTORNINHO
ANA GOUVEIA MARTINS**
(coordenação)

Edição

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Dezembro de 2016

ISBN: 978-989-8722-17-1



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt

Imagem da capa:

Comstock - Thinkstock Archive

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com



Índice

- 5** Nota prévia
- 7** Programa da conferência
- 10** Uma oportunidade perdida...
Breve apreciação crítica do anteprojecto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos
Maria João Estorninho
- 28** Alterações no âmbito de aplicação do Regime de Contratação Pública à luz do anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos
Pedro Fernández Sánchez
- 56** Novos tipos de procedimentos pré-contratuais
Sara Younis Augusto de Matos
- 81** Regras especiais de contratação pública:
os serviços sociais e outros serviços específicos
Domingos Soares Farinho
- 98** Planeamento da contratação e
consultas preliminares ao mercado
José Duarte Coimbra
- 143** O novo regime dos erros e omissões no anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos
Marco Caldeira

- 159** Novidades na tramitação dos procedimentos: causas de exclusão de propostas, impedimentos, preço ou custo anormalmente baixo e preço base
Jorge Pação
- 202** Breves tópicos sobre os critérios de adjudicação no anteprojecto de Código dos Contratos Públicos (artigos 74.º E 75.º)
Nuno Cunha Rodrigues
- 207** Decisão de não adjudicação e caducidade da adjudicação
Cecília Anacoreta Correia
- 231** Catálogos electrónicos e sistemas de aquisição dinâmicos no anteprojecto de revisão do CCP - breve nota
Miguel Assis Raimundo
- 254** Agrupamentos de entidades adjudicantes, centrais de compras, acordos-quadro
Cláudia Monge
- 274** A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos
Ana Gouveia Martins
- 358** Novidades sobre arbitragem no anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos
João Miranda



Nota prévia

O Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa empenhou-se em dar o seu contributo no debate público sobre o Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos em curso. Neste sentido, nos dias 14 e 15 de setembro teve lugar uma conferência que visou, por um lado, dar a conhecer as principais novidades resultantes do projeto de revisão e, por outro, analisar criticamente as soluções específicas adotadas quer do prisma da sua conformidade com o regime delineado nas diretivas quer numa abordagem mais vasta, assente numa indagação dogmaticamente gizada em torno da busca de um equilíbrio ótimo entre o princípio da prossecução do interesse público, o princípio da concorrência, o princípio da boa administração e o respeito pelos direitos e interesses dos interessados.

A abordagem dos temas assentou numa perspetiva complementar da realidade europeia e portuguesa de modo a poder contribuir para o procedimento de revisão em curso. No último painel, pretendeu-se proporcionar um espaço de debate fora do estrito âmbito académico e aberto à participação de membros da Administração Pública que lidam com a aplicação prática do Código dos Contratos Públicos de modo a

[Voltar ao índice](#)

Atas da Conferência - A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

promover o levantamento de problemas e questões merecedoras de atenção do legislador.

Os oradores foram convidados a enviar para o endereço do Governo (consultapublica@contratospublicos.gov.pt) até ao dia 10 de Outubro propostas concretas de alteração, sugestões de esclarecimento e colocação de questões para reflexão, iniciativa que colheu uma ampla participação por parte de vários docentes da Faculdade de Direito de Lisboa.

São agora publicadas as Actas da Conferência de debate público sobre o Anteprojecto de revisão do Código dos contratos públicos, de modo a que a análise dos temas seja divulgada a um público mais amplo.

Assinale-se que foi conferida total liberdade aos autores quanto a redacção dos textos, tendo alguns optado por espelhar fielmente as intervenções realizadas enquanto outros aproveitaram a oportunidade para aprofundar os temas propostos.

O nosso profundo agradecimento a todos os oradores e ao público da Conferência.

Lisboa, 1 de Novembro de 2016

As coordenadoras,

Professora Doutora MARIA JOÃO ESTORNINHO
Professora Doutora ANA GOUVEIA MARTINS



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

**Debate público sobre o anteprojeto de revisão do
Código dos contratos públicos**

Coordenação científica:

Professora Doutora Maria João Estorninho

Professora Doutora Ana Gouveia Martins

Programa

14 de setembro de 2016 (quarta feira)

9.30h -11h e 11.30 -13 h: 1º painel

- *Apreciação geral do anteprojeto e princípios gerais.*
Professora Doutora Maria João Estorninho
- *Âmbito de aplicação do CCP e contratação excluída, em especial, contratação interadministrativa.*
Professor Doutor Pedro Sánchez
- *Novos tipos de procedimentos pré-contratuais (consulta prévia e parceria para a inovação) e novidades critérios de escolha de procedimentos.*
Mestre Sara Younis Matos
- *Procedimentos pré-contratuais de contratos públicos de serviços sociais e de outros serviços específicos.*
Professor Doutor Domingos Farinho

[Voltar ao índice](#)

14.30 h -15.45 h: 2ª painel

- Novidades na tramitação dos procedimentos: preparação do procedimento, em especial, planeamento da contratação, divisão em lotes e consultas preliminares.

Dr. José Duarte Coimbra, Assistente convidado.

- Novo regime dos esclarecimentos, retificação e alteração das peças procedimentais, novo regime de esclarecimentos e suprimento de propostas e candidaturas.

Dr. Marco Caldeira, Assistente convidado.

16.30 h-18 h: 3ª painel

- Novidades na tramitação dos procedimentos (continuação): causas de exclusão de propostas, impedimentos, preço base, preço ou custo anormalmente baixo.

Dr. Jorge Pação, Assistente convidado.

- Critérios de adjudicação e de análise de propostas.

Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues.

- Decisão de não adjudicação e caducidade da adjudicação.

Mestre Cecília Anacoreta Correia, Assistente convidada.

15 de setembro de 2016 (quinta feira)

9.30 h – 11 h: 4ª painel:

- Agrupamentos de entidades adjudicantes, Centrais de compras, Acordos quadro, Sistemas de aquisição dinâmicos, Catálogos eletrónicos.

Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

Professora Doutora Cláudia Monge



11.30 h- 13 h: 5º painel

- Regime substantivo: principais novidades, em particular, a invalidade do contrato e as modificações objetivas e subjetivas.

Professora Doutora Ana Gouveia Martins

Professor Doutor Lourenço Vilhena de Freitas

14.30 h – 16 h 6º painel:

- Novidades da arbitragem e outros meios de resolução alternativa de litígios.

Professor Doutor João Miranda

Mestre João Tiago Silveira

Dr. Tiago Serrão, Assistente convidado

16.15 h – 17. 30h 7º painel: Problemas e questões em aberto: mesa redonda e debate.

Membros da Administração pública:

- Dr. Fernando Oliveira Silva, Presidente do Conselho Diretivo do IMPIC - Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e Construção, I.P.
- Dr. César Pestana, vice-presidente da ESPAP - Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública.
- Dr. Artur Trindade Mimoso, membro do Conselho de Administração da SPMS - Serviços Partilhados do Ministério da Saúde.
- Dr. João Canto e Castro, Diretor da Assessoria Legal da Direção de Concessões da Infraestruturas de Portugal, S.A.

17.30 h -18 h : Sessão final de encerramento

Intervenção de Sua Excelência o Secretário de Estado das Infraestruturas, Professor Doutor Guilherme Oliveira Martins.

Voltar ao índice

Uma oportunidade perdida...

Breve apreciação crítica do anteprojeto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos¹

MARIA JOÃO ESTORNINHO²

1. A transposição das Diretivas de 2014³: janela de oportunidade ou oportunidade perdida?

Aceitei, em finais de dezembro de 2015, o desafio que o Senhor Secretário de Estado das Infraestruturas, Prof. Doutor Guilherme d'Oliveira Martins, me lançou para coordenar os trabalhos da Comissão de revisão do Código dos Contratos Públicos. Não o fiz de ânimo leve: tinha absoluta consciência de que ia ser uma tarefa muito difícil. Pelas dificuldades técnicas que a transposição das Diretivas acarreta

1 Texto entretanto publicado em *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº118, 2016, pp.3 e ss..

2 Professora Catedrática da Faculdade de Direito de Lisboa e Catedrática convidada da Universidade Católica Portuguesa.

3 () Diretiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão), Diretiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE), Diretiva 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE), todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, de 28 de março de 2014.



e, sobretudo, pela pressão das muitas sensibilidades e dos muitos interesses que, nestas matérias, esgrimem no terreno. Como estudiosa e espetadora imparcial, há muitos anos, deste mundo dos contratos públicos, senti que era meu dever aceitar esse desafio, como tarefa de extensão universitária e missão de serviço público.

A Comissão de revisão do Código dos Contratos Públicos, cujos trabalhos tive então o gosto de coordenar, entendeu que, para além de muito difícil, seria profundamente indesejável levar a cabo uma transposição minimalista das Diretivas de 2014, porque uma tal transposição minimalista significaria perder a oportunidade de, em termos nacionais e a bem de Portugal, repensar o regime jurídico aplicável aos contratos públicos e corrigir as disfunções da versão de 2008 do Código. Assim, a Comissão entregou ao Governo, no início de março de 2016, um documento de trabalho que, em pouco mais de 300 artigos – escritos de forma clara e compreensível para o comum dos operadores económicos e jurídicos que, no terreno, participam na contratação pública –, continha uma proposta completa, coerente, inovadora e arrojada de transposição das Diretivas, traduzida num novo Código dos Contratos Públicos.

Em 2 de agosto de 2016 tomei conhecimento do Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos publicitado pelo Governo para efeitos de consulta pública. Não ficaria bem com a minha consciência se não expressasse publicamente, neste momento, a minha convicção de que a eventual aprovação de tal anteprojeto de agosto de 2016 significaria, com grande pena minha, perder a oportunidade de levar a cabo uma verdadeira reforma profunda e adequada do quadro legal da contratação pública em Portugal.

Na verdade, infelizmente, a eventual aprovação (mesmo que com algumas melhorias formais decorrentes do processo de consulta pública) do Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos publicitado pelo Governo em agosto de 2016 não só não contribuiria para melhorar o quadro legal existente como, em bom rigor, antes pelo contrário, contribuiria para agravar as disfunções da versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos (entre outras, como se verá adiante, em matérias cruciais, relativamente às quais se exigiriam soluções claras e acertadas, tais como: as do elenco demasiado alargado de contratos excluídos do âmbito de aplicação do CCP e de casos de contratação excluída da Parte II, i. e., dispensada de procedimentos adjudicatórios; do inaceitável alargamento dos fundamentos de recurso ao ajuste direto independentemente do valor do contrato; da teia complicadíssima da tramitação dos diversos procedimentos adjudicatórios, aos quais se soma agora a parceria para a inovação; dos desequilibrados regimes de invalidade, de modificação dos contratos e de responsabilidade das entidades adjudicantes, ou do esvaziamento de competência dos tribunais administrativos em matéria de contratação pública).

2. Um Direito Administrativo em crise, no centro da(s) crise(s)

Nos últimos anos, um Direito Administrativo em crise surge no centro da crise económico-financeira que se tem vivido, sendo ostensiva a falência dos mecanismos jurídicos tradicionais e a sua inadequação para resolver os difíceis problemas da atualidade. Em alguns casos (a meu ver, por exemplo, no Código dos Contratos Públicos, na versão de 2008), o Direito Administrativo não apenas não contribuiu para evitar a crise como, pelo contrário, contribuiu para a agravar.



Em 2006, em pleno processo de preparação da transposição das Diretivas de 2004, tive ocasião de escrever ⁽⁴⁾ que ao legislador português se colocava, à época, sobretudo, o “imenso desafio” de conceber um Código dos Contratos Públicos que conseguisse “dosear, na medida certa, a flexibilidade necessária para garantir a eficiência e o dinamismo na contratação pública e a inflexibilidade – diria até intransigência – necessária ao combate ao desperdício de recursos públicos e à corrupção”. Infelizmente, a meu ver, como tenho repetidamente afirmado, o Código dos Contratos Públicos – na versão de 2008 – falhou rotundamente esses objetivos.

No contexto atual – que exige aos Governantes rigor na realização de despesas públicas e ousadia na busca de formas inovadoras e sustentáveis de superação de crises e dificuldades –, é indispensável fazer o balanço, nesta como noutras matérias, e decidir acertadamente em termos de futuro. Nos últimos dois anos, em várias ocasiões, tenho vindo a formular votos de que o legislador português, ao transpor as atuais Diretivas Europeias de 2014, consiga criar uma moldura legal amiga de uma contratação pública ética, social, ambiental e financeiramente responsável, em suma, amiga do bem comum.

Todos temos consciência do impacto (positivo ou negativo) que as (boas ou más) escolhas do Legislador e da Administração Pública podem ter nestes domínios. A contratação pública é um instrumento formidável de atuação das entidades públicas e de afetação de recursos públicos. As entidades públicas, na sua veste de entidades adjudicantes, têm a

4 () MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 11.

obrigação de exercer o seu poder de compra de forma ética, social e ambientalmente responsável. A meu ver, impõe-se sobretudo um repensar do significado da contratação pública e um recentrar de prioridades. Ao contrário do que se quis fazer crer nas últimas décadas, os contratos públicos não são oportunidades de negócio para as entidades públicas (negócios que acabam por se revelar, em tantos casos, ruinosos para o erário público e para os cidadãos), mas sim instrumentos de realização de tarefas públicas, ao serviço das mais variadas políticas públicas.

A realização do bem comum, através de contratos públicos, exige legislação clara e adequada, decisores públicos profissionalizados e responsáveis, mecanismos de regulação e de controlo eficazes.

Quero acreditar, com uma nota de esperança, que ainda seja possível Portugal dotar-se de um Código dos Contratos Públicos desempoeirado assente, por um lado, numa moderna visão estratégica da contratação pública como instrumento privilegiado de promoção de políticas públicas inovadoras e de crescimento económico e, por outro lado, na genuína vontade (e capacidade) política de enquadrar a contratação pública em regimes jurídicos amigos da transparência, da sustentabilidade, da responsabilidade, em suma, do bem comum.

3. É possível uma transposição minimalista das Diretivas?

A meu ver, é insustentável – e inaceitável – pretender fazer uma transposição minimalista das Diretivas de 2014, mantendo no essencial a versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos ⁽⁵⁾.

5 () Incompreensível seria também, a meu ver, adotar em Portugal a solução es-



Insustentável, na medida em que as próprias Diretivas (como veremos adiante) não são minimalistas, o que significa que, ao contrário do que se tem dito, a transposição não pode ser minimalista e muito menos pode vir a traduzir-se numa mera operação de cosmética. Aliás, basta ter presente que o Anteprojeto de transposição das Diretivas, de maio de 2015, pretendendo ser minimalista, acabava por implicar a alteração a quase 60 artigos e o aditamento de cerca de 40 novos artigos ao Código dos Contratos Públicos. Ou seja, uma transposição minimalista (i. e., que pretendesse “enxertar” todas essas alterações nos atuais quase 500 artigos do Código, mantendo-o intacto no essencial) iria agravar – de modo intolerável – a “floresta labiríntica em que se transformou o emaranhado de normas” (6) do Código dos Contratos Públicos na versão de 2008.

Inaceitável, uma vez que a transposição das Diretivas não pode significar, por um lado, consagrar, soluções das Diretivas acrescentando uma série de artigos ao Código dos Contratos Públicos e, por outro lado, manter tudo o resto na mesma, criando contradições insanáveis que acabam por desvirtuar o sentido das Diretivas.

Infelizmente, é isso que acontece também no atual Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, de agosto de 2016, o qual

panhola. Ao contrário do que sucedeu na Alemanha e em vários outros países que procederam à transposição das Diretivas de 2014 através de diplomas nacionais, ainda antes de terminar o prazo de transposição, a Espanha reconheceu, em março de 2016, não estar em condições de proceder à transposição das Diretivas (em virtude das vicissitudes políticas decorrentes da crise parlamentar e governamental) e adotou umas normativas estabelecendo uma *grelha de correspondência* entre as disposições das Diretivas consideradas diretamente aplicáveis, a partir de 18 de abril, e as disposições da legislação nacional que se mantêm em vigor.

6 () MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2012, p. 369.

implica a alteração a quase 200 artigos e o aditamento de cerca de 40 novos artigos, mantendo como base o Código dos Contratos Públicos de 2008.

4. Linhas estratégicas nas Diretivas de 2014

A evolução do quadro legal europeu em matéria de contratação pública, nas últimas décadas, permite-nos afirmar que existe um novo paradigma no Direito Europeu dos Contratos Públicos, no que diz respeito à efetiva promoção de uma contratação pública (financeira e ambientalmente) sustentável e socialmente responsável, num quadro de promoção da inovação e de proteção das pequenas e médias empresas (PMEs). Se ele é adequado para lidar com os novos e difíceis desafios, nestes tempos de crise(s), ainda se verá.

Uma coisa é certa: a transposição das Diretivas de 2014 abre aos ordenamentos jurídicos nacionais janelas de oportunidade para uma verdadeira mudança qualitativa nos regimes da contratação pública, ao impor/permitir, entre outras, medidas tendentes a:

- a) Melhorar a regulação da contratação pública;
- b) Simplificar e flexibilizar os procedimentos de contratação;
- c) Generalizar a utilização de meios eletrónicos;
- d) Facilitar o acesso das PMEs aos contratos públicos;
- e) Fomentar a utilização estratégica da contratação pública para atingir objetivos sociais e ambientais;
- f) Incentivar a inovação;



- g) Aumentar a transparência e combater a corrupção e os conflitos de interesses;
- h) Garantir a sustentabilidade (ambiental, social e financeira) não apenas na formação dos contratos públicos mas também durante a sua execução;
- i) Regular melhor as concessões.

Do ponto de vista da evolução do Direito Europeu da Contratação Pública é interessante realçar o fomento à contratação pública transfronteiriça nas Diretivas de 2014, enveredando-se por uma nova linha estratégica de aprofundamento da europeização da contratação pública.

5. O Anteprojeto de agosto de 2016 transpõe efetivamente as Diretivas?

Não.

A transposição das Diretivas não se pode traduzir em apenas acrescentar (“enxertar”) no Código dos Contratos Públicos um conjunto de novas disposições, agravando o labirinto jurídico em que ele se transformou. Transpor efetivamente as Diretivas obriga a ter a coragem de propor eliminar do Código tudo aquilo que com cada nova solução for incompatível (não é possível, por exemplo, transpor o regime das modificações aos contratos durante a sua execução e pretender manter os regimes tradicionais do poder de modificação unilateral, das modificações nas empreitadas, etc.; não é possível, igualmente, transpor para a Parte III os regimes comunitários unificados de invalidade e execução dos contratos públicos e manter, na mesma Parte III, regimes diferenciados para categorias de contratos administrativos e não administrativos segundo critérios ultrapassados).

[Voltar ao índice](#)

Infelizmente, o Anteprojeto de agosto de 2016 não revela essa coragem e, por isso, para além da deficiente transposição de várias disposições das Diretivas, padece do problema de fundo que acima se referiu e que se prende com a opção de manutenção da versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos, a qual compromete irremediavelmente a tarefa de transposição efetiva das Diretivas.

6. O Anteprojeto de agosto de 2016 contribui para tornar mais claro o Código dos Contratos Públicos de 2008?

Não. Antes pelo contrário, claramente contribui para agravar o labirinto jurídico do Código dos Contratos Públicos de 2008.

A meu ver, num quadro de simplificação legislativa (afirmada, aliás, como prioridade pelo atual Governo) não se poderia perder esta ocasião para libertar o Código dos Contratos Públicos de complicadas definições, classificações e construções dogmáticas, as quais devem caber à doutrina e não ao legislador, a quem cumpre regular de forma clara e eficaz. Fundamental seria clarificar o âmbito de aplicação do Código, fazendo-o coincidir com as regras aplicáveis à formação e ao regime substantivo dos contratos públicos, em consonância com o Direito Europeu. Indispensável seria eliminar a complexidade do labirinto jurídico do Código dos Contratos Públicos de 2008 resultante, entre tantos outros aspetos, do tratamento unitário de universos diferentes de contratos (contratos dos setores clássicos e dos setores especiais, contratos abaixo e acima dos limiares de aplicação das Diretivas, contratos sujeitos à concorrência ou não, contratos administrativos ou não administrativos de acordo com critérios caducos) numa teia complexa de regras gerais, de exceções às regras e de exceções às exceções. As imbrincadas (e in-



compreensíveis para o comum dos operadores económicos e jurídicos) relações entre o âmbito de aplicação das Partes II e III do Código e, dentro delas, dos mais diversos regimes jurídicos deviam, de uma vez por todas, ser ultrapassadas. A autonomização sistemática do tratamento de determinados contratos, como os contratos nos setores especiais ou os contratos de concessão, contribuiria também para a desejada simplificação.

A meu ver, é imperdoável que o legislador não elimine, de uma vez por todas, a teia labiríntica de universos diferenciados de categorias de contratos e de regimes jurídicos a elas aplicáveis e não aproveite a oportunidade para clarificar o âmbito de aplicação do Código, e de cada uma das suas Partes, fazendo-o coincidir com as regras aplicáveis quer à formação quer ao regime substantivo dos contratos públicos, em consonância com o Direito Europeu. Incompreensível é também, a meu ver, a exclusão do âmbito de aplicação do CCP e, em particular da Parte II, de determinados contratos (vd. arts. 4.º e 5.º, entre outros). Por exemplo, incompreensível é, para mim, que não fiquem sujeitos à Parte II do Código e, assim, aos procedimentos nacionais de formação dos contratos públicos, vários contratos excluídos do âmbito de aplicação das Diretivas [v., por exemplo, o caso de serviços sociais, no art. 5.º, n.º 4, alínea j), do Anteprojeto], uma vez que o facto de as Diretivas não se aplicarem a determinados contratos (por entenderem que tais contratos não se revestem de interesse transfronteiriço ou por outras razões) não deve significar, do ponto de vista do direito interno, a pura e simples exclusão de tais contratos do âmbito de aplicação do Código ou mesmo do âmbito de aplicação da Parte II ou, sequer, a sua remissão pura e simples para o campo do ajuste direto (v., entre outros, no art. 27.º, os casos dos contratos de aquisição de serviços de arbitragem e de serviços jurídicos).

[Voltar ao índice](#)

7. O Anteprojeto de agosto de 2016 consagra princípios gerais da contratação pública?

Sim.

Em boa hora o Anteprojeto de agosto de 2016 acolheu a sugestão do Grupo de trabalho a que presidi, no sentido de consagrar expressamente, a par dos princípios que decorrem do Direito da União Europeia (entre outros, concorrência, transparência e proporcionalidade), os princípios constitucionais que vinculam a contratação pública em Portugal (entre outros, prossecução do interesse público, legalidade, imparcialidade, responsabilidade), em consonância com a Constituição e o Código do Procedimento Administrativo. Acolhida foi também a sugestão inovadora de consagração de um princípio de sustentabilidade, fundamental em matéria de contratação pública (v. art. 1.º-A do Anteprojeto).

Nunca é demais insistir que, em matéria de contratos públicos, se entrecruzam no ordenamento jurídico português os princípios constitucionais da atividade administrativa com os princípios gerais do Direito Europeu dos Contratos Públicos. Vale a pena ter presentes os valores subjacentes a cada um desses universos jurídicos, para perceber, por exemplo, que a pura e simples transposição das Diretivas Europeias não seria, nesta matéria, por si só, suficiente para garantir os propósitos constitucionais.

Naturalmente, não basta consagrar os referidos princípios. Indispensável é retirar consequências desses princípios ao nível dos regimes aplicáveis quer à formação quer à execução dos contratos públicos. Ora, infelizmente, não é isso que acontece em tantas opções subjacentes a este Anteprojeto de 2016. Vejamos alguns exemplos.



8. O Anteprojeto de 2016 contribui para fomentar procedimentos abertos à concorrência?

Não.

Basta ter presente a panóplia de fundamentos de recurso ao ajuste direto que, a meu ver espantosamente, este Anteprojeto propõe em 2016 (v., entre outros, os arts. 24.º a 27.º).

Ora, seria preciso ter a coragem de efetivamente reduzir o elenco de fundamentos para utilização de procedimentos de adjudicação direta (com ou sem consulta a mais de uma entidade), indo ao encontro das preocupações – nacionais e europeias – de reforço da concorrência e da transparência nos procedimentos de contratação pública em Portugal.

Inaceitável é, a meu ver também, a manutenção do critério de escolha dos procedimentos pré-contratuais consagrado em 2008 no art. 18.º do CCP. Em sintonia com as Diretivas, dever-se-ia prever antes como apurar o valor estimado do contrato, nomeadamente para efeitos de escolha do procedimento de formação do mesmo, ultrapassando-se o sistema do Código de 2008, o qual optou por limitar o valor do contrato a celebrar em função do procedimento escolhido. Tal sistema implicou uma perversa inversão relativamente à funcionalização do contrato à prossecução do interesse público, tendo subjacente a opção por um suposto princípio de liberdade de escolha do procedimento de formação dos contratos públicos.

[Voltar ao índice](#)

9. O Anteprojeto de agosto de 2016 contribui para simplificar os procedimentos adjudicatórios?

Não.

Num quadro de modernização administrativa e tendo em vista o aumento da eficiência da despesa pública, o Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos afirma apostar na simplificação, desmaterialização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, racionalizando as normas relativas à tramitação dos procedimentos e estendendo a obrigatoriedade da contratação por meios eletrónicos à generalidade dos procedimentos, contribuindo para a implementação da Administração Pública digital e o fomento da inovação.

Seria efetivamente fundamental que o Código dos Contratos Públicos criasse uma moldura legal propícia a uma contratação pública menos complexa e mais ágil, por se entender que a simplificação administrativa e a desburocratização potenciam o aumento da transparência e promovem o combate à corrupção e aos conflitos de interesses.

A este propósito, parece-me indispensável frisar que a desejada flexibilidade procedimental não deve ser entendida como sinónimo de (des)procedimentalização, e exige também novos paradigmas de profissionalização na contratação pública e mecanismos acrescidos de garantia de transparência, controlo e responsabilidade.

A meu ver, seria muito importante, em relação aos tipos de procedimentos, que se distinguissem efetivamente, por um lado, o ajuste direto, por outro lado, procedimentos com tramitação assente numa base comum (concurso público, concurso limitado, procedimento de negociação e diálogo concorrencial) e, finalmente, se introduzisse o novo procedimento das parcerias para a inovação com uma tramitação flexível.



Infelizmente, ao optar por manter a sistemática da Parte II do CCP de 2008 e o labirinto da tramitação dos procedimentos adjudicatórios que ela contém, nele pretendendo enxertar as muitas alterações que decorrem das Diretivas, este Anteprojeto de agosto de 2006 não contribui para a desejada simplificação dos procedimentos e, por conseguinte, para o fomento à transparência, no quadro de uma contratação pública eficiente e sustentável.

10. O Anteprojeto de agosto de 2016 contribui para fomentar a utilização estratégica da contratação pública para atingir objetivos sociais e ambientais?

As Diretivas Europeias sobre os contratos públicos, aprovadas em 2014, surgem sob o signo da Estratégia Europa 2020 ⁽⁷⁾ (de uma economia europeia mais verde, mais inovadora e mais inclusiva do ponto de vista social) e apostam na contratação pública como um instrumento de realização de políticas públicas ambientais, sociais e de fomento à inovação, no quadro da superação da(s) crise(s). Às finalidades e preocupações tradicionais da contratação pública foram-se somando novas preocupações e novas finalidades. A contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, nomeadamente de aquisição de bens, construção de obras públicas ou aquisição de serviços, pode e deve servir como instrumento de realização de outras e variadas políticas públicas, designadamente ambientais e sociais ⁽⁸⁾, o que obriga a repensar a moldura legal da contratação pública.

7 () *Estratégia Europa 2020* para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo [COM(2010) 2020].

8 () Sobre o aparecimento e evolução das considerações sociais e ambientais na contratação pública, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito*

Importa não esquecer que a interação entre as diversas dimensões da contratação pública coloca na atualidade novos e difíceis desafios, não se podendo ignorar os riscos de que a introdução de critérios verdes ou sociais na contratação pública redunde em riscos acrescidos de práticas discriminatórias ou fenómenos de corrupção.

Devem, assim, ser cuidadosamente revistas as disposições (arts. 74.º e 75.º) que, no Anteprojeto de agosto de 2016, introduzem (em termos que suscitam dúvidas à luz das Diretivas) o fator de adjudicação baseado no critério da proposta economicamente mais vantajosa, tomando em consideração a relação qualidade-preço e a análise custo-benefício, nomeadamente a metodologia dos custos do ciclo de vida, nos termos da qual as entidades contratantes deverão considerar os custos indiretos da aquisição, tais como os custos de utilização (consumo de energia), de manutenção e de fim de vida (custos de recolha e de reciclagem) e ainda os custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao produto, serviço ou obra (custo de emissão de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas).

11. O Anteprojeto de 2016 contribui para aperfeiçoar o regime substantivo dos contratos públicos?

Não.

As Diretivas de 2014 incidem não apenas sobre a fase da formação dos contratos públicos mas também sobre a fase da execução dos mes-

Europeu dos Contratos Públicos, cit., pp. 7-8, pp. 48-49, pp. 53 e segs., e, em especial, *Curso de Direito dos Contratos Públicos, cit.*, Lição n.º 9.



mos, ultrapassando-se definitivamente o “mito” da dicotomia que tradicionalmente existiria no Direito Europeu entre os regimes aplicáveis aos procedimentos de formação dos contratos públicos (regulados pelas Diretivas) e os regimes aplicáveis à execução dos mesmos contratos (re-metidos para os ordenamentos jurídicos nacionais).

Em conformidade com as Diretivas Europeias, seria indispensável estabelecer uma disciplina tendencialmente completa para os contratos públicos, ficando claro que aos contratos sujeitos à Parte II do Código, ainda que não configurem relações jurídicas contratuais administrativas, são aplicáveis aspetos do regime substantivo constante da Parte III. É o que sucede com as disposições relativas aos regimes de invalidez, de limites à modificação e de cessão da posição contratual e de subcontratação. Só a “extensão” destes regimes a tais contratos asseguraria a correta transposição das Diretivas, em especial quanto aos regimes de modificação dos contratos e de cessão da posição contratual e de subcontratação. Não é isso que acontece no Anteprojeto de agosto de 2016.

Os regimes da Parte III do CCP precisam inevitavelmente de ser repensados de forma inovadora, para garantir, também na execução dos contratos públicos, a promoção de uma contratação pública sustentável e responsável. Ao invés, são preocupantes do ponto de vista do interesse público os seguintes artigos do Anteprojeto de agosto de 2016: os artigos relativos à invalidez – em si mesmos e conjugados com outros artigos, por exemplo, o art. 43.º, n.º 9, no qual se prevê casos de nulidades supríveis (?) –, ou à modificação dos contratos e aos regimes de responsabilidade e de reequilíbrio financeiro (entre outros, arts. 312.º, 313.º, 370.º, 454.º) ou às causas de não adjudicação ou de não celebração do contrato, porque o legislador, ao invés de ter a coragem

de inovar verdadeiramente, afastando regimes inaceitáveis do CCP de 2008, limita-se a nele enxertar algumas novidades (algumas baseadas em sugestões da Comissão de Revisão a que presidi, mas que sofreram cortes e acréscimos que acabaram por subverter o seu sentido), criando um regime globalmente perturbador. Nota positiva merece a identificação de um conjunto de causas de invalidade geradoras de nulidade (art. 284.º, n.º 2), pese embora não se compreenda porque não consta desse elenco, por exemplo, o caso dos contratos celebrados com preterição do procedimento devido. Pena é também que não se aproveite para deslocar para o regime da ineficácia do contrato – em consonância com o Direito Europeu – o que tem vindo a ser tratado como causa de invalidade (por exemplo, os casos de inobservância do período de standstill ou de publicitação obrigatória no JOUE).

12. O Anteprojeto de agosto de 2016 esvazia de competências os tribunais administrativos em matéria de contratação pública?

Sim.

Basta ter presente a amplitude com a qual – aproveitando a porta aberta pela revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em 2015 – este Anteprojeto de revisão do CCP prevê o recurso à arbitragem no art. 476.º, para não restarem dúvidas quanto às (a meu ver muito preocupantes) implicações da eventual aprovação deste Anteprojeto para o âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contratação pública.

Especialmente preocupante é, como tenho repetidamente afirmado, a atribuição a árbitros nomeados pelas partes de poderes para apreciar a validade de atos administrativos pré-contratuais e para emitir juízos de



ponderação acerca da questão de saber se a invalidade de atos administrativos dos procedimentos adjudicatórios deve ou não, ainda assim, repercutir-se na validade dos contratos públicos celebrados ou se, apesar dessas ilegalidades procedimentais, tais contratos podem ser “salvos”.

[Voltar ao índice](#)

Alterações no âmbito de aplicação do Regime de Contratação Pública à luz do anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos¹

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ²

1. Nota prévia

1. Apesar de o legislador português já há mais de dois anos estar prevenido acerca da necessidade de encetar um processo de revisão

1 O presente texto corresponde ao essencial de uma intervenção proferida no *Debate público sobre o Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a chancela do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, em 14 e 15 de Setembro de 2016. A organização do *Debate* deveu-se às Senhoras Professoras Doutoradas Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins, a quem muito agradeço o convite para a participação no painel introdutório e a quem felicito pelo indiscutível sucesso em que essa iniciativa se traduziu, cumprindo o inescusável dever científico e académico que sobre a Faculdade de Direito de Lisboa impendia à luz do relevo do diploma legislativo agora em preparação. Uma vez que a intervenção em apreço se cingiu unicamente a alguns aspectos do âmbito de aplicação do regime de contratação pública à luz do Anteprojecto publicamente divulgado pelo Governo em Agosto de 2016, o presente texto aborda, de forma necessariamente breve, apenas esses aspectos. Todavia, para o desenvolvimento de uma crítica sistemática ao Anteprojecto, remete-se para os *Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos* (elaborados em co-autoria com João Amaral e Almeida), agora divulgados em formato electrónico e disponíveis em www.servulo.com. O texto aqui apresentado segue, bem de perto, os correspondentes parágrafos daqueles *Comentários*.

2 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, tendo em vista a obrigação de transposição das novas Directivas Europeias de Contratos Públicos aprovadas em 2014³, cujo prazo terminaria em Abril de 2016, compreende-se que, por vicissitudes político-constitucionais ocorridas entre o segundo semestre de 2015 e o primeiro semestre de 2016, Portugal tenha sentido dificuldades em manter recentemente qualquer iniciativa legislativa de maior fôlego jurídico-científico. Na verdade, a sucessão de três diferentes Governos Constitucionais acabou por implicar que o processo legislativo de Revisão do CCP fosse conduzido de forma *multifásica* – e reiteradamente interrompida ou paralisada –, incluindo a formação de dois sucessivos grupos de trabalho que, fruto dos condicionamentos temporais que lhes foram impostos, só puderam dispor de pouquíssimas semanas para apresentar aos respectivos Governos os seus projectos legislativos, e continuando com a apresentação de múltiplos contributos políticos e sectoriais que interferiam com aqueles projectos iniciais e que largamente os modificavam de forma muito pouco coerente e uniforme.

Não surpreende, por isso, que tal atribulado percurso legiferante não pudesse dar origem a um projecto uniforme e dotado de uma unidade de sentido.

Assim, sem que tal deficiência possa ser imputada a qualquer dos participantes no processo legislativo – antes derivando, pelo exposto, das circunstâncias objectivas que afectaram os trabalhos –, a verdade é que o *melting pot* normativo que constitui o articulado final do Anteprojecto, respondendo a visões radicalmente diferentes sobre

3 Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro.

o que deve ser o Direito dos Contratos Públicos e sobre como devem ser conduzidos os procedimentos de contratação pública, justifica que muitas das parcelas desse articulado sejam afectadas por uma falta de coerência intrínseca e por uma falta de articulação das soluções ali sugeridas.

Essa heterogeneidade e assimetria do articulado é também observada na delimitação do âmbito de aplicação do regime de contratação pública, sobre o qual versam as presentes linhas.

2. Observa-se, com efeito, que, por um lado, quanto à *delimitação positiva* do âmbito de aplicação – o universo de *contratos abrangidos* –, o Anteprojecto toma a opção de respeitar o essencial das soluções originais de 2008, rejeitando as sugestões que vinham sufragando uma modificação radical destinada, no essencial, a estabelecer uma tendencial coincidência entre os âmbitos de aplicação da Parte II e da Parte III do CCP. Todavia, apesar de se inclinar aqui por uma opção de continuidade – que se crê ser de aplaudir –, o Anteprojecto não deixa de introduzir esclarecimentos pontuais que, à imagem do restante articulado, apontam em sentidos consideravelmente opostos: se alguns deles podem ser aplaudidos por conterem indicações úteis para o trabalho do intérprete, outros revelam soluções verdadeiramente infelizes que demonstram a mencionada turbulência do processo legislativo e que denotam uma evidente precipitação na redacção do articulado.

Por outro lado, quanto à *delimitação negativa* do âmbito de aplicação – o universo de *contratos excluídos* –, o Anteprojecto aposta numa reconfiguração bem mais radical das soluções de 2008. Fá-lo, todavia, com opções equivocadas que, procurando adoptar uma *solução*



salomónica destinada a conciliar as posturas radicalmente antagónicas das diferentes sensibilidades que participaram no processo legislativo, descamba numa regulação jurídica inoportável que inclui algumas das disposições mais censuráveis que o Direito Português dos Contratos Públicos alguma vez conheceu.

2. Alterações na delimitação positiva do âmbito de aplicação: contratação abrangida

3. No tocante ao primeiro plano, tendente à delimitação do leque de contratos cuja formação se encontra sujeita ao regime de contratação pública, os esclarecimentos meramente pontuais contidos no Anteprojecto variam, como se explicou, entre aqueles que podem ser qualificados como muito positivos e aqueles que, pelo contrário, se revelam muito negativos para o trabalho do intérprete.

Dois exemplos fundamentais podem ser apresentados neste plano.

4. De um lado, sob uma perspectiva positiva, é seguramente de aplaudir que o Anteprojecto tenha procedido à integração das “**entidades administrativas independentes**” na lista de entidades adjudicantes previstas no n.º 1 do artigo 2.º, sujeitando-as a um regime procedimental mais exigente e distinto do regime próprio dos “organismos de direito público” (cfr. alínea *e*) do n.º 1 do artigo 2.º). Assim se põe termo à situação de insegurança jurídica que afectava, em geral, as pessoas colectivas públicas qualificadas pela lei como “institutos públicos de regime especial”, cujo regime de contratação ficava até agora dependente de normas individuais que não primavam pela sua certeza e precisão.

Duvida-se, contudo, da utilidade – e até do rigor jurídico – derivada do aditamento de uma alínea *f)* ao mesmo n.º 1, referindo-se autonomamente ao “Banco de Portugal”. Parecendo claro que a natureza jurídica de tipo institucional que lhe é reconhecida pelo artigo 1.º da sua Lei Orgânica⁴, somada ao respectivo estatuto de independência emergente das exigências jurídico-europeias, dificilmente deixaria de assegurar a sua integração nas “entidades administrativas independentes” a que já se refere a alínea *e)*⁵, é problemática a justificação desta autonomização.

5. Ao invés, revela-se já muito criticável que, na **subalínea *i)* da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 2.º**, o Anteprojecto venha incorporar um esclarecimento equivocado para identificação dos “*organismos de direito público*”, concretizando em que casos se deve entender que a “actividade económica” de uma dada pessoa colectiva “se não submet[e] à lógica concorrencial de mercado”. Essa concretização é materializada através do segmento final: “[...] *designadamente por não terem fins lucrativos ou por não assumirem os prejuízos resultantes da sua actividade*”.

Ora, tal esclarecimento, embora bem-intencionado – querendo ajudar os intérpretes a identificar quais são as pessoas colectivas

4 Aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro, na redacção em vigor.

5 Sublinhe-se que, no n.º 4 do artigo 3.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que aprovou a Lei Quadro das Entidades Reguladoras (repetindo-se o mesmo teor no n.º 3 do artigo 2.º da própria Lei Quadro), se adverte a sua inaplicabilidade ao Banco de Portugal e à Entidade Reguladora para a Comunidade Social, o que se justifica tendo presente a reforçada independência que estas últimas apresentam quando comparadas com as entidades com funções de regulação económica abrangidas pela Lei Quadro. Essa advertência não só não prejudica como inclusivamente reforça a convicção de que, para o legislador português, o Banco de Portugal assume a natureza de entidade administrativa independente.



suscetíveis de identificação como entidades adjudicantes – revela um preocupante desconhecimento da evolução dos trabalhos legislativos europeus que concluíram na aprovação das Directivas de 2014. Com efeito, nos textos iniciais que foram cogitados pela Comissão tendo em vista a Revisão das Directivas⁶, colocou-se a hipótese – que ainda é objecto de uma referência no texto preambular da Directiva 2014/24/UE (cfr. Considerando 10) – de densificar os elementos normativos disponíveis para o intérprete, no sentido de “integrar um certo número de precisões, conferidas pela referida jurisprudência” do Tribunal de Justiça. Nos termos do mesmo Considerando, essas precisões poderiam permitir “esclarecer que um organismo que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua actividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas como tendo carácter industrial ou comercial”.

Todavia, ainda que esse segmento do texto preambular da Directiva não fosse alterado, o decurso dos trabalhos legislativos conduziu à **supressão desse aditamento** no articulado, pressupondo que os efeitos negativos que dele adviriam seriam consideravelmente superiores a qualquer benefício obtido pelo ordenamento europeu⁷.

Com efeito, deve ter-se em mente que esse aditamento procedeu a uma *mescla* de elementos e de indícios de diferente natureza, os quais

6 Cfr., com essa sugestão, a alínea *a*) do § 6.º do artigo 2.º do texto inicial da proposta apresentada pela Comissão em 20 de Dezembro de 2011 (COM (2011) 896 final).

7 Cfr., no texto final, a alínea *a*) do § 4.º do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 2014/24/UE.

nunca poderiam ser considerados pelo intérprete nestes termos. É que, mais do que um critério abstracto ou matemático de delimitação da fronteira entre entidades adjudicantes ou não adjudicantes, o Tribunal, quando pretendeu identificar os “organismos de direito público”, recorreu sempre, já desde o longínquo Acórdão *Mannesmann* (de 16-09-1997 – Processo C-44/96), a um *método indiciário* composto por qualquer tipo de circunstâncias quantitativas e qualitativas atinentes ao caso concreto que demonstrem a natureza concorrencial ou não concorrencial da actividade prosseguida.

Ora, entre os *dois elementos* referidos no aditamento agora proposto, observa-se que, por um lado, a ideia-chave segundo a qual um empresário que esteja sujeito a uma verdadeira lógica concorrencial se caracteriza por “*assumir os prejuízos resultantes do exercício da sua actividade*”, mais do que *um* indício (entre vários outros) acerca da natureza da pessoa colectiva em causa, corresponde antes ao verdadeiro **denominador comum** que interliga todo esse *feixe de indícios*: a adopção de critérios de eficiência e de pura racionalidade económica na respectiva gestão e a assunção do risco económico-financeiro resultante das suas decisões é que representa o resultado final da avaliação dos vários indícios disponíveis ao juiz⁸.

Em contraste, a presença ou ausência de “fins lucrativos” é *apenas um dos indícios* objecto de avaliação jurisprudencial – que está longe de ser decisivo – e que pode ser apreciado em conjunto com qualquer outra circunstância casuística para a formação da convicção do juiz.

8 Para compreensão deste método de avaliação de um feixe de indícios casuísticos adoptado pelo juiz europeu, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 77 e segs., *maxime* p. 81.



Numa palavra: o aditamento proposto *mesclaria i)* um dos indícios de qualificação de uma pessoa colectiva como entidade adjudicante *ii)* com o denominador comum que reúne o feixe mais amplo de indícios onde o primeiro se inclui.

Nesse sentido, a equiparação da importância do “fim lucrativo” de cada pessoa colectiva e da “assunção de prejuízos” representaria uma ofensa da própria linha jurisprudencial do Tribunal de Justiça, que, aliás, já prolatara arestos onde havia desconsiderado os indícios que alegadamente resultariam do escopo lucrativo ou não lucrativo de uma dada pessoa colectiva⁹.

Com boas razões, portanto, o legislador europeu suprimiu a proposta de aditamento ao que viria a ser o § 4.º do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 2014/24/UE, visto que, sob pretexto de plasmar no texto legal o sentido jurisprudencial adoptado pelo Tribunal de Justiça, essa redacção – tendo em vista o *carácter indiciário e casuístico* do labor jurisprudencial, *que nunca poderia ser reduzido a uma fórmula legislativa fechada* – verdadeiramente trairia essa jurisprudência.

6. Pelos vistos, o Anteprojecto em apreço atentou unicamente no texto preambular da Directiva 2014/24/UE, sem se dar conta da evolução do próprio articulado e, sobretudo, sem discernir que a supressão em causa foi justificada para evitar uma violentação da jurisprudência europeia. Tal seria o inadmissível efeito da aprovação da alteração agora sugerida.

9 Cfr. Acórdão de 12-05-2001 (Processos apensos C-223/99 e C-260/99 – *Agora*), onde se verificou que, “embora a entidade em questão não tenha fins lucrativos, funciona, tal como resulta do artigo 1.º dos seus estatutos, de acordo com critérios de rendimento, eficiência e rentabilidade. Como não se previu qualquer mecanismo para compensar as eventuais perdas financeiras, é ela própria que suporta o risco económico das suas actividades”.

Pelo exposto, julga-se ser necessário **reverter a redacção da subalínea i) da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP para a redacção da versão atualmente em vigor.**

3. Alterações na delimitação negativa do âmbito de aplicação: contratação excluída¹⁰

3.1 Antecedentes do problema: a criação de uma situação inicial de ambiguidade derivada da aprovação de normas para-legislativas substitutivas da decisão do legislador europeu

7. Como primeiro se disse, é no tocante ao regime da contratação excluída que o Anteprojecto mais inova, introduzindo soluções que chocam com a tradição legislativa portuguesa e com algumas das mais preciosas lições que esta vinha ensinando nas últimas décadas.

Na verdade, a solução mais problemática do Anteprojecto em apreço – com um alcance dramático para a *segurança jurídica* no Direito dos Contratos Públicos e para a própria configuração do sistema português de *separação de poderes* – resulta de uma opção que jamais havia sido assumida nestes termos pelo legislador português e que consiste na criação de um *regime atípico*, fluído e inseguro para certos contratos abrangidos pela “*contratação excluída*”. Tal proposta

10 Como é sabido, uma das alterações mais relevantes na configuração do conjunto de contratos afastados do âmbito de aplicação do regime de contratação pública consiste na transposição do regime europeu de formação de “**contratos no âmbito do sector público**” – *maxime* no tocante à contratação *in house*, embora não se esgotando nela –, presente no novo artigo 5.º-A do Anteprojecto. Compreender-se-á, todavia, que, fruto da dimensão e complexidade dessa matéria, ela só poderia ser abordada no contexto de um tratamento autónomo que não pode ter aqui lugar.



de disciplina legislativa resulta – não se duvida – de uma preocupação bem-intencionada com a salvaguarda de princípios gerais que orientam a actividade contratual das entidades adjudicantes; mas o modo como é concretizada redundava em resultados que seguramente não terão sido previstos pelos seus defensores. Tal proposta é, aliás, inspirada numa mera *fase anterior* do percurso interpretativo que as instituições europeias vieram desenvolvendo para densificar o conteúdo dos princípios de contratação pública, a qual, contudo, já pertence ao *passado*, tendo sido *abandonada* por aquelas instituições justamente em atenção aos perigos entretanto verificados.

É bem sabido que, há já uma década, ainda antes da aprovação do Código português de 2008, a Comissão Europeia se posicionou na dianteira de um movimento interpretativo à escala europeia que sufragou a tese de que também os contratos não expressamente sujeitos às Directivas Europeias de Contratação Pública deveriam, pelo menos, manter a sujeição a *princípios gerais* do Direito da União Europeia que implicariam um regime de *concorrência intermédia* ou mitigada. É claro que ninguém discutiria a ideia de que as liberdades comunitárias fundamentais que inerem ao mercado interno apresentam uma vocação transversal que deve abranger qualquer âmbito do Direito da União Europeia; a dúvida colocava-se, porém, obviamente, em saber em que consistiria *concretamente* essa aplicabilidade dos princípios gerais do mercado interno nos casos em que o próprio legislador europeu julgara adequado dispensar alguns contratos da sujeição aos procedimentos rígidos previstos nas Directivas.

Essa dúvida acentuou-se quando, na célebre “*Comunicação Interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas*”

comunitárias relativas aos contratos públicos”, de 23 de junho de 2006¹¹, a Comissão, invocando os princípios gerais decorrentes da jurisprudência fixada nos Acórdãos *Telaustria* (de 07-12-2000 – Processo C-324/98, n.º 62), *Coname* (de 21-07-2005 – Processo C-231/03, n.ºs 16 a 19) e *Parking Brixen* (de 13-10-2005 – Processo C-458/03, n.º 49), sugeriu que esses princípios só poderiam ser adequadamente satisfeitos “*pela publicação, antes da adjudicação do contrato, de um anúncio suficientemente acessível*”, o qual, sublinhe-se, teria especificamente de “*ser publicado pela entidade adjudicante no intuito de abrir a adjudicação do contrato à concorrência*” (cfr. ponto 2.1.1.).

Era patente a dificuldade criada por este sugerido *regime intermédio de concorrência*: a **fronteira** que marca a separação entre contratos *submetidos ou excluídos* de procedimentos concorrenciais é traçada pela exacta circunstância de a entidade adjudicante ser ou não forçada a **publicar um anúncio da sua intenção de contratar** e ser ou não forçada a **aceitar e a comparar ofertas do mercado que respondem a esse anúncio**. Independentemente da maior rigidez ou da maior flexibilidade dos procedimentos que adopte para esse efeito, é essa obrigação que marca a natureza concorrenciais ou não concorrenciais do procedimento pré-contratual.

Por isso, em rigor, aquele regime intermédio de concorrência verdadeiramente *não o era*: tratava-se, simplesmente, de um regime assente em *procedimentos concorrenciais distintos* daqueles expressamente previstos nas Directivas, mas *não menos concorrenciais* (abertos à generalidade dos operadores de mercado) do que estes últimos. Em consequência, naquilo que concerne à *decisão fundamental*

11 JO 2006, C 179, p.2



que o legislador pode tomar no contexto do regime de contratação pública – a decisão de delimitação dos contratos sujeitos a procedimentos concorrenciais –, tal interpretação, a ser aceite, implicaria a anulação da vontade legislativa.

Não pode surpreender que um amplo conjunto de Estados-Membros (liderados pela Alemanha), discernindo o verdadeiro alcance desta *tese para-legislativa* formulada pela Comissão, tivesse impugnado aquela Comunicação Interpretativa. Todavia, o Tribunal Geral, através do Acórdão de 28-05-2010 (Processo T-258/06), recusou dar provimento ao recurso, apoiando-se essencialmente em argumentos formais (a natureza não vinculativa daquela Comunicação), mas não deixando de sufragar uma parte importante do argumentário da Comissão quanto à possibilidade de densificação das obrigações procedimentais das entidades adjudicantes, com base em princípios gerais decorrentes dos Tratados, mesmo no tocante à formação de contratos que o legislador optou por excluir do âmbito de aplicação das regras de contratação pública (*v.g.*, n.ºs 110 e seguintes do Acórdão).

Ora, parecia subjacente, tanto a partir da leitura da Comunicação da Comissão quanto do Acórdão do Tribunal Geral, que os respectivos Autores se mostravam particularmente impressionados com o perigo de a concorrência ser afastada na formação de contratos de vultuosíssimo valor económico, dotados de interesse transfronteiriço certo. Aliás, bastaria apenas recordar que o essencial da jurisprudência que a Comissão citara na sua Comunicação – os referidos Acórdãos *Telaustria*, *Coname* ou *Parking Brixen* – havia sido prolatada no contexto das matérias das concessões ou da contratação *in house*, relativamente às quais ninguém duvidaria do respectivo carácter problemático para o Direito da Contratação Pública. Sucedia, contudo, que ao abordarem

transversalmente quaisquer contratos não submetidos às Directivas de Contratação Pública, a Comissão e o Tribunal estavam, na prática, a inculcar a ideia de que a obrigação de concorrência intermédia (publicitação de anúncio aberto ao mercado) valeria quase indistintamente para qualquer contrato (no limite, mesmo para contratos de valor reduzido!), sugerindo que os Tribunais nacionais ficariam incumbidos de obrigar as entidades adjudicantes dos respectivos Estados-Membros a adoptar procedimentos concorrenciais em praticamente todos os casos que o legislador europeu integrara no âmbito da contratação excluída. Numa palavra: a Comissão e o Tribunal, com uma manifesta falta de cautela, pareceram anular a vontade legislativa de delimitação do âmbito de aplicação do regime de contratação pública.

8. Como seria de esperar, o Tribunal de Justiça não poderia manter este entendimento equívoco – entendimento que, supõe-se, só poderia ser explicado pela falta de ponderação das consequências últimas que resultariam dessa anterior jurisprudência. É certo que, mesmo antes daquele Acórdão de 2010, o Tribunal já havia dado o primeiro sinal de qual poderia ser o sentido de uma ponderação mais razoável: por exemplo, no Acórdão *Serrantoni* (de 23-12-2009 – Processo C-376/08)¹², o Tribunal já fixara um primeiro critério delimitativo para a aplicação daquela jurisprudência, em cujos termos somente quando comprovada a existência de um “*interesse transfronteiriço certo*” é que o juiz encontraria um ponto de apoio para impor à entidade adjudicante a aplicação de procedimentos concorrenciais com base nos princípios gerais do Tratado.

¹² Repescando um entendimento que havia já estado presente no Acórdão *Comissão v. Irlanda* (de 13-11-2007 – Processo C-507/03).



Mas a reversão do anterior entendimento jurisprudencial ocorreu, sobretudo, no Acórdão *Strong v. Município de Sintra* (de 17-03-2011 – Processo C-95/10), quando o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a questão colocada por uma empresa participante num procedimento adoptado em Portugal, que, inspirando-se na jurisprudência anterior, alegava que as entidades adjudicantes, *mesmo na formação de contratos excluídos do âmbito de aplicação das Directivas* (previstos no seu Anexo II-B), deveriam ficar sujeitas às obrigações “*substantivas*” inerentes aos procedimentos concorrenciais previstos nas mesmas Directivas, de modo a assegurar os princípios gerais dos Tratados, ainda que, quando muito, pudessem ser dispensadas das suas obrigações “*processuais*”. Numa palavra: no tocante ao essencial das obrigações que permitem a abertura à concorrência, a requerente pretendia a *anulação da vontade legislativa que compartimentara contratos submetidos e contratos excluídos* dos procedimentos concorrenciais (através da divisão entre os Anexos II-A e II-B), submetendo todos os contratos ao mesmo regime concorrencial substantivo. No contexto da ideia de *concorrência intermédia* que fora sufragada pela Comissão (e pelo próprio Tribunal), aquela compartimentação só poderia ser operativa para regras de carácter processual.

Desta vez, discernindo bem as consequências materialmente legislativas (destruição-reconstrução da vontade legislativa) decorrentes dessa tese pela qual antes se inclinara, o Tribunal de Justiça ofereceu uma resposta clara: além de recordar que “*não existe nenhum indício na letra, no espírito ou na sistemática das disposições da Directiva*” que permita uma distinção entre “*regras substantivas*” e “*regras processuais*” – tornando inaceitável a “*incerteza jurídica*” que decorreria dessa hipótese de um regime de concorrência intermédia –, havia que

concluir, sobretudo, que o juiz e o intérprete não se poderiam considerar autorizados a uma *“abordagem tão extensiva da aplicabilidade do princípio da igualdade de tratamento”*: se assim não fosse, violentando a vontade legislativa que pretendeu compartimentar contratos sujeitos ou excluídos das Directivas de Contratação Pública, *“correr-se-ia o risco de privar de efeito útil a distinção entre os serviços do anexo II A e do anexo II B”* (cfr. n.ºs 31 e 42).

Mais importante ainda seria notar – num ponto que é crucial para o trabalho do legislador português – que esta compartimentação não se limitaria sequer a ser justificada por uma divisão formal inerente ao princípio da separação de poderes – a qual, obviamente, em qualquer caso, já colocaria uma barreira suficiente à criatividade judicial. Sucede que tal alegação claudicava inclusivamente em compreender os (muito razoáveis) motivos substantivos que convenceram o legislador a tal compartimentação. *Por um lado*, o legislador entendeu que os contratos em apreço *“não têm, a priori, tendo em conta a sua natureza específica, um interesse transfronteiriço suscetível de justificar que a sua adjudicação se faça na sequência de um processo de concurso que vise permitir a empresas de outros Estados Membros tomarem conhecimento do anúncio de concurso e apresentarem propostas”*. Neste âmbito, a invocação dos princípios gerais da transparência e da igualdade de tratamento decorrentes dos artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE só poderia ocorrer se o juiz provasse que tais contratos criam um *“interesse transfronteiriço certo”* (cfr. n.º 35).

Por outro lado, sublinhe-se, ainda que tal *“interesse transfronteiriço certo”* estivesse demonstrado num dado caso, aquela tese esqueceria que *“pelo menos alguns desses serviços têm características particulares que justificam que a entidade adjudicante considere, de modo*



personalizado e específico, as propostas individuais dos candidatos. É o caso, por exemplo, dos «serviços jurídicos», dos «serviços de colocação e de fornecimento de pessoal», dos «serviços de educação e formação profissional» ou dos «serviços de investigação e de segurança» (cfr. n.º 43).

Foi esta fundamentação substantiva que conduziu o legislador europeu a determinar – sem que com isso violasse qualquer princípio geral dos Tratados – o afastamento das obrigações concorrenciais *i)* em determinados contratos cujo “interesse transfronteiriço certo” não esteja demonstrado e *ii)* em contratos que, embora suscitando tal “interesse transfronteiriço certo”, assumem, em qualquer caso, uma natureza *intuitu personae* que obriga a entidade adjudicante a uma *escolha directa e pessoal do seu prestador*.

3.2 O regime europeu vigente a transpor pelo CCP: a aprovação de regras precisas de contratação excluída para combate à insegurança jurídica derivada de normas jurisprudenciais para-legislativas

9. Só com a percepção desta linha evolutiva jurisprudencial pode ser entendido o verdadeiro objectivo do legislador europeu ao aprovar o novo regime da contratação presente na Directiva 2014/24/UE. A teleologia desse regime só pode ser apreendida por quem tenha em mente que ela não corresponde a nada mais do que a uma *rigorosa concretização da jurisprudência do Tribunal de Justiça no texto legal*.

A estratégia legislativa pretendeu, com efeito, dar resposta aos *dois problemas específicos* suscitados pela jurisprudência: *i)* o reconhecimento de que, em certos casos, a **natureza fiduciária** do contrato *obriga sempre, independentemente do valor do contrato e do*

alegado interesse transfronteiriço que se pudesse suscitar, a autorizar a adjudicação directa e pessoal de uma proposta, à margem de qualquer concorrência de mercado; e ii) o reconhecimento de que, noutros casos, embora essa natureza fiduciária não esteja tão presente, a relação personalizada entre prestador e beneficiário do serviço ainda é suficientemente forte para justificar a dispensa da concorrência sempre que possível, isto é, sempre que o “interesse transfronteiriço” não seja tão “certo” que torne intolerável uma adjudicação directa e pessoal, nomeadamente em razão do valor do contrato envolvido.

Dito de outro modo: no primeiro caso, devido à sua *natureza pessoalíssima*, os contratos em apreço deveriam estar *sempre* excluídos da concorrência, independentemente do respectivo valor; no segundo caso, devido à sua natureza pessoal mitigada, os contratos em apreço só deveriam ser sujeitos à concorrência quando o seu valor fosse tão elevado que impusesse a sua abertura ao mercado internacional.

O legislador europeu discerniu que precisaria de concretizar esta *dupla medida de dispensa da concorrência* em regras certas, claras e *matematicamente delimitáveis*, porque, de outro modo, não fecharia a porta ao fenómeno de activismo judicial surgido em alguns Estados-Membros onde as respectivas autoridades judiciais não resistiram à tentação de, na trilha da Comissão em 2006, adoptar *regras pretorianas, materialmente legislativas, substitutivas da vontade do legislador democrático*.

Foi por isso que, *de um lado*, o legislador europeu fixou, nas alíneas *c) e d)* do artigo 10.º da Directiva 2014/24/UE, o leque de contratos dotados de **natureza pessoalíssima que dispensam sempre, independentemente do respectivo valor, a adopção de um procedimento concorrencial**: entre eles se encontram os serviços de arbitragem e conciliação e os serviços



jurídicos de patrocínio judiciário ou de assessoria e aconselhamento que sejam directamente conexos com estes. Neste primeiro plano, é sabido que a confiança pessoal que é exigida para a representação de um cliente perante um Tribunal ou numa arbitragem é simplesmente *incompatível com qualquer tipo de concorrência, mesmo restrita* (v.g., fixação de número mínimo de entidades a convidar num procedimento sem anúncio). E isto pela simples razão de que não é sequer concebível forçar um sujeito jurídico (seja público ou privado) a aceitar ser patrocinado em Tribunal por um advogado que não seja livre e directamente escolhido por si – sob pena de o próprio advogado que é escolhido de modo forçado pelo seu cliente ser estatutariamente obrigado a *renunciar ao patrocínio* (cfr., no caso português, artigo 97.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados).

E foi por isso que, *de outro lado*, o legislador europeu estabeleceu um *limiar quantitativo certo* para o segundo conjunto de contratos que, tendo uma **natureza pessoal mitigada**, *aconselham* a dispensa de concorrência mas não são incompatíveis com a sua abertura ao mercado no caso de contratos dotados de um valor suficientemente elevado para despertar um *“interesse transfronteiriço certo”*: o limiar de *750.000 euros*, previsto na alínea *d*) do artigo 4.º da Directiva 2014/24/UE, é aplicável aos contratos enumerados no Anexo XIV, que incluem as áreas da educação, da saúde e da segurança social e os serviços jurídicos que não estejam já excluídos da contratação pública em razão da sua conexão com o patrocínio judiciário. Graças a esse *limiar certo*, a tarefa do aplicador e do juiz fica simplificada: para este segundo conjunto de contratos, qualquer valor acima daquele limiar é considerado (através de uma presunção inilidível) susceptível de atrair um interesse concorrencial transfronteiriço, impedindo a dispensa de concorrência; abaixo desse valor, a natureza pessoal do contrato sobrepõe-se a qualquer interesse concorrencial que, por isso, se torna *juridicamente irrelevante*.

O legislador teve mesmo a cautela de não omitir os motivos que justificaram essa dupla medida de exclusão da aplicação do regime de contratação pública, recordando a fundamentação jurisprudencial que conduziu a este regime: estão em causa “os chamados «serviços à pessoa»” que só justificam a adopção de exigências de publicidade e concorrência quando assumam uma “dimensão transfronteiras”; abaixo do limite quantitativo que o legislador superiormente escolheu, o aplicador ou juiz não pode acenar com a necessidade de aplicação de princípios gerais dos Tratados porque “os serviços à pessoa de valor inferior a este limiar não terão, em condições normais, interesse para os prestadores de serviços de outros Estados-Membros”. E só não será assim se o aplicador ou juiz puder apresentar “indicações concretas em contrário, nomeadamente um financiamento da União para projectos transfronteiriços” (cfr. Considerando 114).

Graças a esta *decisão legislativa*, os Tribunais ficaram pois correctamente balizados no seu exercício de protecção dos princípios gerais dos Tratados; as fronteiras quantitativas apresentam uma precisão suficiente para impedir a manutenção da “*incerteza jurídica*” que o Tribunal de Justiça vedou para evitar que as regras de contratação excluída mantenham a fluidez e a ambiguidade que tornassem possível aos Tribunais substituir as normas legislativas pelas suas próprias normas pretorianas, sob o pretexto de “aplicação dos Tratados”.

3.3 Os problemas do Anteprojecto

10. É justamente por isso que é obrigatório concluir que o Anteprojecto fracassa em ambas as incumbências inerentes à transposição das soluções legislativas europeias: por um lado, não



consegue proteger a especificidade dos contratos pessoalíssimos, não assegurando meios procedimentais suficientes para que a entidade adjudicante proceda a uma escolha directa e pessoal daquele prestador relativamente ao qual precise – até por decorrência de normas legais e estatutárias – de manter uma plena confiança subjectiva nas suas qualidades pessoais. Por outro lado, no tocante aos contratos dotados de uma personalização mitigada, relativamente aos quais se admite (e impõe) a fixação de uma fronteira certa que afaste a incerteza jurídica, o Anteprojecto cria critérios ambíguos que, mais do que não impedirem, *convidam* mesmo os aplicadores e os juízes a formularem as suas próprias normas para-legislativas, que recriam uma fronteira alternativa para distinguir os contratos sujeitos ou subtraídos a procedimentos concorrenciais, inviabilizando a possibilidade de qualquer entidade adjudicante ter um mínimo de segurança quanto às decisões que tome no âmbito da contratação excluída.

Sublinhe-se: neste último plano, a solução apresentada pelo Anteprojecto não pode sequer ser justificada como derivando de uma (*pretensa*) preocupação com a «*protecção da concorrência*»: se esse fosse o caso, o legislador determinaria, tão-só, que uma ou mais categorias de contratos ficariam imperativa e inequivocamente sujeitas à adopção de procedimentos concorrenciais. Bem pelo contrário, se o legislador sugere que um dado universo de contratos fica, à partida, dispensado da sujeição ao mercado concorrencial, mas acrescentando que cada contrato se submeterá afinal a um procedimento competitivo *apenas se e na medida em que o juiz ou o intérprete (a começar pela própria entidade adjudicante a quem alegadamente se pretendia «vincular» à «concorrência»!*) *acharem que tal se “adequa” às “características” do contrato (!)* – cfr. artigo 6.º do Anteprojecto –, a intenção legislativa não pode verdadeiramente residir na genuína promoção da concorrência,

mas, tão-só, na *demissão* do legislador da sua responsabilidade de regulação da ordem jurídica e na transferência dessa responsabilidade para um juiz criador de normas para-legislativas.

11. Com efeito, num primeiro plano, o Anteprojecto insere um **novo n.º 2 no artigo 6.º** – o qual passaria a conter a norma mais perturbadora para o princípio da separação de poderes e para o princípio da prossecução do interesse público de que há memória na História do Direito Português dos Contratos Públicos –, fixando um **regime concorrencial intermédio** para a formação de alguns dos contratos que o legislador europeu determinou estarem subtraídos ao regime europeu de contratação pública (contratos enumerados no Anexo XIV da Directiva 2014/24/UE). Exige-se, nesse contexto, o respeito pelos “princípios gerais da contratação pública” e, bem assim, a “publicitação da intenção de contratar” para a “igualdade entre todos os participantes” no procedimento. *Porém*, essa publicitação fica dependente de um juízo respeitante à “*adequação*” de tais obrigações concorrenciais à luz das “*características, dimensão do contrato e potenciais interessados*” (cfr. ainda o n.º 2 do artigo 6.º do Anteprojecto)

Ora, sabe-se que a aplicação dos “princípios gerais da contratação pública” é jurisprudencialmente entendida, antes do mais, como equivalendo ao respeito pelo “princípio da concorrência”, forçando à adopção de algum tipo de procedimento concorrencial aberto através da publicitação de um anúncio que permita o acesso ao procedimento da generalidade dos interessados em contratar. Esse regime intermédio implica, portanto, a sujeição ao mesmo obstáculo prático que afectou a Comunicação da Comissão de 2006 e, por referência a esta, a anterior jurisprudência europeia: visto que a adopção ou não adopção de



procedimentos concorrenciais abertos com a publicação de anúncio marca a verdadeira fronteira entre a aplicação ou a desaplicação dos procedimentos de contratação pública, o intérprete descobre que o regime da contratação excluída verdadeiramente *não o é*, visto que assenta em *procedimentos concorrenciais não tipificados na lei*, mas *não menos concorrenciais* (nem menos abertos à generalidade dos operadores de mercado) do que estes últimos – os quais, todavia, **só serão aplicáveis se a própria entidade adjudicante, primeiro, e o juiz, depois, o considerarem “adequado” à luz da apreciação casuística que realizarão.**

Numa palavra: o “regime da contratação excluída” a que (equivocamente) se refere a epígrafe do artigo 6.º constitui uma *ficção jurídica*, visto que tal contratação *pode ou não* ficar excluída do essencial das obrigações concorrenciais inerentes ao Direito da Contratação Pública consoante a determinação casuística dos destinatários da lei que se *demitiu* das suas responsabilidades normativas.

12. Insista-se: não se diga que a flexibilidade deste regime intermédio é apoiada pela histórica referência da jurisprudência do Tribunal de Justiça ao conteúdo normativo dos “princípios gerais da contratação pública”, os quais justificariam a bondade daquela avaliação casuística da “adequação” dessas obrigações concorrenciais “às características, dimensão do contrato e potenciais interessados”. É que, reiterar-se, foi justamente o carácter *perigoso* de uma tal norma aberta que induziu o legislador europeu a reformular aquela estratégia casuística e a fixar uma *fronteira quantitativa fixa*, que excluísse qualquer margem de avaliação jurisprudencial susceptível de criar novas normas paralegislativas destinadas a definir quando existe ou não obrigação de publicação de anúncio.

Ora, é bom de ver que o legislador nacional pode sempre ir *além* dos patamares mínimos de promoção da concorrência impostos pelo ordenamento europeu. Isso mesmo sucedeu, por exemplo, com parte dos serviços excluídos pelo Anexo II-B da Directiva 2004/18/CE – desde logo, os serviços jurídicos –, os quais, desde a versão de 2008, o legislador do CCP tomou a iniciativa em submeter à Parte II do Código (omitindo-os do elenco previsto no n.º 4 do artigo 5.º), assim recusando a autorização que o legislador europeu lhe oferecia para ir mais além na flexibilização das obrigações procedimentais nesse sector de mercado.

Por isso, de igual modo, poderia agora o legislador nacional escolher o seu próprio limiar quantitativo (como faz também para os limiares do ajuste directo), sem precisar de replicar o limiar (indiscutivelmente elevado!) de 750.000 euros escolhido na alínea *d*) do artigo 4.º da Directiva 2014/24/UE. Mas crucial é a *determinação vinculativa antecipada*, pelo legislador, de um limiar abaixo do qual a entidade adjudicante esteja *certa* de que – graças à precisão dessa norma legislativa – não será posteriormente censurada por um *juiz-legislador* que se aproveite da ambiguidade legal para *recriar* a sua própria fronteira de aplicação do regime de contratação pública.

Este perigo, que o legislador europeu temeu ao optar por fixar aquela fronteira quantitativa, é bem real no caso português e não constitui o produto de qualquer exagero: alguns sectores jurisprudenciais invocam abertamente os “princípios gerais da contratação pública” para formar um *Direito dos Contratos Públicos paralelo*, de origem pretoriana, que substitui o Direito legislado pela sua própria opinião subjectiva. Para esse efeito, recorre-se à *invocação selectiva* da jurisprudência do Tribunal de Justiça, produzindo um curioso fenómeno pelo qual, mesmo nos anos mais recentes, inclusivamente após o abandono da posição dubitativa inicial do juiz europeu através do Acórdão *Strong*, se acena unicamente



com o entendimento jurisprudencial mais antigo e estranhamente se omite a jurisprudência posterior que vincou a necessidade de respeito pela vontade legislativa¹³.

Obviamente, a insegurança jurídica daqui resultante incrementar-se-ia até um patamar in comportável para o trabalho das entidades adjudicantes se o próprio legislador tomasse a iniciativa de incorporar num texto legislativo a porta de entrada para essa criação pretoriana. Tratar-se-ia, na prática, de uma devolução do legislador para o juiz quanto ao exercício da tarefa de delimitação das fronteiras do regime de contratação pública.

13. Num outro plano, é a mesma intolerável insegurança jurídica que leva ainda o referido n.º 2 do artigo 6.º do Anteprojecto a estender a obrigação de publicitação e de aplicação dos “princípios gerais da contratação pública” aos serviços referidos nas **alíneas c) e g) do n.º 4 do artigo 5.º**, que respeitam, respectivamente, à atribuição de subsídios ou subvenções e à formação de contratos destinados a serviços periféricos ou a delegações internacionais das entidades adjudicantes.

Eis uma outra solução incompreensível. É, na verdade, tão razoável que o legislador entenda que as especificidades de tais serviços

13 Num caso paradigmático, a propósito dos serviços de natureza jurídica – que o próprio CCP tomou a iniciativa de fazer submeter à sua Parte II –, cfr. o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 15/2013, que, invocando “princípios gerais” para afastar a cláusula de recurso ao ajuste directo prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, se socorreu mesmo do citado Acórdão de 20-05-2010 (a propósito da impugnação da Comunicação Interpretativa da Comissão) – cfr. pp. 12 e 15 –, procedendo a uma curiosa omissão da jurisprudência posterior, num momento em que já se haviam passado dois anos do Processo *Strong* e em que, aliás, já eram conhecidos os textos projectados das novas Directivas que se preparavam para a fixação de um limite quantitativo à aplicação de procedimentos concorrenciais nos contratos excluídos, vedando este entendimento jurisprudencial criativo.

justificam o afastamento da obrigação de adoção de procedimentos concorrenciais como é razoável que entenda, pelo contrário, que a concorrência deve ser acarinhada pela lei e imposta também nesses casos – podem apontar-se bons argumentos em favor de qualquer das posições, não cabendo aqui tomar partido por alguma delas. É até possível que, caso queira adoptar um regime intermédio que entenda mais razoável, o legislador formule um limiar quantitativo a partir do qual a Parte II do CCP se aplica. Em qualquer dessas hipóteses, o intérprete e aplicador do Direito saberá com precisão quais as obrigações procedimentais que sobre si impendem e o que deve esperar na formação de qualquer desses contratos.

Mas não é já tolerável que, também neste plano, se formule um *limbo* de obrigações principiológicas cujo carácter é verdadeiramente indeterminado e cujo teor só será concretizado por um juiz-legislador. Nenhuma entidade adjudicante saberá, com um mínimo de certeza jurídica, se a opção que vier a tomar será ou não aplaudida ou censurada pela opinião subjectiva do julgador que apreciará a legalidade dos procedimentos que adopta.

Não se imagina justificação alguma para a aprovação de um tal regime legal num ordenamento constitucional que, submetido à ideia de Estado de Direito (cfr. artigo 2.º da Constituição), aceita como um dos seus alicerces básicos o princípio da segurança jurídica e a consequente previsibilidade comportamental que dele deve decorrer.

Em suma: se se julga necessário conferir ao valor da concorrência um alcance tal que abranja a formação dos contratos alistados em diversas alíneas do n.º 4 do artigo 5.º, então que se implemente seriamente tal medida e se assuma com coerência tal solução – a qual o jurista não pode contestar, porque esta se trata já de uma opção política e não jurídica;



mas que não se proceda à aprovação de um *regime concorrencial encapotado* em cujos termos o legislador se *demite* de esclarecer quais as reais obrigações procedimentais a cargo das entidades adjudicantes e *delega* tal responsabilidade a um juiz-legislador que inevitavelmente promoverá a insegurança jurídica e a anarquia procedimental.

14. Finalmente, ainda dentro do leque de serviços cujas especificidades foram reconhecidas pelo ordenamento europeu, parece igualmente criticável que o Anteprojecto inclua na **alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º** – que serve de válvula de escape para a adopção de um procedimento não concorrencial nos casos em que a natureza *intuitu personae* dos serviços a adquirir (*v.g.*, alguns serviços intelectuais) impeça a formulação de um critério de adjudicação adequado – uma referência expressa aos serviços jurídicos de representação em juízo, a que se refere a alínea *d)* do artigo 10.º da Directiva 2014/24/UE, omitindo quaisquer outros.

Com isso, o Anteprojecto produz um *duplo efeito*. Por um lado, ao reduzir as suas referências explícitas a certos serviços jurídicos, aumenta a insegurança quanto ao (imprescindível) recurso a esta cláusula sempre que a entidade adjudicante se depare com outros serviços personalizados (diferentes do patrocínio judiciário) que impeçam a adopção de um procedimento concorrencial – visto que o Anexo IX, para onde remete a alínea *j)* do n.º 4 do artigo 5.º, não integra outros serviços do mesmo tipo no universo da contratação excluída. Por outro lado, sobretudo, a conjugação da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 27.º com a nova exigência de recurso a um procedimento de consulta prévia “sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adopção do procedimento em causa” (cfr. artigo 27.º-A), consegue mesmo abrir a porta a um entendimento jurisprudencial

criativo que considere que a consulta a várias entidades só será inviável no caso de exclusividade técnica ou artística ou de detenção de direitos exclusivos (ou, no limite, no caso de urgência extrema), obrigando as entidades adjudicantes a formular uma concorrência restrita (pelo menos a três entidades) nos casos em que a natureza pessoalíssima do patrocínio judiciário exige que a adjudicação possa ser directa e pessoal e se baseie na *íntima confiança pessoal* que o beneficiário do serviço deposita no seu prestador (cfr. ainda o n.º 1 do artigo 91.º do Estatuto da Ordem dos Advogados).

Conhecendo os antecedentes jurisprudenciais portugueses, não é possível ignorar o risco latente desta interpretação.

15. Pelo exposto, julga-se ser imperioso que o legislador:

- a) Suprima o n.º 2 do artigo 6.º do Anteprojecto;
- b) Mantenha a redacção que o Anteprojecto atribui à alínea *j)* do n.º 4 do artigo 5.º – sem qualquer condicionamento semelhante ao que se prevê no n.º 2 do artigo 6.º do Anteprojecto –, embora prevendo a exclusão da aplicação da Parte II do CCP apenas para a formação de contratos de valor inferior ao limiar previsto na alínea *d)* do artigo 4.º da Directiva 2014/24/UE, de modo a assegurar o respeito pelas balizas fixadas nesta Directiva;
- c) Em alternativa à mera referência a esse limiar europeu – e isto se o legislador estiver *genuinamente* interessado em promover a concorrência –, fixe um limiar quantitativo bem mais exigente (menor) do que esse, mas sempre impedindo que as obrigações concorrenciais das entidades adjudicantes fiquem dependentes de um juízo casuístico



(primeiro realizado por si próprias e só depois pelo juiz) sobre se consideram “adequado” ou não (!) adoptar um procedimento concorrencial;

- d) Adite uma nova alínea ao n.º 4 do artigo 5.º – ou, se se preferir a sujeição desses contratos a um procedimento de ajuste directo, ao n.º 1 do artigo 27.º, mas apenas se afastada a aplicação do artigo 27.º-A–, cujo teor reproduza o conteúdo da alínea *d)* do artigo 10.º da Directiva 2014/24/UE, salvaguardando a natureza pessoalíssima dos serviços aí enunciados.

Novos tipos de procedimentos pré-contratuais¹

SARA YOUNIS AUGUSTO DE MATOS²

Encontrando-se em curso o processo de revisão do Código dos Contratos Públicos, o qual foi imposto por imperativo comunitário de transposição das mais recentes Diretivas europeias em matéria de contratação pública³, foi submetido a consulta pública (a qual terminará no próximo dia 10 de Outubro) um anteprojecto de Decreto-Lei de alteração do Código dos Contratos Públicos⁴.

As novidades são muitas e atravessam os mais distintos regimes e institutos inclusos neste Código. De entre as essas novidades, cumpre

1 O presente texto corresponde, no essencial, à comunicação oral proferida no Debate público sobre o anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e pelo Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 14 e 15 de Setembro de 2016, e coordenado por MARIA JOÃO ESTORNINHO e ANA GOUVEIA MARTINS, quem se agradece a lembrança do convite.

2 Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

3 Refiro-me às Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO L 94) em 28 de Março de 2014, tomando doravante como referência as normas da Directiva 2014/24/UE.

4 Adiante referir-se-ão, abreviadamente, o Código em causa como “CCP” e o respetivo anteprojecto de revisão como “Anteprojecto”.



referir que a matéria sobre a qual me deterei – no essencial, os novos tipos de procedimentos pré-contratuais – mereceu uma esmerada atenção. Para tanto concorreu, como em seguida se explicitará, não apenas um nítido imperativo de ordem europeia ligado à introdução de um novo procedimento de formação de contratos, mas também uma reflexão, desta feita, *isolada* por parte do legislador português sobre a arquitectura legalmente dispensada aos referidos procedimentos, redundando em múltiplas alterações neste domínio.

No que respeita ao regime legal dos procedimentos de formação dos contratos públicos é o próprio legislador que aponta, no preâmbulo do Anteprojecto em análise, que “(...) *as inovações introduzidas ao Código centram-se, essencialmente, na procura da simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista ao aumento da eficiência da despesa pública e à promoção de um melhor e mais fácil acesso àqueles contratos por parte dos operadores económicos*”. Simplificação, desburocratização e flexibilização: objectivos a que o próprio legislador oportunamente se vinculou, quer no seu Programa de Governo, quer no respectivo Plano Nacional de Reformas. O que me proponho é, no seio de um tema que tanto deve à inovação e flexibilização, analisar se – em matéria de procedimentos pré-contratuais e à luz do Anteprojecto –, estes objectivos se revelam cabalmente atingidos.

Seguirei, para tanto, a seguinte ordem:

- § 1. Consulta prévia: Um procedimento pré-contratual ripristinado;
- § 2.º Ajuste directo: menção honrosa;
- § 3.º Um novo procedimento pré-contratual:
 - Individualização do procedimento de parceria para a inovação;

- Parceria para a inovação: análise e crítica do regime legal do Anteprojecto;

§ 4.º Questões em aberto.

Dois novos procedimentos de formação de contratos e uma menção honrosa

Detendo-me sobre o catálogo de procedimentos que resulta do Anteprojecto, são introduzidos dois *novos* procedimentos pré-contratuais: a parceria para a inovação e a consulta prévia. No entanto, se me refiro a procedimentos *novos*, logo em seguida sou forçada a deixar, em prol da exposição subsequente, uma correcção: não obstante o procedimento de consulta prévia ser novo no catálogo que resulta da redacção do artigo 16.º do Anteprojecto, o mesmo não é inteiramente novo no ordenamento jurídico português.

Por outro lado, merece ainda uma especial menção o procedimento de ajuste directo, que, à luz do Anteprojecto e da conjugação aí proposta com o procedimento de consulta prévia, resulta com novos contornos, sem paralelo na redacção vigente do Código, aspecto a que retornarei seguidamente.

Uma e outra inovações são decorrentes da experiência nacional, observando-se, por um lado, a consagração do procedimento de ajuste directo para bens e serviços até 20 000 € e para empreitadas até 30 000 € e, por outro, a introdução do procedimento de consulta prévia com consulta a três fornecedores para as aquisições de bens e serviços entre os 20 000 € e 75 000 € e para as empreitadas de obras públicas entre 30 000 € e 150 000 €.



Já a parceria para a inovação corresponde a uma figura procedimental desenhada para quando as soluções já disponíveis no mercado não permitirem o desenvolvimento necessário de um produto, serviço ou obra inovadores, nem a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes. Este procedimento específico foi criado pelo legislador europeu para possibilitar às entidades adjudicantes a instituição de uma parceria a longo prazo tendo em vista o desenvolvimento e posterior aquisição de produtos, serviços ou obras novos e inovadores, sem haver necessidade de um procedimento de contratação separado para a aquisição. Resta saber se o mesmo foi correctamente transposto, ou, mesmo, transposto de algum modo que não se restrinja a uma mera opção de decalcar as soluções normativas das Directivas para o Código.

Antes, porém, debruçemo-nos sobre o regime do procedimento de consulta prévia.

Consulta prévia: Um procedimento pré-contratual reprimado

Sem que nada o fizesse prever, o legislador do Anteprojecto optou por recuperar soluções do regime do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, que continha o regime jurídico da realização de despesas públicas e da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e de serviços, e, assim, reprimado o procedimento de consulta prévia, transportando-o para o seio do CCP⁵.

5 Aíla-se expressamente, no respectivo artigo 78.º, "(...) 6 - No procedimento com consulta prévia devem ser consultados vários locadores ou fornecedores de bens ou serviços. 7 - O ajuste directo não implica a consulta a vários locadores ou fornecedores de bens ou serviços."

Fá-lo, ademais, enxertando este procedimento na regra geral de escolha dos procedimentos em razão do valor do contrato, inclusa no artigo 18.º do Código, figurando a par do ajuste directo (e dos procedimentos concursais) e prevendo um regime conjunto com este último, seja quanto à escolha do procedimento em função de critérios materiais, seja nos artigos 112.º e seguintes, que na redacção vigente se encontram reservados ao ajuste directo.

O artigo 112.º do Anteprojecto dispõe, então, a noção de consulta prévia e a (remanescente noção) de ajuste directo nos seguintes termos:

“1 - A consulta prévia é o procedimento em que a entidade adjudicante convida directamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar.

2 - O ajuste direto é o procedimento em que a entidade adjudicante convida directamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta”.

No que toca ao citado n.º 1 note-se que essa norma é, ainda, reproduzida no n.º do artigo 114.º do Anteprojecto.

Ajuste directo: menção honrosa

Na prática, observa-se um desdobramento do ajuste directo, o que implica alguns ajustamentos no regime aplicável, conforme propugnado pelo Anteprojecto. Refiram-se, a título de exemplo, os lapsos relativos às epígrafes dos artigos 24.º e segs. do Anteprojecto, bem como o regime das negociações contido nos artigos 115.º e 118.º e segs. do CCP, o qual,



à luz das opções que neste domínio figuram no Anteprojecto, resultará apenas reservado ao procedimento de consulta prévia.

Evidência do desdobramento a que se fez referência é o novo artigo 27.^o-A do Anteprojecto, onde, em matéria de escolha da consulta prévia, se prevê que

“[e]m todas as situações previstas nos artigos anteriores, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção do procedimento em causa”.

A propósito desta norma, cabe interrogarmo-nos sobre se o legislador, ao liberalizar o recurso ao ajuste directo com exclusão de qualquer concorrência, introduzindo, em simultâneo, este novo procedimento terá pretendido dar um passo atrás para dar dois à frente. Por outras palavras, o recurso ao ajuste directo com convite a apenas uma entidade passa a ser algo *descomplexado* no que toca à respectiva escolha em função do valor do contrato: abaixo dos limiares enunciados (para bens e serviços até 20 000 € e para empreitadas até 30 000 €), a entidade adjudicante é livre de apenas convidar uma entidade a apresentar proposta; já até aos limiares que actualmente permitem a escolha do ajuste directo em função do valor do contrato, como o conhecemos (bens e serviços até 75 000 € e empreitadas até 150 000 €) impõe-se agora à entidade adjudicante o convite a pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta.

Em face desta operação de fazer cair o ajuste directo hoje vigente para, logo em seguida, erigir um procedimento igualmente fechado e, de resto, seu parente próximo – a consulta prévia – pergunto-me: pre-

tenderá o legislador incitar as entidades adjudicantes a apenas artificialmente disporem de um universo concorrencial quando lançam mão do procedimento de consulta prévia? Que utilidade, do ponto de vista prático e mesmo de conformidade com os princípios gerais da actividade administrativa e da contratação pública, terá sido assacada a esta opção?

Atento o preceituado no citado artigo 27.º-A do Anteprojecto, e pondo de lado as reservas que este regime me suscita, a referência à consulta prévia deveria, em qualquer caso, surgir nas normas precedentes (artigos 24.º e segs.), quando aplicável, naturalmente. Mais, do ponto de vista sistemático, esta norma deveria encabeçar o capítulo III, naturalmente a seguir à regra geral – por exemplo, um artigo 23.º-A – e naturalmente pressupondo que a referência do legislador às situações previstas nos artigos anteriores é circunscrita aos critérios de ordem material e não visa abranger as normas dedicadas à escolha do procedimento em função do valor do contrato (pense-se, por exemplo, na obrigação de convidar, no mínimo, três entidades para a adjudicação de uma prestação de serviços orçamentada em 10 000 €...).

Ainda a propósito da opção de desdobramento a que atrás fizemos menção, resulta claro que o ajuste directo deixa de implicar a consulta a vários locadores ou fornecedores de bens ou serviços como até então se vinha defendendo, não obstante a redacção do n.º 1 do artigo 114.º do CCP. Como é sabido, esta norma vinha conhecendo, à luz do princípio da concorrência, uma interpretação correctiva no sentido de, ao invés de se entender que a entidade adjudicante *podia*, sempre que o considerasse conveniente, convidar a apresentar proposta mais de uma entidade, esta *devia* fazê-lo; ou seja, mais do que uma possibilidade que, como resulta dos termos do preceito, assiste à entidade adjudicante, uma leitura do mesmo conforme ao princípio da concorrência obrigava



a que sobre esta impendesse um verdadeiro dever de potenciar um universo concorrencial, ainda que, naturalmente, restrito.

O legislador refere o facto de se introduzirem no Anteprojecto “*várias melhorias e aperfeiçoamentos ao regime vigente, que visam a correta interpretação e aplicação de diversas normas, beneficiando da experiência de aplicação e do trabalho da jurisprudência e da doutrina sobre o Código dos Contratos Públicos*”⁶. Não se divisa, porém, no que à recente configuração jurídico-normativa do ajuste directo e do seu parente próximo (a consulta prévia) respeita, onde se encontrará na jurisprudência – nacional ou europeia – ou na doutrina o entendimento de que o regime legal do ajuste directo deveria ser mais permissivo ou, sequer – e não apenas artificialmente –, menos *amigo da concorrência*, como resulta do Anteprojecto.

Um novo procedimento pré-contratual:

Individualização do procedimento de parceria para a inovação

Na abordagem ao recentíssimo procedimento pré-contratual ora introduzido pelo Anteprojecto e pelas Directivas, parece-me útil discernir a respectiva razão de ser e, bem assim, como o mesmo se posiciona face aos demais procedimentos pré-contratuais à disposição das entidades adjudicantes, pelo que cumpre fazer um breve excurso sobre os procedimentos próximos ou *vizinhos* da parceria para a inovação: diálogo concorrencial e procedimento de negociação.

O legislador europeu aponta que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente nos últimos anos. Revelou-se útil nos ca-

6 V. preâmbulo do Anteprojecto.

tos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode verificar-se, entre outros casos, quando estejam em causa projectos inovadores ou projectos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados.

A par disso, o âmbito de aplicação do diálogo concorrencial (patentemente, os respectivos critérios de escolha) é unificado ao do procedimento de negociação, conforme se retira da nova redacção do artigo 29.º do Anteprojecto, onde se lê:

“A entidade adjudicante pode adotar o procedimento de negociação ou o diálogo concorrencial quando:

- a) As suas necessidades não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis;*
- b) **Os bens ou serviços incluírem a conceção de soluções inovadoras;***
- c) Não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a ela associados;*
- d) Não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica”⁷.*

7 Sublinhado nosso.



A norma em apreço põe em evidência que um dos casos em que as entidades adjudicantes podem recorrer a um destes procedimentos é precisamente para a obtenção de soluções inovadoras. Esta arquitectura procedimental suscita, então, a questão de saber por que razão foi introduzido um novo procedimento de parceria para a inovação? E que vantagens é que este último oferece relativamente ao procedimento de negociação ou ao diálogo concorrencial?

Atentando sobre os trabalhos preparatórios das Directivas, é apontado que um dos problemas que as entidades adjudicantes enfrentam no diálogo concorrencial ou no procedimento de negociação tem sido a identificação, previsão de custos e descrição – pelo menos em termos genéricos – da necessidade de uma solução inovadora, particularmente na medida em que dependiam dos operadores económicos para sugerir essa mesma inovação. É ainda apontado o risco de se virem a introduzir modificações ditas substanciais (face ao que foi oportunamente objecto do correspondente procedimento pré-contratual) durante a execução do contrato.

Ora, a configuração legal da parceria, quer nos textos de direito europeu derivado, quer no Anteprojecto, não parece ter resolvido todas estas dificuldades, mas o que traz de diferenciador é que esta se ocupa da estruturação da posição contratual das partes depois da celebração da parceria, e não se circunscreve apenas ao procedimento de adjudicação.

Antes de prosseguirmos para a concreta análise do regime legal do procedimento de parceria para a inovação, cumpre atentar mais detidamente sobre o conteúdo normativo do preceito *supra* citado, porquanto se afiguram curiosas do ponto de vista da transposição das Directivas as opções que o legislador português aí verteu.

Tendo presente que o artigo 29.º do CCP foi revisto com o objectivo de acomodar a inovadora norma do n.º 4 do artigo 26.º da Directiva 2014/24/UE (levando, conseqüentemente, à revogação do artigo 30.º do mesmo Código), curioso é observar que a alínea *b*), por exemplo, se refere à *concepção de soluções inovadoras* quando a homóloga norma europeia [v. artigo 26.º, n.º 4, *a*), *ii*)] prevê os casos em que “*os produtos ou serviços incluem a concepção de soluções inovadoras*”.

Já o segmento igualmente sublinhado contido nas alíneas *c*) e *d*) acima transcritas [“*não for objectivamente possível (...)*”] lembra a originária menção constante da Directiva 2004/18/CE⁸ de a entidade adjudicante estar, ou não, “*objectivamente em condições de (...)*” que caiu na redacção do aludido artigo 26.º da Directiva 2014/24/UE⁹, em prol de uma simplificação do texto e da segurança e certeza jurídicas, mas que – de forma resiliente e muito típica – se mantém na legislação nacional.

Um novo procedimento pré-contratual:

Parceria para a inovação: análise e crítica do regime legal do Anteprojecto

O legislador comunitário é peremptório ao prever no n.º 3 do artigo 26.º da Directiva 2014/24/UE a necessidade de os Estados Membros introduzirem este procedimento nos seus ordenamentos. Semelhante opção revela uma mudança de paradigma relativamente à introdução de

8 V. artigo 1.º, n.º 11, alínea *c*).

9 A par da referência ao contrato público ser considerado como “*particularmente complexo*”.



outro procedimento então igualmente inovador na Directiva 2004/18/CE, o diálogo concorrencial. Aí apenas se estabelecia a possibilidade de os Estados Membros preverem o recurso a este procedimento e, para mais, em termos meramente residuais¹⁰.

Observando o disposto na Directiva, o Anteprojecto introduz, como adiante explicitarei, o sobredito procedimento no nosso ordenamento de forma acrítica, decalcando as soluções europeias para o Código.

Assim, este procedimento destaca-se no catálogo de procedimentos tipificados pelo CCP, na medida em que tem um objecto composto: visa não apenas (i) a realização de actividades de investigação e o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras, como também (ii) a aquisição posterior dos mesmos bens, serviços ou obras. É, portanto, uma parceria tendente ao estabelecimento de outra parceria.

Dispõe, pois, o artigo 30.º-A do Anteprojecto:

“A entidade adjudicante pode adotar a parceria para a inovação quando pretenda a realização de actividades de investigação e o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras, independentemente da sua natureza e das áreas de actividade (...).”

E o que serão *bens, serviços ou obras inovadoras*? O Anteprojecto prescindiu de o especificar, mas o legislador europeu define o que, a final, constitui o cerne deste procedimento na definição de “*inovação*”¹¹.

10 V. n.º 1 do artigo 29.º da referida Directiva 2004/18/CE, onde se dispensa essa possibilidade aos Estados-Membros “*na medida em que [as entidades adjudicantes] considerem que o recurso ao concurso público ou limitado não permite a adjudicação do contrato*”.

11 V. Artigo 2.º, n.º1, 22), da Directiva 2014/24/UE.

Em causa estará *“a implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado”*. Exemplificando, semelhantes bens, serviços ou obras inovadoras podem incluir processos de produção ou construção, um novo método de comercialização, ou um novo método organizacional nas práticas empresariais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas, desde que funcionalizados ao *objectivo de ajudar a resolver os desafios sociais ou de apoiar a Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*¹².

Aqui chegados cabe questionar o seguinte: uma entidade adjudicante pode, em qualquer caso, lançar mão do procedimento de parceria para a inovação?

A resposta será, necessariamente, negativa, socorrendo-nos, para tanto, de um ponto nuclear do regime deste procedimento, que encontra eco na alínea *a)* do n.º 3 do mencionado artigo 218.º-A e que decorre do n.º 1 do artigo 31.º da Directiva 2014/24/UE. Não basta a entidade adjudicante procurar bens, serviços ou obras novos ou significativamente melhorados; será necessário que a mesma entidade demonstre que semelhantes bens, serviços ou obras não podem ser obtidos mediante a aquisição de produtos, serviços ou obras já disponíveis no mercado.

Todavia, e contrariamente à lógica inerente ao diálogo concorrencial, a entidade adjudicante tem que saber o que quer e, mais, tem que procurar e tem, ainda, que concluir que nada no mercado se ade-

12 Idem.



qua à necessidade que pretende ver satisfeita com o lançamento do competente procedimento pré-contratual. Tudo isto ainda antes de, sequer, apurar se é possível escolher o procedimento de parceria para a inovação. Reclama-se aqui à entidade adjudicante uma precisão que não encontra eco no procedimento vizinho de diálogo concorrencial, onde esta procuraria, desta feita, colher soluções.

Retomando a análise ao disposto no artigo 30.º-A do Anteprojecto, o legislador esclarece que, como acima afluído, a opção pela parceria para a inovação que cabe à entidade adjudicante apenas se compreenderá “(...) *tendo em vista a aquisição posterior* [de bens, serviços ou obras inovadoras], *desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e preços máximos previamente acordados entre aquela e os participantes na parceria*”.

Fundamental será, então, como acima se deixou dito, que não haja necessidade de um procedimento de contratação separado para a aquisição. A parceria para a inovação atravessa, pois, a formação do contrato e a sua execução: o procedimento ainda se encontra em curso e já o contrato (na vertente das actividades de investigação e desenvolvimento) se encontra a ser executado pelo(s) parceiro(s), razão pela qual no ordenamento jurídico espanhol a parceria para a inovação aparece configurada como um acordo de colaboração que permite incluir no mesmo procedimento uma fase prévia de investigação e desenvolvimento e uma fase subsequente de execução da prestação correspondente.

Vejamos a forma como o legislador do Anteprojecto ensaiou a tramitação deste procedimento.

Um esboço de regime no Anteprojecto:

Fases do procedimento de parceria para a inovação¹³

São três as fases que o legislador do Anteprojecto autonomiza no artigo 218.º-A do mesmo:

- a) *Fase de apresentação das candidaturas, podendo a respectiva selecção incluir a qualificação dos concorrentes^[14] quando se trate do desenvolvimento de projectos dotados de especial complexidade;*
- b) *Fase de apresentação de propostas de projectos de investigação e desenvolvimento;*
- c) *Fase de análise das propostas de projectos de investigação e celebração da parceria.*

O regime de tramitação procedimental com que este procedimento é dotado no Anteprojecto afigura-se-me um regime particularmente la-cónico. Este esboço de regime compreender-se-á, porventura, à luz de uma desejável flexibilidade procedimental, contudo, este deixa de fora uma fase absolutamente crítica e decisiva deste procedimento. Refiro-me à escolha e aos fundamentos para recorrer à parceria para a inovação, já acima a florados, e que surgem no citado n.º 3 do mesmo artigo 218.º-A.

13 V. n.º 1 do artigo 218.º-A do Anteprojecto.

14 Sublinhado nosso para questionar se não pretenderia o legislador referir-se a candidatos.



Veja-se, só se pode recorrer à parceria para a inovação se o mercado não oferecer ou disponibilizar uma solução para uma necessidade de determinados bens, serviços ou obras da entidade adjudicante. Ora, para chegar a esta conclusão impõe-se à entidade adjudicante uma verificação – através de um estudo profundo e preciso do mercado – de que a necessidade que ora subjaz ao lançamento da parceria não se encontra satisfeita pelas soluções já disponíveis no mercado.

Por outro lado, a configuração legal das fases em que este procedimento se desdobra propugnada pelo Anteprojecto não faz jus à sua complexidade. Cabe, pois, preliminarmente, concluir que o legislador do Anteprojecto terá entendido que a ideia de flexibilidade procedimental – a pedra de toque deste procedimento – resultaria melhor servida no nosso ordenamento com um regime legal que se encontra longe de estar completo e acabado.

Em virtude do exposto, proponho-me ensaiar uma tramitação do procedimento em apreço que, salvo melhor opinião, entendo que melhor se adequaria à fisionomia do mesmo. Começaria por autonomizar a tramitação da parceria para a inovação, da respectiva execução. Assim, quanto ao procedimento:

- 1.º Fase de preparação do procedimento, que compreende a elaboração das peças do procedimento e a publicação do anúncio da parceria para a inovação;
- 2.º Apresentação das candidaturas e eventual qualificação dos candidatos;
- 3.º Selecção e convite à apresentação das propostas de projectos de investigação e desenvolvimento;

4.º Apresentação de propostas de projectos de investigação e desenvolvimento;

5.º Negociação das propostas (iniciais e finais);

6.º Celebração da(s) parceria(s).

O procedimento de parceria para a inovação deve ser cuidadosamente preparado, tendo em vista a elaboração das competentes peças. Neste contexto, julgo que o que é nesta sede exigido às entidades adjudicantes é nem mais nem menos que uma verdadeira consulta preliminar ao mercado, o novo expediente introduzido no inovador artigo 35.º-B do Anteprojecto.

Esta figura parece, de facto, desenhada para um procedimento como o de parceria, onde se exige a prospecção, por parte da entidade adjudicante, de *soluções* (bens serviços ou obras inovadoras) para, então, concluir que essas não se encontram disponíveis no mercado, com nítidas semelhanças com a figura da memória descritiva, típica do referido procedimento vizinho de diálogo concorrencial.

Ainda na primeira fase, a remissão *tout court* do n.º 2 do artigo 218.º-A do Anteprojecto para o artigo 167.º pode suscitar dúvidas no sentido de saber se bastará um anúncio periódico indicativo quando parece não ser suficiente, porquanto um anúncio se afigura obrigatório neste procedimento.

Na verdade, este anúncio e demais peças do procedimento (fixadas no artigo 40.º, também revisto e cujo conteúdo se encontra contido no n.º 3 do aludido artigo 218.º-A) são fundamentais. O anúncio aqui em apreço deve ser, com efeito, o mais claro e completo possível na medida em que pode determinar o sucesso ou insucesso da parceria.



Prosseguindo para a apresentação das candidaturas (segunda fase), o prazo mínimo para a apresentação das candidaturas encontra-se fixado na Directiva 2014/24/UE e corresponde a 30 dias a contar da data do envio do anúncio; já o prazo para apresentação de propostas, relevante na fase seguinte, será livremente fixado pela entidade adjudicante¹⁵.

A terceira fase que acima se elenca corresponde à selecção e convite à apresentação das propostas de projectos de investigação e desenvolvimento. Quanto a esta, o regime do Anteprojecto não é claro, mas a Directiva 2014/24/UE – no seu artigo 65.º – não deixa dúvidas: o número mínimo de candidatos nesta fase é de 3, mas com um regime decalcado do que já conhecemos no contexto do concurso limitado por prévia qualificação.

Apresentadas as propostas de projectos de investigação e desenvolvimento, estas serão negociadas no contexto do que reputamos como a quarta e quinta fases deste procedimento, procurando-se obter o melhor o conteúdo das propostas, de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa. Com efeito, contemplando este critério uma análise da melhor relação qualidade-preço, este afigura-se o critério mais adequado a comparar soluções inovadoras.

Neste contexto, a Directiva 2014/24/UE reflecte uma abordagem particularmente pedagógica no regime legalmente dispensado a esta fase de negociações¹⁶, porventura atentas as especificidades deste procedimento pré-contratual. Convém não perder de vista que, como atrás se apontou, esta é uma parceria *sui generis*: é, desde logo, uma parceria tendente ao estabelecimento de outra(s) parceria(s) e, mais, não

15 V. artigo 218.º-B, n.º 2, alínea c).

16 V. [n.ºs](#) 4 e 5 do artigo 31.º da Directiva.

necessariamente com apenas um proponente e, ainda, particularmente relevante em matéria de negociações, é uma parceria sem parceiros, ou seja, uma parceria em que os parceiros competem entre si. Na verdade, semelhante competição observa-se não apenas numa fase pré-contratual, ou seja, prévia à celebração da parceria, projectando-se, igualmente, para o domínio da execução contratual, aspecto que retomarei *infra*. Estas especificidades afiguram-se prementes nesta fase do procedimento, especificamente no que respeita ao tratamento de informação confidencial no decurso das negociações¹⁷.

Prosseguindo, celebrada(s) a(s) parceria(s), já nos encontramos no domínio da respectiva execução, a qual comporta, por sua vez, outras fases:

- 1.ª Fase da investigação e desenvolvimento: desenvolvimento da solução inovadora;
(...) Sucessivas (e eventuais) fases com metas intermédias (e respectiva remuneração) oportunamente fixadas;
- 2.ª Cessação da parceria ou redução do número de parceiros;
(eventual) Aquisição da solução.

No tocante à execução da parceria para a inovação, cumpre sublinhar que, como acima se enuncia, o regime legal ora em apreço afigurar-se-á invariavelmente incompleto, na medida em que o mesmo é,

17 V. o referido n.º 4 do artigo 31.º da Directiva, onde se estabelece que “[e]m conformidade com o artigo 21.º, as autoridades adjudicantes não podem revelar aos outros participantes as informações confidenciais comunicadas por um candidato ou proponente que participe nas negociações sem o consentimento deste último. Esse consentimento não pode ser dado em termos gerais, mas sim referir-se especificamente à projetada comunicação de informações específicas”.



por natureza, passível de comportar sucessivas fases, que podem incluir o fabrico do bem, a prestação do serviço ou a realização da obra com os respectivos objectivos a atingir. Esse será, pois, um regime *ad hoc*, fixado nas peças do procedimento, em concreto.

Após uma ou mais fases de investigação e desenvolvimento, a entidade adjudicante tem a possibilidade de cessar a(s) parceria(s), seja no todo ou em parte, reduzindo, para tanto, o número de parceiros, afigurando-se neste aspecto o regime do Anteprojecto particularmente lacónico, o que é tanto mais gravoso quanto se tenha em mente que está em causa a modificação ou cessação de um contrato. Com efeito, se é certo que o n.º 1 do artigo 218.º-D remete, ainda numa fase – diria que *embrionária* – de análise das propostas de projectos de investigação e desenvolvimento, para o regime contido nos artigos 146.º a 148.º, o legislador prescinde de estabelecer, quer em termos remissivos, quer regulando no seio do regime deste procedimento, as garantias aplicáveis em caso de modificação ou cessação da parceria, o que mal se compreende, na medida em que estas últimas atingem já o domínio da execução do contrato de parceria, sendo, por isso, muito mais penosas para o(s) parceiro(s).

Finalmente é chegado o momento de adquirir os bens, serviços ou obras ditos inovadores. No entanto, esta última fase é meramente eventual, na medida em que – como legislador comunitário explicita – se é certo que a parceria visa, em primeiro lugar, o desenvolvimento de produtos, bens, obras inovadores e, então, a sua aquisição, essa apenas se deve concretizar se esses (produtos, bens ou obras) corresponderem aos *níveis de desempenho e custos máximos previamente acordados* entre as autoridades adjudicantes e os participantes.

Questões em aberto

Um breve excuro sobre os tipos procedimentais disponíveis e, concretamente, sobre o regime legal do procedimento de parceria para a inovação ensaiado pelo Anteprojecto põe em evidência que ainda permanecem muitas questões em aberto neste contexto.

Desde logo, a unificação dos critérios de escolha dos procedimentos de negociação e de diálogo concorrencial, desta feita, de inspiração europeia, a par da introdução do procedimento de parceria, permite que nos interroguemos sobre qual destes procedimentos sobreviverá à próxima geração de directivas europeias em matéria de contratação pública.

Por outro lado, veja-se, a título de exemplo, que é notório o ape-lo a critérios de proporcionalidade no seio do regime de **execução da parceria para a inovação, quer quanto à respectiva estrutura, duração, quer quanto ao valor dos contratos a celebrar. Contudo, se esses dispensam uma desejada flexibilidade procedimental neste domínio, forçoso é concluir que deixam, igualmente, muitas questões por resolver.**

No que respeita à estrutura da parceria (envolvendo apenas um ou vários parceiros e dividindo-se em diversas fases com as respectivas metas a atingir), exigências de transparência e publicidade recomendariam que, por hipótese, se publicitassem as metas ou objectivos fixados aos parceiros.

Já em matéria de duração da parceria, dispõe o n.º 6 do artigo 218.º-D que “[a] entidade adjudicante deve assegurar que a estrutura da parceria, em especial, a duração e o valor das diferentes fases refletem o grau de inovação da solução proposta e a sequência das atividades de



investigação, desenvolvimento e inovação necessárias para o desenvolvimento de uma solução inovadora que ainda não se encontre disponível no mercado”. Conviria, porém, **não perder de vista o disposto no n.º 4 do artigo 218.º-A do Anteprojecto, porquanto um aspecto tão sensível** como a duração de um contrato (a par do valor do mesmo) resultar regulado em termos tão vagos presta-se a um recurso ao mesmo com o intuito de restringir ou falsear a concorrência.

Tendo presentes os contratos que podem estar em causa com o lançamento de uma parceria para a inovação – desde logo, a aquisição de bens, ou prestação de serviços – e os respectivos prazos de vigência tão exíguos e peremptoriamente fixados pelo legislador, divisa-se neste aspecto um risco não olvidável de fraude à lei. Celebrar-se-iam parcerias, por hipótese, para aquisição de um produto inovador (por exemplo, inovador na vertente de *significativamente melhorado*, juízo esse que cabe à entidade adjudicante aquando do lançamento do procedimento e elaboração das respectivas peças) com um prazo de vigência que ultrapassaria em muito o diminuto prazo de três anos genérica e legalmente fixado para o tipo contratual em causa. Recomendaria, por isso, nesta sede, a fixação de um prazo de vigência do contrato, ainda que com possibilidade de o mesmo ser prorrogado.

Com efeito, em matéria de valor do contrato, prevê-se, apenas, no n.º 7 do artigo 218.º-D do Anteprojecto que “[p]ara efeitos do disposto no número anterior, o valor estimado dos fornecimentos, serviços ou obras não deve ser desproporcionado em relação ao investimento exigido para o respetivo desenvolvimento”. O *draft* da Directiva 2014/24/UE ia mais longe e previa uma recuperação do investimento e o objectivo de atingir um lucro adequado. No entanto, não creio que essa fosse uma solução desejável num contexto de incentivo à inovação e investigação e

desenvolvimento, pelo que em boa hora caiu. Sem prejuízo, uma fixação do valor em termos tão vagos como os que constam da aludida norma do Anteprojecto e do n.º 7 do artigo 31.º da referida Directiva comporta riscos para a concorrência, como acima apontado, a propósito da duração do contrato.

Retomando a matéria do regime (ou ausência dele) de modificação e cessação da parceria com um ou mais parceiros, e na medida em que, conforme acima enunciado, se divisam nesta sede múltiplas questões em aberto, cumpre enfatizar que já estamos no domínio da execução da parceria, pelo que conviria, do ponto de vista sistemático, acomodar este regime com o dos artigos 302.º e seguintes do Código.

Uma manifestação das disfunções que um regime como o propugnado no Anteprojecto pode gerar é, precisamente, o das modificações introduzidas no decurso da parceria (fases, objectivos, entre outras), desta feita, contando com o acordo do parceiro. Não se deveria chamar à colação o regime da modificação substancial do contrato? Ou pelo menos – atenta a desejável flexibilidade procedimental e contratual – prever uma ressalva relativa à parceria para a inovação no regime da modificação do contrato?

O legislador do Anteprojecto teve, de resto, o cuidado de prever no artigo 301.º-A diversas especificidades associadas a contratos com forte componente de inovação, onde se integram, precisamente, os contratos emergentes do procedimento ora em apreço. Contudo, um mero reconhecimento das especificidades genericamente assacadas a estes contratos não basta para assegurar uma desejável coerência sistemática. Esta opção do legislador do Anteprojecto suscita algumas dúvidas não só face àqueles que são os propósitos da Directiva 2014/24/UE, mas também, patentemente, face à necessidade de articulação das soluções contidas na Directiva com as do ordenamento interno.



Pergunto-me se enxertar o procedimento de parceria para a inovação na Parte II do CCP sem mais (não obstante o referido artigo 301.º-A), será a opção sistematicamente mais correcta: talvez a estrutura sistemática do Código não seja apta a acolher de forma enxuta a normatividade da Directiva dedicada a este procedimento, como se de qualquer outro procedimento se tratasse, pelo que conviria reflectir se a necessária introdução deste procedimento no nosso ordenamento não resultaria melhor servida se se adoptasse uma solução como a espanhola, de remeter a regulação da matéria da execução do contrato para o respectivo regime substantivo, com as devidas adaptações.

Feita uma breve resenha sobre as questões em aberto em matéria do novo procedimento de parceria para a inovação, cumpre salientar que, independentemente do processo de revisão do Código, se espera que estas ocupem não apenas o legislador, mas também o intérprete e aplicador do CCP e, naturalmente, os tribunais. O que se espera é que este procedimento conheça alguma aplicação no nosso ordenamento.

No entanto, futurologia à parte, cabe apontar que este procedimento já foi introduzido no ordenamento jurídico francês há praticamente dois anos e tem conhecido uma utilização apenas marginal. Note-se que não citei o exemplo francês por acaso. Alguns anos volvidos sobre a introdução, nas Directivas de 2004, do então procedimento pré-contratual absolutamente inovador – o diálogo concorrencial – esse é frequentemente utilizado nesse ordenamento. Já olhando para a realidade nacional, todos temos presente a parca utilização do diálogo concorrencial na formação de contratos públicos. Observa-se, na verdade, que são quase mais frequentes os contratos precedidos de ajuste directo tendentes a assegurar a consultoria e assessoria jurídica necessária ao lançamento e tramitação do procedimento de diálogo concorrencial do

que contratos efectivamente, e *de facto*, precedidos desde último procedimento, pelo que temo bem que um procedimento tão exigente e desafiante como o de parceria para as entidades adjudicantes tenha o mesmo destino...

Como lembra MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*a desejada flexibilidade procedimental não deve ser entendida como sinónimo de (des)procedimentalização, exigindo novos paradigmas de profissionalização na contratação pública e mecanismos acrescidos de transparência, controlo e responsabilidade*”¹⁸. O sucesso da parceria para a inovação dependerá, desde logo, da profissionalização dos compradores públicos e da respectiva adesão a soluções que favoreçam a inovação, o que implica uma alteração do paradigma bipolar da contratação pública em Portugal de alternância entre o ajuste directo e procedimentos concursais.

18 “A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição não minimalista das Diretivas”, *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, e-book* Coord. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, 2016, pág. 31.



Regras especiais de contratação pública: os serviços sociais e outros serviços específicos

DOMINGOS SOARES FARINHO¹

1. Introdução 2. O Código dos Contratos Públicos; 3. As Diretivas de 2014: em especial a Diretiva 2014/24/UE; 3.1. As regras específicas para a contratação de serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos à pessoa; 3.2. Os contratos reservados para determinados serviços à pessoa; 4. O anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos; 4.1. As regras pré-contratuais; 4.2. Um novo regime contratual substantivo (e a ligação a um novo procedimento pré-contratual); 5. Um balanço preliminar.

1. Introdução

“Determinadas categorias de serviços continuam, pela sua própria natureza, a ter uma dimensão transfronteiras limitada, nomeadamente os chamados «serviços à pessoa», como certos serviços sociais” (considerando 114 da Diretiva 2014/24/UE).

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Principal do Centro de Investigação em Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado

A melhor introdução para uma análise ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos no que concerne aos serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos surge a partir do Considerando citado no parágrafo anterior. Com efeito, qual seja a opção que o legislador da União Europeia tenha tomado no passado, nas sucessivas Diretivas, ou venha a tomar no futuro, elas estarão sempre enquadradas pela pré-compreensão expressa supra. Ora a “dimensão transfronteiras limitada” e a medida dessa limitação é o que parece explicar, pelo menos de um modo explícito na Diretiva 2014/24/UE, o regime especial que os serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos detêm e a evolução que têm vindo a sofrer.

Assim sendo, para compreendermos o que hoje encontramos a respeito do nosso tema no anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos é não só importante conhecermos as Diretivas que ele transpõe, mas também o quadro legal atual, decorrente do Código vigente e das Diretivas que transpôs. Apenas assim poderemos avaliar o que agora vamos encontrar no anteprojeto, à luz dos princípios jurídicos que enformam esta área de análise. É evidente que, respeitado o princípio da confiança, o legislador da União Europeia pode inovar e romper com o passado, e, em certa medida, veremos que foi isso que fez, mas mesmo as mudanças mais sensíveis ou radicais beneficiam, na sua interpretação aplicativa, de compreendermos de onde se partiu e qual o caminho percorrido para chegar até aqui, ao anteprojeto.

2. O Código dos Contratos Públicos

O que encontramos hoje em matéria de serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos no Código dos Contratos Públicos encontra-



se enquadrado pela exclusão da aplicação da parte II do Código dos Contratos Públicos decorrente da alínea f) do n.º 4 do art. 5.º. Significa isto que, à partida, todo o regime respeitante aos procedimentos pré-contratuais de seleção do co-contratante privado nestas áreas não é aplicável.

O Código, contudo, sujeita este tipo de serviços a algumas regras. Assim:

- a) Princípios gerais da atividade administrativa e normas que concretizem preceitos constitucionais aplicáveis, tal como decorre da alínea a) do n.º do mesmo artigo 5.º. Em bom rigor, esta norma é supérflua, uma vez que este tipo de vinculações jurídico-públicas aplica-se a qualquer tipo de atividade desenvolvida pela Administração Pública apenas pela simples condição normativa de prosseguir o interesse público nos termos constitucionais. Esta disposição serve, por isso, um propósito evocativo.
- b) Código do Procedimento Administrativo, quando se tratar de contratos com objeto passível de ato administrativo ou demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, desta feita por força da alínea b) do n.º 6 do já referido artigo 4.º do CCP. Esta exceção é relevante tendo em conta a importância dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, mas no que diz respeito ao nosso tema tem um fraco impacto uma vez que na área dos serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos é raro o exercício de poderes públicos ou de poderes de autoridade que tornam passível a utilização de atos administrativos.

- c) Finalmente, e especificamente aplicável, aos serviços de saúde, sociais e outros serviços à pessoa, o Código manda aplicar, no n.º 5 do citado artigo 4.º, os artigos 49.º (especificações técnicas) e 78.º (anúncio de adjudicação)

O somatório da aplicação dos princípios gerais da atividade administrativa, com a denominada Constituição Administrativa e preceitos que a concretizem, bem como os artigos 49.º e 78.º do CCP, traduz o quadro geral do direito da contratação pública aplicável em sede pré-contratual aos serviços que ora estamos a analisar. É, como pode rapidamente perceber-se, um quadro rarefeito e de difícil aplicação, permitindo que na prática cada entidade adjudicante determine qual o regime pré-contratual que quer aplicar.

Foi esta, como se percebe pela nota que deixámos na introdução, a expressão da especificidade das áreas da saúde, dos serviços sociais, educativos e outros, no entender do legislador da União Europeia das Diretivas de 2004 e do legislador nacional de 2008. Para além dela, apenas regimes especiais poderiam levar as entidades adjudicantes a estar sujeita a regimes pré-contratuais mais apertados, em linha com a Parte II do Código. Contudo, a opção do legislador foi a de manter, mesmo quando tratou de regimes especiais, a liberdade de escolha pré-contratual, sem submissão a mecanismos indutores da concorrência e permitindo a escolha por critérios diversos daqueles que presidem à maioria das compras públicas e que são regulados pelos procedimentos da Parte II.

Vejamus um exemplo na Saúde. Atentemos no Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro, que define as formas de articulação do Ministério da Saúde e dos estabelecimentos e serviços do



Serviço Nacional de Saúde (SNS) com as instituições particulares de solidariedade social (IPSS), enquadradas no regime da Lei de Bases da Economia Social, aprovada pela Lei n.º 30/2013, de 8 de maio. Olhando especialmente para o seu artigo 6.º, percebemos que a preocupação do legislador foi a de afastar a concorrência, apesar de uma proclamação formal de preocupação com a escolha que melhor assegure o interesse público. No referido artigo 6.º pode ler-se:

Procedimento prévio de contratualização

«1 - Os acordos com as IPSS devem ser precedidos de um estudo, a efetuar pela ARS ou pela ACSS, I. P., consoante o acordo seja celebrado nos termos do n.º 1 ou n.º 2 do artigo 3.º, que ***avalie a economia, eficácia e eficiência do acordo, bem como a sua sustentabilidade financeira.***

2 - A Parte II do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, ***não é aplicável à formação dos acordos a que se refere o presente decreto-lei.***

3 - Mediante despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde podem ser estabelecidas minutas de acordo para efeitos de execução das formas de contratualização previstas no presente decreto-lei”. (itálico e negrito nossos).

Apesar de previsão do estudo exigido no n.º 1, não se exige igualmente a publicitação desse estudo, nem muito menos é fácil, questionar juridicamente as opções da entidade adjudicante à sua luz. Apenas o difícil princípio da boa administração² poderia vir em auxílio

2 Cf. Miguel Assis Raimundo, Os princípios no novo CPA e o princípio da boa

daqueles que quisessem utilizar esta disposição para sindicarem a legalidade das escolhas da Administração Pública a este respeito. Este exemplo, demonstra, pois, que mesmo nos regimes especiais não encontramos um afastamento do entendimento geral de que os serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos à pessoa devam estar submetidos à concorrência e demonstrar, na sua escolha pela entidade adjudicante, ser a proposta mais vantajosa, uma vez que os critérios para a seleção do co-contratante não surgem como sindicáveis, podendo apenas ser atacadas violações aos princípios, às normas concretizadoras da Constituição e às duas disposições específicas que o CCP manda aplicar e que vimos supra.

Assim, o regime atualmente aplicável em Portugal à contratação pública de serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos, quer por força do CCP, quer por força de regimes especiais, é um regime, em regra, não-concorrencial e em que não existem critérios legais objetivos que orientem a escolha dos co-contratantes privados. Em todos estes aspetos o legislador nacional não inovou, limitou-se a consagrar o que dispunham as Diretivas de 2004.

3. A Diretiva 2014/24/UE

A grande mudança nas Diretivas de 2014, e em especial na Diretiva 2014/24/UE, é o desaparecimento dos setores da saúde, dos serviços sociais e outros serviços específicos à pessoa do âmbito da contratação excluída. A evolução da última década nestes setores levou o legislador

administração, em particular in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, AAFDL Editora, 2015, 2.ª edição, pp. 169-206.



da União Europeia a optar por uma solução intermédia: acabou com a exclusão até agora prevista nos termos que acabámos de analisar, mas também não submeteu estes setores às regras gerais da contratação pública. Na Diretiva 2014/24/UE encontramos estas áreas cobertas por um novo regime especial com a previsão de um regime pré-contratual restrito, a partir de contratos de 750 000 EUR, por força do artigo 74.º.

O novo regime especial configura-se em torno de dois vetores essenciais: i) por um lado a previsão de um conjunto mínimo de regras sobre publicidade do procedimento de contratação a aplicar (artigo 75.º da Diretiva), que permita controlar as regras e critérios utilizados nesse procedimento e que o legislador nacional pode escolher livremente, desde que atendam a um conjunto de valores associados aos “serviços à pessoa” (artigo 76.º da Directiva); por outro lado, o legislador da União Europeia permitiu a reserva de procedimentos pré-contratuais nas áreas ora em apreço a determinado tipo de entidades, que são caracterizadas legalmente (artigo 77.º). São estes dois vetores que importa agora analisar com um pouco mais de detalhe, para compreendermos melhor o que escolheu fazer o autor do anteprojeto submetido a discussão pública.

A segunda grande mudança é de cariz material, não importando já ao momento pré-contratual, mas à substância dos contratos a celebrar.

3.1. As regras específicas para a contratação de serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos à pessoa

A primeira grande preocupação do legislador da União foi a de assegurar a publicitação dos momentos-chave do procedimento: a sua abertura e a adjudicação. Assim, no artigo 75.º prevê-se a obrigatoriedade de publicação de:

- a) anúncio de concurso (artigo 75.º/1/a);
- b) anúncio de pré-informação com (artigo 75.º/1/b):
 - i) tipo de serviços objeto do contrato;
 - ii) indicação de ausência de publicações complementares;
 - iii) necessidade de manifestação de interesse por escrito.
- c) anúncio de adjudicação (artigo 75.º/2)

Com este enquadramento obrigatório deve o legislador de cada Estado-Membro “instituir regras nacionais para a adjudicação dos contratos abrangidos” (artigo 76.º/1). Estas regras visam assegurar, como pode ler-se no mesmo preceito, o respeito pelos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos. Contudo, o n.º 2 do mesmo artigo 76.º vem determinar que esta legislação nacional deve permitir às entidades adjudicantes ter em conta a necessidade de “garantir uma elevada qualidade, continuidade, acessibilidade, inclusive em termos de custos, disponibilidade e exaustividade dos serviços, as necessidades específicas das diferentes categorias de utilizadores, incluindo os grupos desfavorecidos e vulneráveis, o envolvimento e a capacitação dos utilizadores e a inovação” (artigo 76.º/2). Apesar de esta norma decantar de forma exemplar a denominada especificidade do setor da saúde, social e outros setores específicos, o legislador da União Europeia não deixa de dizer que a escolha do prestador de serviços pode resultar da combinação do critério da proposta que apresente a melhor relação qualidade/preço, “mas tendo igualmente em conta os critérios de qualidade e sustentabilidade para os serviços sociais”. Pergunta-se: se esta combinação é possível, e sendo possível aferir objetivamente os critérios específicos que o legislador prevê no n.º 2 do artigo 76.º, por



que razão não podem estes serviços ficar sujeitos ao regime geral da contratação pública, sendo os procedimentos aí previstos utilizados com as necessárias adaptações aos critérios de adjudicação? A única razão juridicamente aceitável é defender-se que não existem formas de aferir e medir de modo objetivo os critérios específicos que podem presidir à escolha dos prestadores destes tipos de serviços. Embora esta razão nos pareça longe de estar demonstrada, a sua controvérsia parece suficiente para justificar que o legislador da União não tenha querido ir mais longe. Assim as entidades adjudicantes, ainda que se decidam pelo critério da proposta economicamente mais vantajosa, devem temperá-la com critérios que, não sendo objetivamente mensuráveis, atribuem uma maior liberdade de escolha à entidade adjudicante, ao mesmo tempo que dificultam o escrutínio da adequada opção à luz do interesse público. Voltaremos a este tema quando olharmos para a transposição efetuada pelo anteprojeto.

3.2. Os contratos reservados para determinados serviços à pessoa

O legislador da União Europeia assentou a previsão do regime específico para contratação dos serviços de saúde, sociais e outros serviços específicos à pessoa num outro importante pilar, o da reserva de contratos, nestas áreas, a determinadas entidades, assim criando-se um mercado especial para serviços sociais. Pode dizer-se que lendo o rol de requisitos constantes das alíneas do n.º 2 do artigo 77.º, as instituições para as quais as entidades adjudicantes podem reservar contratos são essencialmente as instituições da Terceiro Setor, da também denominada Economia Social, o que está em linha com diversas políticas da União Europeia neste domínio. Avulta a este respeito a exigência da alínea b) da referida norma que determina que, no que toca às organizações

escolhidas, “os lucros são reinvestidos com vista à consecução do objetivo da organização. Caso os lucros sejam distribuídos ou redistribuídos, tal deve basear-se em considerações de natureza participativa”. Limita-se, contudo esta reserva a um período de três anos (artigo 77.º/3).

A opção pela contratação reservada a certas organizações parece correta atendendo à circunstância de que ela permite levar em consideração, ainda antes da decisão concreta de contratar, um perfil de prestador de serviços que a entidade adjudicante já reconheceu como especialmente apta a assegurar as necessidades públicas em causa. Nesta medida, conforma-se, a priori, o universo de prestadores que podem surgir como co-contratantes da Administração, com base no seu perfil de atuação na economia social.

Justamente para assegurar os princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos recomenda-se que a possibilidade prevista no n.º 1 do artigo 250.º-D seja exercida, tanto quanto possível, de modo normativo, auto-vinculando cada entidade adjudicante, por determinados períodos temporais (vg. um ano ou três anos) a um conjunto de procedimentos reservados a certos tipos de organizações, assim se evitando suspeitas de que a reserva, num procedimento específico, não conhecido antecipadamente, pretendia beneficiar certas organizações em detrimento de outras.

4. O anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos

4.1. As regras pré-contratuais

O anteprojeto seguiu, respeito dos serviços sociais e de outros serviços específicos, a mesma opção da Diretiva, e encontramos nos novos artigos 250.º-A e seguintes um regime especial para estes



setores, não obstante a norma prever que se aplica “o disposto na Parte II”. Como abordou o anteprojeto a tarefa de transposição?

Em primeiro lugar, manteve-se o mesmo limiar da Diretiva para a sujeição ao regime especial, isto é, EUR 750.000, por força do artigo 250.º-A. Esta opção exclui imediatamente boa parte dos contratos celebrados nestes setores, uma vez que grande parte deles tem valores mais baixos do que este limiar.

Em segundo lugar, o artigo 250.º-B assegura a existência do regime obrigatório de publicação de anúncios, quer de abertura do procedimento, quer de adjudicação, não se afastando a este respeito do que é previsto na Diretiva.

Em terceiro lugar, o anteprojeto, no que diz respeito às regras nacionais de conformação dos procedimentos de seleção dos prestadores de serviço, optou por uma previsão em dois níveis: i) nas alíneas do n.º 1 do artigo 250.º-C prevê exatamente as mesmas exigências que encontramos no n.º 2 do artigo 76.º da Diretiva; contudo ii) no n.º 2 do mesmo artigo 250.º-C prevê que “critério de adjudicação a utilizar é o da proposta economicamente mais vantajosa, que apresente a melhor relação qualidade/preço, tendo em conta fatores de qualidade e sustentabilidade para os serviços sociais”, indo mais longe do que a Diretiva e inovando com os critérios previstos nas alíneas do n.º 3:

- “a) A qualidade e humanidade dos cuidados a prestar, avaliada através de histórico de satisfação, entrevistas ou qualidade da descrição dos cuidados na proposta;
- b) Os indicadores ou níveis estimados de impacto social positivo a obter com a execução do contrato”.

Há aqui que sublinhar e louvar como especialmente importante, a correção que o anteprojeto efetua à crítica que havíamos apontado supra ao artigo 76.º da Diretiva e aos critérios aí previstos. Com efeito, se na Diretiva os critérios são compreensíveis, mas muito genéricos e sem qualquer critério ou regra que auxilie na sua concretização, aferição ou medição, nos critérios introduzidos especificamente pelo anteprojeto nas alíneas do n.º 3 do artigo 250.º-C há uma clara preocupação em vincular as entidades adjudicantes a critérios mensuráveis, como se percebe pela referência, na alínea a) ao “histórico de satisfação, entrevistas ou qualidade da descrição dos cuidados da proposta” ou na alínea b) quanto à referência a indicadores ou níveis de impacto social, área que tem conhecido um aprofundamento científico notável³. Apesar de precisarmos de perceber como irão as entidades adjudicantes utilizar estes critérios, pode dizer-se a priori que andou bem o anteprojeto ao colmatar uma falha da Diretiva e ao procurar um equilíbrio melhor entre a proteção das especificidades dos serviços em causa e a necessidade de a Administração Pública assegurar e demonstrar a aquisição dos melhores serviços disponíveis, na prossecução dos interesses públicos que lhe estão atribuídos.

Em quarto lugar, e no que diz respeito à reserva de contratos para certas organizações, o anteprojeto volta a não inovar e transpõe, no artigo 250.º-C o artigo 77.º da Diretiva sem quaisquer novidades.

³ Cf., por todos, Marc J. Epstein e Kristi Yuthas, *Measuring and Improving Social Impacts - A Guide for Nonprofits, Companies, and Impact Investors*, São Francisco, Collins-Bk, 2014.



4.2. Um novo regime contratual substantivo (e a ligação a um novo procedimento pré-contratual)

No que diz respeito à fase pré-contratual, o anteprojecto, mesmo inovando, como vimos, no que toca aos critérios de adjudicação de serviços sociais e outros serviços específicos, acompanhou de perto a Diretiva 2014/24/UE. Já no que diz respeito ao regime substantivo dos contratos que regem estes serviços o anteprojecto inova totalmente face à Diretiva. A novidade encontra-se no artigo 301.º-A, cuja epígrafe é “Contratos com forte componente de inovação”.

O anteprojecto procurou com o artigo referido, entre outros objetivos, assegurar uma linha de continuidade entre o novo regime pré-contratual das parcerias para a inovação, previstas no artigo 31.º da Diretiva e nos artigos 218.º-A a 218.º-D do anteprojecto e um regime contratual substantivo que acautelasse as especificidades dessa mesma inovação. Sucede porém que, também os setores dos serviços sociais e outros serviços específicos se enquadram numa área de inovação - social - que, não só pode convocar a aplicação deste novo mecanismo pré-contratual, como carece, em vida do contrato, de regras específicas para a regulação da prossecução de objetivos de impacto social.

Assim, pode suceder que o regime especial dos artigos 301.º-A e seguintes do anteprojecto, necessite de ser integrado por uma adaptação do mecanismo das parcerias para a inovação, no exercício da discricionariedade permitida pelo n.º 1 do artigo 250.º-C do anteprojecto que prevê expressamente que “[a]tendendo à natureza específica das prestações a adquirir e observados os princípios gerais aplicáveis à contratação pública, as entidades adjudicantes gozam de autonomia na definição das peças procedimentais, podendo afastar ou incluir quaisquer regras ou formalidades”. Isto significa que a combinação do regime pré-

contratual especial dos artigos 301.º-A e seguintes do anteprojeto com o procedimento das parcerias para a inovação é a solução recomendada quanto esteja em causa a aquisição de serviços sociais e outros serviços específicos com uma forte componente de inovação social e que como tal convoquem as preocupações e exigências deste novo procedimento pré-contratual.

O regime pré-contratual resultante da combinação dos artigos 218.º-A e seguintes com os artigos 250.º-A e seguintes é especialmente apto a permitir a celebração dos contratos previstos no artigo 301.º-A, que por essa razão prevê um conjunto de especificidades que atende duplamente às características dos serviços sociais e de outros serviços específicos à pessoa: a inovação e a personalização. Não é, pois, de estranhar que as normas do n.º 2 do artigo 301.º-A do anteprojeto reflitam estas características, permitindo-se que: i) exista a definição das prestações contratuais por referência aos resultados a atingir, sem no entanto haver garantia de obtenção dos mesmos (alínea a)); ii) exista a adoção de esquemas de pagamento associados ao grau de obtenção dos objetivos e resultados, podendo dar origem a situações de ausência de remuneração, com ou sem reembolso dos valores despendidos, bem como a situações em que a remuneração apenas se torna certa após o final da execução das prestações do cocontratante (alínea b)); iii) exista um faseamento adequado da execução do contrato, associada à medição do grau de obtenção dos objetivos, com atribuição de adequados poderes de fiscalização por parte do contraente público (alínea d); iv) exista a adequada flexibilidade das prestações contratuais e dos indicadores de controlo dos resultados, respeitando os limites para as modificações objetivas, nomeadamente, através da previsão no contrato de cenários alternativos (alínea e); e v) exista a possibilidade de o contraente público pôr termo ao contrato, designadamente em fases



intermédias de avaliação dos resultados, sem outra compensação além do pagamento dos valores despendidos com a tentativa de obtenção dos resultados.

Em comum todos estes aspetos do regime substantivo dos contratos com uma forte componente de inovação (social) têm a preocupação com a contratação por resultados (*outcomes*) e não por operação (*outputs*). Esta mudança no modo de olhar para o objeto dos contratos de prestação de serviços, permitindo acomodar a contratação por resultados incertos, mas mensuráveis, ao invés de operações certas mas cujo o impacto é por vezes inexistente face aos objetivos de interesse público a que a entidade pública contratante está obrigada, explica o novo regime do artigo 301.º-A. Ele é da maior importância para a promoção de serviços sociais e outros serviços específicos à pessoa, na medida em que permite qualificar a prestação de serviços a partir de ambas as partes: lança o repto à entidade adjudicante para munir-se de indicadores de impacto social que possam ser medidos e como tal possam integrar os mecanismos pré-contratuais e os contratos consequentes e obriga os potenciais co-contratantes privados a serem capazes de oferecer serviços que assegurem um impacto social efetivo e objetivamente aferido e medido⁴.

Assim, nesta instância interessa-nos o artigo 301.º-A na medida em que refere e se aplica expressamente aos serviços sociais e outros serviços específicos. Com efeito pode ler-se no n.º 1 do artigo que “[é] reconhecida a especificidade dos contratos cujo objeto abranja

4 Avulta aqui a novel figura dos Títulos de Impacto Social (Social Impact Bonds, no original inglês) que já foi alvo de um piloto em Portugal e que à data da elaboração deste artigo é objeto de um procedimento de candidaturas por parte da Estrutura de Missão Portugal Inovação Social.

prestações particularmente ligadas à inovação sob qualquer das suas formas, como os contratos emergentes de parcerias para a inovação, ou *relativos à aquisição de serviços sociais, de saúde ou ensino*, ou de serviços de investigação e desenvolvimento” (itálico e negrito nosso). As normas deste artigo conferem às entidades públicas que adjudiquem contratos de prestação de serviços sociais e outros serviços específicos uma ampla margem de conformação da relação contratual, especialmente habilitada a permitir à entidade pública e a um leque de entidades privadas acordarem modalidades contratuais centradas na obtenção de impacto social.

5. Um balanço preliminar

No que diz respeito à contratação de serviços sociais e outros serviços específicos à pessoa o balanço preliminar do anteprojeto é positivo. Esta apreciação resulta de dois fatores que nos parecem decisivos: a intenção do anteprojeto em vincular as entidades adjudicantes a critérios mensuráveis no âmbito do novo regime pré-contratual especial, para além do disposto na Diretiva e a criação de um novo regime contratual substantivo para oferecer um tratamento integrado pré-contratual/contratual a toda a contratação de serviços sociais e outros serviços específicos, em especial quando essa contratação seja feita por resultados, como tem vindo a ser a tendência crescente.

Como aspetos a melhorar, mas onde a prática poderá ajudar a perceber o melhor modo de o fazer, deixamos duas notas. Em primeiro lugar a opção, que ficou por tomar-se expressamente, por uma auto-vinculação normativa das entidades adjudicantes no que diz respeito ao âmbito



material e temporal da reserva de contratos para certas organizações de economia social, assim promovendo maior transparência e igualdade. Em segundo lugar, a falta de normas que integrassem *a priori* os regimes das parcerias para a inovação e de contratação de serviços sociais e outros serviços específicos, assim evitando dúvidas sobre o modo como cada entidade adjudicante o poderá fazer quando confrontada com a necessidade de lançar um procedimento de aquisição de serviços sociais inovadores.

Planeamento da contratação e consultas preliminares ao mercado

JOSÉ DUARTE COIMBRA¹

1. A «preparação do procedimento» no Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos

Bipartido entre a regulação da *formação* e a regulação da *execução* dos contratos públicos, o subordenamento do Direito Administrativo português dedicado à conformação jurídica desta forma típica de exercício da função administrativa traduz-se, na sua primeira vertente, num conjunto de normas *procedimentais*, especiais em relação à ordenação modelo de *processamento* da atividade administrativa constante

1 Assistente Convidado na FDUL. Investigador do CIDP. Advogado. O texto corresponde à síntese escrita da intervenção oral sobre «Novidades na tramitação dos procedimentos: preparação do procedimento – planeamento da contratação, consultas preliminares e adjudicação por lotes», realizada no dia 14 de setembro de 2016, na Conferência de Debate Público sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos, que teve lugar na FDUL, sob coordenação das Professoras Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins, às quais naturalmente se agradece o convite e louva a iniciativa. Resulta do confronto do título do texto com o da intervenção oral do qual ele resulta escapar-lhe um dos aspetos então abordados – o regime da adjudicação por lotes –, o que se explica pela circunstância de esse tema vir a constituir o objeto de um texto diverso, previsto para publicação noutra local.



do Código do Procedimento Administrativo². O «Direito da Contratação Pública», enquanto componente de um mais vasto «Direito dos Contratos Públicos» é, por isso, Direito Administrativo especial *procedimental*, recortando a sua autonomia, no essencial, em função do *tipo* de ato conclusivo subjacente: o contrato público³.

2 Cfr., aliás, para o reconhecimento dessa especialidade, no que diz respeito aos contratos cujo procedimento de formação é especificamente regulado pela Parte II do Código dos Contratos Públicos (isto é, e numa terminologia que o Anteprojeto não afasta, os “*contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado*”), o n.º 1 do artigo 201.º do CPA. Sobre a norma de *relação normativa* aí contida, que em bom rigor é puramente declarativa, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *sub* artigo 201.º, in F. Quadros *et al.*, *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 447.

3 Cfr., neste sentido, P. COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 28. Assinalando, precisamente no sentido do texto, mas de forma generalizada, que o recorte e o conteúdo de cada procedimento variam em função da especificidade inerente ao tipo de norma ou decisão cuja emissão o procedimento antecede, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa. A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 431. Aponta-se no texto o «contrato público» como constituindo o ato conclusivo dos procedimentos pré-contratuais, embora não se ignore a não univocidade desta perspetiva: a corrente locução «procedimentos adjudicatórios» aponta, precisamente, para a ideia de que os procedimentos pré-contratuais se destinam à prática do ato unilateral de adjudicação (artigo 73.º), do qual emergirá, posteriormente mas de forma relativamente autónoma, o ato bilateral de outorga do contrato (artigo 104.º). Não interessa desenvolver o ponto, embora se avance que, em bom rigor, o ato de adjudicação só é conclusivo de uma das fases em que pode desdobrar-se o procedimento pré-contratual no seu todo: a sua funcionalização a um *dever* de posteriormente celebrar o correspondente contrato, que o CCP aliás acentua (cfr., designadamente, os n.ºs 4 e 5 do artigo 105.º), comprova a relativa falta de *autonomia* do ato adjudicatório. O mesmo é afirmar, portanto, o “*papel instrumental do ato relativamente ao contrato, pois que é este último que representa o momento culminante do procedimento contratual*”, o que significa caber em relação a qualquer ato pré-contratual, e portanto também à adjudicação, a perspetiva de estar em causa um “*ato ordenado ao contrato*” (cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 647 e 649). Configurando, do modo que parece correto, o procedimento de adjudicação como um subprocedimento (por seu turno divisível em outros subprocedimentos) integrado no mais amplo procedimento de formação do contrato, cfr. P. COSTA GONÇALVES, *Direito*, cit., p. 333.

As normas *comuns* sobre formação de contratos públicos constantes do Código dos Contratos Públicos ('CCP') – que neste aspeto se limitaram a integrar uma bem conhecida tradição da literatura nacional sobre assunto⁴ – assumiram, a respeito do início do procedimento de formação de qualquer contrato, a sua identificação com a emissão da *decisão de contratar*⁵. O Anteprojeto de Revisão do Código, conhecido em agosto de 2016, não contraria esta opção fundamental, sendo aliás de assinalar que das projetadas alterações no regime da decisão de contratar resulta o reforço da sua relevância enquanto ato administrativo propulsor e *justificante* da necessidade de «ir ao mercado»⁶.

4 A referência é, naturalmente, a J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, cit., pp. 537-538 e 656-676.

5 A referência é, naturalmente, à primeira parte do n.º 1 do artigo 36.º do CCP. Sobre vários aspetos que envolvem a *decisão de contratar*, que no texto não interessa naturalmente retomar, antes e depois da aprovação do CCP, para além da referência citada na nota anterior, cfr., *v.g.*, M. REBELO DE SOUSA, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa: LEX, 1994, pp. 43 e ss., M. OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 138 e ss., P. COSTA GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 205-207, IDEM, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 88-89, IDEM, *Direito*, cit., pp. 175-189, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos (Direito Administrativo Geral, III)*, Lisboa: Dom Quixote, 2008, pp. 94-95, T. DUARTE, *A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês*, in P. Costa Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 147-180, J. AMARAL E ALMEIDA/P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 275-280, M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 776 e ss., M. J. ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 360-362, IDEM, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 377 e ss., A. LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 95-97, M. ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 771 e ss. e L. VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa: AAFDL, 2015, pp. 219-232.

6 Sem que interesse desenvolver o seu alcance, as alterações que o Anteprojeto se propõe introduzir quanto ao regime da decisão de contratar previsto no artigo 36.º do



A conservação da *decisão de contratar* como momento genético dos procedimentos pré-contratuais não significa, no entanto, que do Anteprojeto não resulte uma impressionante alteração de perspectiva quanto à faseologia inicial típica deste tipo de procedimentos. Basta olhar à nova designação do Capítulo I do Título II da Parte II para compreender a “aposta” que é agora feita em mecanismos – já antes naturalmente cabíveis ao abrigo da discricionariedade instrutória garantida através da norma (geral) de legalidade procedimental da função administrativa⁷, mas expressamente reduzidos aos anúncios pré-procedimentais (artigos 34.º e 35.º) – globalmente destinados à *preparação do procedimento*. Subjacente a esta opção parece estar, portanto, a compreensão de que os objetivos reguladores do Direito da Contratação Pública não se bastam com a previsão complexa e criteriosa de *procedimentos de formação* em sentido estrito, reclamando, num momento prévio ao início destes procedimentos, a institucionalização de mecanismos destinados ao *refinamento* da concreta necessidade de interesse público a prosseguir com a atividade procedimental posterior e ao *refinamento* dessa pró-

CCP são as seguintes: (i) desde logo, é acrescentada a referência expressa à necessidade da sua fundamentação (n.º 1); (ii) em segundo lugar, é regulada a necessidade de emissão de uma espécie de decisão de contratar «qualificada», cuja fundamentação deve integrar, para além de uma avaliação do custo/benefício, um conjunto de outras referências, quando se trate da formação de contratos de valor igual ou superior a € 5 M (n.º 3) ou, no caso de se tratar de estar em causa a utilização da parceria para a inovação, a € 2,5 M (n.º 4). Se a exigência de fundamentação acentua a validade da proposição – já relativamente incontestável, de resto – segundo a qual está em causa, na decisão de contratar, um verdadeiro ato administrativo, as demais especificações revelam, ainda que de modo circunscrito em relação a contratos de elevado valor, o que de imediato se assinalará no texto em relação à função de *síntese* que a decisão de contratar ocupa em relação à atividade pré-procedimental anterior.

7 Sobre a norma de legalidade aplicável ao exercício procedimentalizado da função administrativa e o seu efeito atributivo de competência e de discricionariedade, cfr. D. DUARTE, *A Norma*, cit., pp. 403 e ss. e 465 e ss.

[Voltar ao índice](#)

pria atividade procedimental pré-contratual, formalmente iniciada com a *decisão de contratar*. Num esquema simples, a proposta do Anteprojeto parece assumir a perspectiva de que (1) a *preparação adequada* terá o condão de conduzir à promoção do (2) *procedimento adequado*, que por sua vez garantirá, em princípio, que a entidade adjudicante venha a celebrar o (3) *contrato adequado*, isto é, o contrato que corresponda ao nível de otimização possível correspondente ao cruzamento das várias normas conformadoras do espaço inicial de discricionariedade – mais ou menos intenso – que envolve o início da atividade procedimental pré-contratual de tais entidades⁸.

A esta luz, o que do Anteprojeto também resulta é a acentuação da complexidade estrutural da atividade pré-contratual pública: assumindo a convencionalidade inerente à ordenação das classicamente designadas «fases» de um dado procedimento administrativo, a *preparação do procedimento* corresponde agora⁹ a uma espécie de «fase propedêutica» dos procedimentos pré-contratuais em sentido próprio. Embora seja difícil ordenar os diversos mecanismos contidos nos artigos 34.º, 35.º, 35.º-A e 35.º-B num esquema sequencial que lhes confira a estrutura de um real (*sub*)*procedimento*, por nessas disposições estarem em causa, em bom rigor, mecanismos (alguns dos quais tão só eventuais) relativamente *avulsos* de preparação procedimental, é em qualquer caso relativamente indisputável a unidade finalística que os

8 Sobre a determinação dos graus de discricionariedade nos vários momentos de exercício da «autonomia pública contratual», cfr., ainda e sempre atual, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, cit., pp. 589 e ss.

9 Sobre o relevo das atividades pré-procedimentais na conformação dos procedimentos de formação de contratos públicos, cfr., com especial destaque, M. ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, cit., pp. 683 e ss.



orienta, já identificada em torno de uma ideia comum de *refinamento* da atividade procedimental posterior. Sob esta perspectiva, mantendo-se válida a proposição segundo a qual a *decisão de contratar* traduz o *início* do esquema comum de ordenação dos procedimentos pré-contratuais previstos no Código dos Contratos Públicos, parece poder adicionar-se, em complemento, a proposição segundo a qual a *decisão de contratar* constitui, ela própria, o *fecho* de um conjunto de atividades instrutórias anteriores, que o Anteprojeto ordena sob a designação de *preparação do procedimento*¹⁰. Para além de marcar o início do procedimento pré-contratual, a *decisão de contratar* marca, agora de forma bastante acentuada pelo legislador do Anteprojeto, o fim das atividades instrutórias pré-procedimentais, devendo, por isso mesmo, refletir o resultado do material aí eventualmente recolhido e que empreste à *definição* da necessidade de interesse público sintetizada nessa decisão propulsora maior *refinamento* e, também, maior *legitimação*¹¹.

É à análise dedicada de duas dessas atividades instrutórias pré-procedimentais agora previstas pelo Anteprojeto que se dedica o texto: na perspectiva de *direito a constituir* que a circunstância de se escrever sobre Direito ainda não vigente sempre reclama, a exposição subsequente integra o duplo objetivo de dar a conhecer e comentar: (i) o novo regime do «planeamento da contratação» contido no artigo 35.º-A (2.) e (ii) o novo regime das «consulta[s] preliminar[e]s ao mercado» contido no artigo 35.º-B (3.).

10 Sublinhando por isso que “a *decisão de contratar* é, simultaneamente, ato inicial e ato final”, cfr. P. COSTA GONÇALVES, *Direito*, cit., p. 175; no mesmo sentido, M. ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, cit., pp. 771-772.

11 Já assim, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, cit., pp. 656-666.

2. O novo regime do «planeamento da contratação» (artigo 35.º-A)

a) Sem que tal resultasse de qualquer imposição (ou sequer de qualquer permissão) de transposição das Diretivas de 2014 e sem que, nos anos de vigência do Código, a pertinência de um mecanismo do tipo tivesse vindo a ser sugerido ou discutido de forma significativa, o novo artigo 35.º-A que o Anteprojeto se propõe a introduzir no CCP integra um conjunto de normas destinadas a constituir o que genericamente designa por «planeamento da contratação». Trata-se, portanto, e no que ao Direi-
to português diz respeito¹², de uma inovação «absoluta» do Anteprojeto.

12 Embora não haja elementos (designadamente no texto introdutório do Anteprojeto) que confirmem esta impressão, parece que as soluções do Anteprojeto quanto ao «planeamento da contratação» foram em alguma medida influenciadas pelo Direito italiano, que há muito conhece mecanismos dedicados à *programação* da atividade pré-contratual das entidades adjudicantes, não exclusivamente materializados na aprovação de *programas* como o agora previsto no artigo 35.º-A proposto pelo Anteprojeto, mas que também os incluem. No novo *Codice degli appalti e delle concessioni* italiano (aprovado pelo *Decreto Legislativo* de 18 de abril de 2016, n.º 50), a matéria da *Planificazione, Programazione e Progettazione* é objeto de todo o Título III da Parte I (artigos 21.º a 27.º), importando, por agora, fazer referência ao artigo 21.º, em cujos termos se estabelece o dever de aprovação de um *programma biennale* de aquisições de bens e serviços de valor igual ou superior a € 40.000 e um *programma triennale* de empreitadas de obras públicas de valor igual ou superior a € 100.000, ambos a atualizar anualmente (para primeiras ilações sobre esta disposição, cfr. L. PORPORATO, *Nuovo codice degli appalti: le novità per i professionisti tecnici. Commento al Decreto Legislativo n. 50/2016 (G.U. 19 aprile 2016, n. 91)*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, pp. 10-14 e S. USAI, *Nuovo codice appalti: è obbligatoria la programmazione degli acquisti di beni e servizi*, disponível [aqui](#)). Trata-se, como se anunciou, de uma solução que já constava de regimes jurídicos italianos anteriores, em especial: (i) do artigo 14.º da *Legge quadro in materia di lavoro pubblici (Legge Merloni)*, aprovada pela *Legge* de 11 de fevereiro de 1994, n.º 109; (ii) do artigo 128.º do *Codice* de 2006 (aprovado pelo *Decreto Legislativo* de 12 de abril de 2006, n.º 16) e, mais recentemente, (iii) do parágrafo 505 da *Legge di stabilità* de 2016 (aprovada pela *Legge* de 28 de dezembro de 2015, n.º 208). Já resultava dos dois primeiros a obrigação de aprovação do *programma triennale* de empreitadas de obras públicas; o *programma biennale* de bens e serviços parece ter sido pela primeira vez introduzido pela *Legge di stabilità* de 2016, sendo agora incorporado pelo novo *Codice*. Sobre as soluções italianas nesta matéria, em especial perante o disposto no artigo 128.º do *Codice* de 2006, cfr. S. RUSCICA, *La programmazione delle opere pubbliche*, in F. Saitta (a cura di), *Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova: CEDAM, 2008, pp. 973-991; E.



No essencial, resulta das normas contidas no artigo 35.º-A: (i) o dever de as entidades adjudicantes – portanto, quaisquer entidades adjudicantes assim qualificadas nos termos dos artigos 2.º ou 7.º – aprovarem um programa bienal (n.º 1) do qual conste a previsão, meramente orientadora (n.º 2), dos contratos de aquisição ou locação de bens e serviços, das empreitas e concessões de obras públicas e das concessões de serviços públicos que projetem celebrar nos dois anos seguintes; (ii) o dever de esse programa, apesar da sua vocação bienal, ser atualizado anualmente (parte final do n.º 1); (iii) a faculdade de nesse programa os contratos projetados serem indicados por “*grandes categorias*” (parte inicial do n.º 3); (iv) o dever de nesse documento se indicarem, de forma autonomizada, os «contratos comunitários» cujo valor estimado se revele superior aos limiares de aplicação das Diretivas (parte final do n.º 3); e (v) o dever de publicitar a versão final do programa bienal no sítio da Internet da entidade adjudicante e no portal dos contratos públicos (n.º 4).

Não é difícil identificar a *funcionalidade* subjacente à previsão de um mecanismo deste tipo: provavelmente *eixado* sob o desígnio da «boa administração», tão em voga no Direito Administrativo português, o programa bienal projetado no artigo 35.º-A do Anteprojeto serve um propósito global de *boa gestão* no domínio da Contratação Pública, que se reflete, também, em outras novidades introduzidas pelo Anteprojeto: pense-se, por exemplo, na previsão da decisão de contratar «qualificada» agora exigida para contratos de valor superior a € 5 M (n.º 3 do

STICCHI DAMIANI, La programmazione dei lavori pubblici, in M. A. Sandulli/R. De Nicolis/R. Garofoli (dir.), *Trattato sui Contratti Pubblici*, II, Milano: Giuffrè, 2008, pp. 1021-1054; R. M. BUCCHI, Programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori (artt. 126-141), in M. Sanino (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino: UTET, 2008, pp. 574-579 e G. PELLEGRINO, *sub* Art. 128.º, in R. Garofoli/G. Ferrari, *Codice degli Appalti Pubblici*, II, 4.ª ed., Roma: Nel Diritto Editore, 2011, pp. 1306-1311.

artigo 36.º) ou, já em fase de execução, na figura do gestor do contrato (artigo 290.º-A). O texto introdutório que acompanha o Anteprojeto denuncia, de resto, esta finalidade: a “*obrigatoriedade de planeamento da contratação pública por parte das entidades adjudicantes*”, traduzida na obrigação de aprovação de um programa bienal de aquisições, é apontada, juntamente com aquelas duas outras novidades, como uma das “*medidas de transparência e boa gestão pública*” que o Anteprojeto se propõe a introduzir no Direito português da Contratação Pública. Ainda neste plano relativamente transpositivo, não é também difícil reconduzir o mecanismo agora projetado no artigo 35.º-A a algumas «linhas de força» saídas da revisão das Diretivas de 2014: a promoção da *eficiência na contratação*, por um lado, e a promoção da *transparência das atividades de contratação*, por outro¹³. Como documento *orientador e planificador* da atividade de contratação num período de médio prazo (dois anos), o programa bienal serve, portanto, o duplo propósito de (i) reforçar as exigências de programação interna quanto às futuras aquisições das entidades adjudicantes e de (ii) garantir previsibilidade para o mercado quanto a essas aquisições.

O programa bienal assume-se, portanto, como um instrumento pre-visual específico da atividade de contratação das entidades públicas (e outras entidades adjudicantes). Nestes termos, o instrumento agora projetado para o novo artigo 35.º-A tem algum paralelo com os mecanismos

13 Sobre estas e outras «linhas de força» que resultam das Diretivas de 2014, cfr., v.g., S. ARROWSMITH, *Law of Public and Utilities Procurement*, I, 3.ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2014, paras. 3-46 e ss; na literatura nacional, por exemplo, M. J. ESTORINHO, *Curso*, cit., pp. 117 e ss., IDEM, Uma oportunidade perdida... Breve apreciação crítica do Anteprojeto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 118 (julho/agosto 2016), p. 5 e R. MEDEIROS, The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview, in L. Valadares Tavares/R. Medeiros/D. Coelho, *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, Lisboa: AP-MEP, 2014, pp. 32-33.



– oriundos das Diretivas – já previstos nos artigos 34.º e 35.º do Código: os *anúncios de pré-informação* e os *anúncios periódicos indicativos*. Essa conexão é, de resto, pressuposta pela parte final do n.º 2 do próprio artigo 35.º-A, ao apontar para a circunstância de o programa bienal poder servir de *base* para a publicação desses anúncios pré-procedimentais, cujo regime – reconhecidamente *inefetivo* nos anos de vigência do CCP¹⁴ – poderia, aliás, ser objeto de uma revisão mais profunda do que aquela que o Anteprojeto lhe dedica, designadamente tendo em vista o esclarecimento da *obligatoriedade* ou *facultatividade* da sua publicação¹⁵ e, em especial,

14 A comprovação da afirmação do texto é facilmente obtida: basta aceder à versão eletrónica do Suplemento do *JOUE* consagrado aos contratos públicos (*Tenders Electronic Daily*, disponível [aqui](#)) e verificar o número relativamente diminuto de anúncios pré-procedimentais publicados por entidades adjudicantes portuguesas.

15 Na versão ainda vigente, os artigos 34.º e 35.º do CCP apontam para a *obligatoriedade* da publicação dos anúncios de pré-informação e periódicos indicativos: o “*dever*” que consta dos n.ºs 1 de ambas as disposições reflete, necessariamente, a presença de uma norma impositiva (sem que valha, naturalmente, o raciocínio – provavelmente contaminado pela *prática* – de que esse *dever* não é jurídico, mas «de pura gestão»). Essa *obligatoriedade* de publicação tinha, à época, arrimo nos correspondentes artigos 35.º da Diretiva 2004/18/CE e 41.º da Diretiva 2004/18/CE, ambos apelando, na versão portuguesa, à ideia de que as entidades adjudicantes “*darão a conhecer (portanto: devem dar a conhecer) por meio de um anúncio (...)*”, pese embora na Diretiva 2004/17/CE essa obrigação apenas surgisse na hipótese de a entidade adjudicante pretender fazer uso da possibilidade de redução do prazo para a apresentação das propostas (cfr. o par. 4 do n.º 1 do artigo 41.º). No Anteprojeto é introduzida uma não facilmente compreensível distinção entre o regime dos anúncios de pré-informação dos «setores clássicos» (cuja publicação se mantém objeto de um *dever*: cfr. o n.º 1 do artigo 34.º), o regime dos anúncios de pré-informação de concessão de serviços sociais (cuja publicação constitui objeto de uma *faculdade*: cfr. o n.º 2 do artigo 34.º) e os anúncios periódicos indicativos relativos aos «setores especiais» (cuja publicação é novamente encarada como uma *faculdade*: cfr. o n.º 1 do artigo 35.º). Parece, no entanto, que esta desarmonia do Anteprojeto assenta em algumas incompreensões retiradas da leitura das Diretivas de 2014: (*i*) como a versão em várias línguas das Diretivas o confirma, a publicação dos anúncios de pré-informação dos «setores clássicos» (artigo 48.º da Diretiva 2014/24/UE) e dos anúncios periódicos indicativos dos «setores especiais» (artigo 67.º da Diretiva 2014/25/UE) é agora prefigurada pelo legislador europeu como uma efetiva *faculdade* (a expressão portuguesa “*podem dar a conhecer*” surge, noutras línguas, sempre com o mesmo sentido: “*may make know*”, “*peuvent faire connaître*”, “*possono rendere nota*”, “*können ihre Abschiit (...) bekanntge-*

a clarificação sobre o seu âmbito (devem abranger *vários contratos*, numa lógica anual, ou apenas *contratos individualizados*?). Quanto a este último aspeto, importa assinalar que o Anteprojeto, na linha do já previsto na versão originária do Código, continua a assumi-los como instrumentos previsionais de largo espectro, nos termos dos quais deve ser indicado o preço de “*todos os contratos a celebrar durante os 12 meses seguintes*”. Trata-se, no entanto, de uma opção relativamente controversa. Para além do facto de esta configuração corresponder a uma duvidosa leitura do que as Diretivas estabelecem sobre o assunto¹⁶, o que o novo regime do

ben” e “*podrán dar a conocer*”), assim se invertendo, de forma aliás muito clara, a solução das Diretivas de 2004; (ii) diferente é o cenário relativamente aos anúncios de pré-informação relativos a concessões de serviços sociais: o n.º 3 do artigo 31.º da Diretiva 2014/23/UE aponta efetivamente, e em qualquer versão linguística, para a deverosidade da sua publicação; (iii) noutro plano, e ao contrário do pressuposto pela remissão que o n.º 2 do artigo 35.º do Anteprojeto efetua para os n.ºs 2 e 3 do artigo 31.º desta última Diretiva, importa ter em conta que, em rigor, o n.º 2 não trata da matéria dos anúncios de pré-informação, mas sim dos anúncios de concessão, o que naturalmente escapa ao objeto de todo o artigo 34.º do Anteprojeto. O que daqui se retira é, em termos pragmáticos, o seguinte: o alinhamento dos artigos 34.º e 35.º do CCP na versão Anteprojeto com o disposto nas Diretivas de 2014 exige: (i) que o n.º 1 do artigo 34.º se harmonize com o n.º 1 do artigo 35.º, no sentido de ambos passarem a determinar que os anúncios em causa *podem* ser enviados; (ii) que no n.º 2 do artigo 34.º se assuma a solução inversa: os anúncios aí previstos *devem* ser enviados para publicação; (iii) por fim, que se elimine desse mesmo n.º 2 do artigo 34.º a referência ao n.º 2 do artigo 31.º da Diretiva 2014/23/UE. De resto, a impropriedade de configurar a publicação dos anúncios de pré-informação como objeto de um dever ressalta da forma como o n.º 2 do artigo 136.º do CCP (quer na versão vigente, quer na versão do Anteprojeto) configura a possibilidade de encurtamento do prazo para apresentação de propostas: o facto de se referir “*quando tenha sido publicado o anúncio*” é a prova de que o ordenamento jurídico admite a possibilidade de o anúncio *poder não ter sido* publicado.

16 É certo que as Diretivas de 2004 pareciam configurar os anúncios de pré-informação e os anúncios pré-indicativos como mecanismos de *programação anual* das entidades adjudicantes: nos termos do artigo 35.º da Diretiva 2004/18/CE, por exemplo, era clara a indicação de que desses anúncios deveria constar a indicação do “*valor estimado dos contratos ou dos acordos-quadro, por grupo de produtos, que tencionam celebrar durante os doze meses seguintes*”, sendo no entanto certo que o conteúdo de tais anúncios tal como resultava do Anexo VII A parecia apontar, diferentemente, para uma lógica *contra a contrato*. Das Diretivas de 2014 parece resultar, diferentemente, a clara assunção de que



«planeamento da contratação» revela é, muito provavelmente, a desnecessidade de esses anúncios pré-procedimentais servirem, como lhes era apontada, a missão de um “*plano anual de contratação pública*”¹⁷. Essa missão, agora numa lógica bienal, é entregue, precisamente, ao *programa* previsto no artigo 35.º-A, não se descortinando, portanto, qual possa ser a utilidade da duplicação de instrumentos previsionais do mesmo género.

os anúncios de pré-informação e os anúncios periódicos indicativos apenas abrangem *contratos individualizados*, não servindo, portanto, para a indicação agrupada dos contratos a celebrar nos próximos doze meses. Isso resulta, desde logo, do facto de, por exemplo no n.º 1 do artigo 48.º da Diretiva 2014/24/UE se referir os “*concursos programados*”, sem qualquer referência temporal anual – trata-se, portanto, de dar conta de *cada um* dos concursos programados, sendo certo que o disposto no último par. do n.º 2 desse mesmo artigo (em cujos termos “*o período abrangido pelo anúncio de pré-informação não pode ser superior a doze meses a contar da data em que o anúncio é publicado*”) apenas se refere aos anúncios de pré-informação relativos aos concursos limitados e aos procedimentos de negociação e tem, nesse contexto, um distinto alcance: o que aí está em causa é a fixação de um intervalo temporal máximo entre o anúncio de pré-informação e o anúncio do concurso propriamente dito, que não pode ser superior a doze meses. Para além disso, esta lógica *individualizada* (isto é, *contrato a contrato*) ressalta de modo muito claro dos termos constantes da Secção I da Parte B do Anexo V (que fixa, justamente, o modelo dos anúncios de pré-informação referidos no artigo 48.º): esses anúncios devem conter, entre outras indicações, uma “*breve descrição do contrato*” e a “*indicação sobre se o contrato é ou não abrangido pelo GPA*”. Parece por isso poder concluir-se que, ao invés do estabelecido nas Diretivas de 2004, as Diretivas de 2014 assumem os anúncios pré-procedimentais segundo uma lógica individualizada e não agrupada. Por essa razão – e, para além disso, como resulta do texto, para evitar duplicações com o programa bienal agora previsto no artigo 35.º-A –, talvez fosse conveniente que os artigos 34.º e 35.º do Código, na versão do Anteprojecto, que ainda os assumem como instrumentos de *programação anual*, fossem revistos em conformidade.

17 Neste sentido, assacando-lhes a função de, por um lado, “*permiti[r] aos potenciais interessados antever os contratos a cuja adjudicação mais lhes convirá candidatar-se ou concorrer e permitindo-lhes portanto organizar-se nesse sentido de maneira a melhor rentabilizar os seus meios produtivos*” e de, por outro, promover a transparência da atividade das entidades adjudicantes, cfr. M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, cit., p. 809. Trata-se, como facilmente se constata, de finalidades agora *integradas* pelo programa bienal.

b) Sobre a arquitetura do projetado novo artigo 35.º-A, comece por assinalar-se, em termos puramente formais, que a epígrafe «planeamento da contratação» não perderia em ser alterada. Em rigorosos termos, o «planeamento da contratação» inclui mecanismos que não se esgotam na aprovação do programa bienal – a publicação de anúncios pré-procedimentais (artigos 34.º e 35.º) e a realização de consultas preliminares ao mercado (artigo 35.º-B) constituem, justamente, exemplos de figuras dedicadas ao *planeamento da contratação*, o que significa que o «planeamento da contratação» é, afinal, o objeto de todo o Capítulo I do Título II da Parte II. Neste sentido, talvez a legística não perdesse com a alteração da epígrafe do artigo 35.º-A para «Programa Bienal de Contratação» ou, na linha do pressuposto pelo texto introdutório que acompanha o Anteprojecto, para «Programa Bienal de Aquisições», já que é apenas disso que se trata nesta disposição¹⁸.

c) O principal aspeto do regime associado ao programa bienal previsto no artigo 35.º-A que merece ser destacado diz respeito à sua *vinculatividade*: o programa bienal assume-se como um documento com “*natureza meramente indicativa*”, servindo um propósito “*meramente orientador*” da planificação, lançamento atempado e gestão eficiente dos contratos públicos (n.º 2)¹⁹.

18 Acessoriamente, talvez a designação do próprio Capítulo I do Título II da Parte II do Código – «Preparação do Procedimento» – ganhasse também em ser alterada para «Planeamento da Contratação», já que, em bom rigor, do que dele consta são mecanismos *globais* de preparação de *procedimentos* e não apenas de *um procedimento* em concreto.

19 O enunciado deste n.º 2 do artigo 35.º-A não perderia em ser revisto: note-se, por exemplo, que o “*lançamento atempado*” parece referir-se aos “*contratos públicos*”, o que não é tecnicamente nada rigoroso, na medida em que os contratos se celebram, não se *lançam*; para além disso, a indicação de que o programa bienal serve de *base* para a publicação dos anúncios pré-procedimentais dos artigos 34.º e 35.º parece implicar a ideia de que, tal como a aprovação do programa bienal, também a publicação destes anúncios



Desta assumida aproximação do programa bienal a um instrumento de puro *soft law* resultam, de forma aliás bastante natural, duas consequências principais: (i) nenhuma entidade adjudicante pode ser compelida a dar início aos procedimentos pré-contratuais projetados no programa bienal²⁰; (ii) e a nenhuma entidade adjudicante pode ser imputada qualquer ilegalidade sempre que decida dar início a procedimentos pré-contratuais não projetados no programa bienal. Não está em causa, portanto, um instrumento de *autovinculação* das entidades adjudicantes, o que facilmente se compreende à luz dos objetivos subjacentes: a aprovação e divulgação de um programa bienal de aquisições serve, para além do já apontado objetivo de racionalização interna da atividade de contratação, também um propósito de *comunicação com o mercado*, da qual pode resultar, muito justamente, e mesmo sem necessidade de realização de qualquer consulta preliminar nos termos do artigo 35.º-B, a impossibilidade (técnica ou de condições contextuais de mercado) ou a inadequação (por exemplo, ao nível da divisão em lotes) das previsões e expectativas da entidade adjudicante. Nessas hipóteses, a publicação do programa bienal servirá, então, para o *despiste* de projetos de contratação; qualquer *vinculatividade* que se associasse ao seu conteúdo contrairia, de forma injustificada, a prossecução deste objetivo.

d) Da não-vinculatividade do conteúdo do programa bienal parece, por sua vez, poder retirar-se uma outra consequência: a insusceptibilidade da sua impugnação contenciosa.

é obrigatória, o que já se viu não ser o caso (cfr. a nota 15). Uma alternativa global de redação para todo o n.º 2 poderia ser, portanto, a seguinte: «o programa bienal tem carácter meramente indicativo e serve como documento orientador da planificação de futuros procedimentos pré-contratuais e da gestão eficiente dos contratos já celebrados».

20 Também com esta conclusão, à luz das soluções italianas do *Codice* de 2006, S. RUSCICA, *La programmazione*, cit., pp. 985-986 e E. STICCHI DAMIANI, *La programmazione*, cit., pp. 1050-1051.

A *inimpugnabilidade* a que se apela não resulta, ao contrário do que poderia julgar-se, da mera circunstância de estar em causa uma atuação procedimental não-deôntica (isto é, não constitutiva de qualquer sentido de *dever ser* para a entidade adjudicante ou para qualquer outro sujeito), na medida em que o ordenamento processual português permite, com grande abertura, a dedução de pedidos não exclusivamente vocacionados para a reação contra ações deônticas de entidades públicas ou de entidades privadas no exercício de funções públicas²¹. Mais do que de qualquer dado estrutural associado à *natureza* do documento em questão, essa inimpugnabilidade resulta, pura e simplesmente, da tendencial impossibilidade de qualquer sujeito do ordenamento conseguir demonstrar com sucesso qualquer *prejuízo efetivo* que a aprovação do programa bienal lhe acarrete e, por isso, fazer valer com sucesso o necessário índice de *interesse processual* associado a uma eventual reação jurisdicional *contra* esse documento²². Para além disso, qualquer reação jurisdicional contra o programa bienal teria que enfrentar o comando que impede os tribunais de procederem ao controlo da conveniência, mérito ou oportunidade das atuações jurídico-públicas. Parece no entanto que qualquer apreciação jurisdicional que viesse a incidir

21 Cfr., por exemplo, a alínea *h*) do n.º 2 do artigo 2.º do CPTA.

22 Talvez se admita uma exceção: num cenário em que esteja em causa uma entidade pública, a possibilidade de, num cenário de litígio interorgânico no interior da entidade, o programa bienal vir a ser *impugnado* por parte de outro órgão da entidade em causa, isto com base nas possibilidades largas que o CPTA oferece a este tipo de litígios (cfr., embora pensadas para a impugnação de atos administrativos – qualificação dificilmente predicada ao conteúdo do programa bienal –, a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 51.º e a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 55.º). É, em qualquer caso, uma possibilidade bem remota, apenas configurável na hipótese de, em desvio institucional, um determinado órgão, sem competências para o efeito, aprovar o programa bienal da respetiva entidade e de, por essa razão, o órgão para tanto competente se vir na necessidade de contra o mesmo reagir, alegando que essa aprovação *indevida* compromete as condições de exercício das suas próprias competências.



sobre o conteúdo de um dado programa bienal dificilmente escaparia à interferência com opções de pura gestão definidas pela entidade adjudicante, o que, de acordo com o modelo de separação de poderes vigente, naturalmente conduziria à *restrição da intensidade* da fiscalização jurisdicional. Se em função do primeiro aspeto é difícil não antecipar outra decisão que não a de *inadmissibilidade* de uma ação de *impugnação* do programa bienal, já este segundo conduziria, em qualquer caso, para a sua necessária *improcedência*. Em tese colocável, a hipótese da reação jurisdicional *contra* um dado programa bienal tem, por isso, pouquíssimas condições para poder vir a revelar-se bem-sucedida²³.

Desta apontada *intocabilidade* processual do programa bienal não se segue, no entanto, qualquer insusceptibilidade de o mesmo ser alvo de alterações pontuais (mesmo fora do quadro da atualização anual prevista na parte final do n.º 1) ou, mesmo, de uma substituição integral,

23 Para o debate da questão no Direito italiano, perante o *programma triennale* de obras públicas previsto no *Codice* de 2006, também apelando à genérica *impossibilità* prática de alegação de um grau de *lesividade* capaz de assegurar a admissibilidade de uma ação impugnatória *direta* contra o programa, isto apesar de o *Consiglio di Stato* já ter admitido, ao contrário do que parece ser a tendência retirada de algumas decisões dos *TAR*, a sua impugnabilidade, negando – o que parece certo – que estivesse em causa um ato puramente *interno* das entidades adjudicantes, cfr. S. RUSCICA, *La programmazione*, cit., pp. 979-980 e G. PELLEGRINO, *sub* Artigo 128.º, cit., p. 1310. A dúvida sobre os contornos exatos da impugnabilidade dos *programmi* italianos não parece, no entanto, ser transponível para o cenário português, caso se concretize a introdução do artigo 35.º-A no CCP: não apenas porque o conteúdo do programa bienal é bem menos denso do que o previsto na legislação italiana, mas também porque, ao contrário das dúvidas que também possam surgir a respeito das disposições italianas, o artigo 35.º-A é claro no sentido da não-vinculatividade do programa. Ora, é desta não-vinculatividade que resulta a mais do que provável inimpugnabilidade do documento – inimpugnabilidade que, volte a sublinhar-se, não resulta *diretamente* do facto estar em causa uma ação não deôntica (não constitutiva de dever ser, portanto), mas sim *indiretamente*: o facto de no programa bienal apenas se *projetar, sem efeito vinculativo*, a celebração de dados contratos leva a que dificilmente qualquer sujeito do ordenamento consiga ser bem sucedido na alegação de *prejuízos* (e, portanto, na demonstração do seu *interesse processual*) que veja repercutidos na sua esfera jurídica *por causa* do programa bienal.

mesmo antes de decorrido o seu período temporal bienal de vigência. Oficiosamente promovidas pela própria entidade que o aprovou, *solicitadas* por outra entidade (por exemplo, por uma entidade pública que sobre ela exerça quaisquer poderes supervisivos) ou *sugeridas* por qualquer operador do mercado, a possibilidade (incondicionada)²⁴ de alteração do programa bienal resulta, naturalmente, da disponibilidade que quem o aprova detém sobre o seu conteúdo.

e) A *não-vinculatividade* do conteúdo do programa bienal não deve ser confundida com outro aspeto, distinto, que se prende com a *deverosidade* da sua aprovação.

Estabelecendo, com recurso à forma indicativa, que “*as entidades adjudicantes aprovam um programa bienal*”, o que a primeira do n.º 1 do artigo 35.º-A integra é, na realidade, uma verdadeira norma impositiva: as entidades adjudicantes *devem aprovar* o referido programa bienal²⁵. A aprovação do programa bienal não é, portanto, objeto de uma *faculdade*, mas sim, e como acima se havia já assinalado, de um verdadeiro *dever*, em cujo âmbito subjetivo se integra, sem exceção, qualquer entidade adjudicante.

24 Sem que interesse entrar na *qualificação jurídica* do programa bienal, parecem seguras as conclusões de que não está em causa nem um documento composto por atos administrativos, nem um documento composto por normas administrativas. A *incondicionalidade* da sua modificabilidade que se referiu no texto tem apenas o significado de indicar que a alteração do programa bienal não se encontra naturalmente sujeita aos requisitos que o ordenamento prescreve para as hipóteses de modificação de atos ou normas administrativas.

25 Sobre a possibilidade de identificação de discursos diretivos em enunciados formulados sob a forma indicativa (que é o que justamente acontece perante o n.º 1 do artigo 35.º-A do Anteprojeto), cfr., *v.g.*, A. ROSS, *Directives and Norms*, London: Routledge & Kegan Paul, 1968, pp. 34-38.



Diferente é a questão de saber qual a consequência associada ao eventual não cumprimento desse dever. O artigo 35.º-A não estabelece qualquer mecanismo de *enforcement* capaz de forçar a aprovação do programa bienal, não associando igualmente qualquer *cominação* (para a entidade em causa ou para os titulares dos respetivos órgãos) à eventualidade da sua não aprovação ou à sua não atualização anual, o que confere ao regime do «planeamento da contratação» a natureza global de uma *lex imperfecta*. O que se compreende – e justifica – em função da já assinalada natureza «programática» e não-vinculativa do seu conteúdo. A «filosofia» inspiradora do programa bienal, em parte assente num esquema destinado à *obtenção de vantagens* de eficiência e racionalidade na contratação para as próprias entidades adjudicantes, deverá conduzir, num cenário ideal, a que a aprovação dos programas bienais seja perspectivada como uma *boa aposta*, sem que por isso se julgue necessário ou sequer útil blindar o regime com qualquer mecanismo, mais ou menos intenso, de *enforcement*²⁶ ou de *cominação*. Mais do que uma *omissão* do regime, está em causa, segundo se julga, uma *opção* declarada – e que deve ser preservada – de não *juridificar* em demasia um tipo de instrumento que o Anteprojeto de Revisão do CCP assumidamente configura, acima de tudo, como emergindo de um quadro global de *boa gestão*.

f) A bondade que acaba de apontar-se à não previsão de qualquer esquema rígido de *cominação* ou de *enforcement* associado à não aprovação do programa bienal não pode, no entanto, ser estendida em relação a outros aspetos, em relação aos quais se julga poder o projetado

26 Embora não possa afastar-se a possibilidade teórica de determinada entidade ser (jurisdicionalmente) demandada tendo em vista o cumprimento do dever de aprovação do programa bienal, é mais uma vez difícil configurar situações em que nessa demanda estivessem reunidas as necessárias condições de procedibilidade ligadas ao *interesse processual*.

artigo 35.º-A sofrer algumas benfeitorias, que agora se enunciam em conjugação com algumas propostas – que o contexto de apreciação de um Anteprojecto favorece – *de iure condendo*.

f.1) A primeira diz respeito à ausência de qualquer indicação quanto ao *quando* e ao *como* da aprovação do programa bienal: em que momento do ano, e da sua atividade, devem as entidades adjudicantes promover a sua aprovação? Esta dúvida transporta outra, mais profunda: qual a relação do programa bienal com os planos de atividades ou os orçamentos das entidades adjudicantes? O artigo 35.º-A parece projetar o programa bienal como um documento próprio e autónomo, mas talvez não fosse inútil especificar isso mesmo, indicando, eventualmente, que a sua aprovação deve ter lugar no momento de aprovação dos, ou pelo menos, deve *ter em conta* o estabelecido nos planos de atividades ou orçamentos das entidades²⁷. A eventual previsão de o programa bienal ser aprovado *na sequência imediata* da aprovação dos planos de atividades/orçamentos das entidades possuiria, segundo se julga, duas vantagens de ordem prática: a concentração no tempo de todos os exercícios previsionais das entidades adjudicantes *(i)* evitaria a duplicação de *esforços* e *(ii)* asseguraria a coerência interna da programação da atividade das entidades.

f.2) Ainda num plano relativamente «institucional», pode duvidar-se da bondade de impor a aprovação de um programa bienal a entidades adjudicantes de larguíssima amplitude de atribuições como sejam, paradigmaticamente, o Estado e as Regiões Autónomas (alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP), em relação às quais a preparação de um do-

²⁷ É para esta última solução que aponta o *Codice* italiano: nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 21.º, “*i programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programatori e in coerenza con il bilancio*”.



cumento desse tipo enfrentaria previsíveis dificuldades organizacionais. Por essa razão, talvez não fosse de descurar a possibilidade de, para estas entidades, o programa bienal ter um âmbito circunscrito em relação a cada Ministério/Secretaria Regional, daí resultando a aprovação de tantos programas bienais quantos os Ministérios/Secretarias Regionais concretamente existentes. Mas, mesmo nessa hipótese, talvez fosse ainda necessário que no artigo 35.º-A se esclarecesse sobre quais os termos da relação (temporal, mas não só) dos programas bienais com os instrumentos previsionais típicos do Estado e das Regiões Autónomas, e, em especial, com o Orçamento do Estado/Regional.

f.3) Noutro plano, parece também legítimo duvidar-se da bondade de *impor* a atualização anual do programa bienal, como estabelece a parte final do n.º 1. Tratando-se de um documento meramente orientador, que se insere num domínio ainda relativamente *informal* de atividade das entidades adjudicantes, qual será o ganho associado à previsão da obrigatoriedade sua revisão anual? De resto, a imposição de uma atualização anual é relativamente dissonante com a estrutura bienal do programa: se se antevê como logisticamente equilibrado obrigar as entidades adjudicantes a rever anualmente o seu programa bienal, por que razão, então, não é o próprio programa que é anual? Embora uma via de solução quanto a este aspeto pudesse passar pela eliminação, pura e simples, da parte final do n.º 1, uma outra proposta, intermédia, pode conceber-se, em cujos termos a atualização anual surgisse como objeto de uma *faculdade* e não de um *dever*: ao invés de estabelecer que o programa bienal “[é] (= *deve ser*) atualizado anualmente”, poderia eventualmente estabelecer-se, em abono da diminuição da *carga burocrática* sobre as entidades adjudicantes e sem prejuízo que se anteveja significativo em relação à prossecução dos objetivos associados ao programa bienal, que este *pudesse* ser atualizado anualmente.

f.4) Nos termos em que se encontra formulado, o n.º 4 do artigo 35.º-A também suscita algumas dúvidas: dos seus atuais termos parece resultar a necessidade de publicitação de um *projeto* do programa bienal, que seria sujeito a uma fase de divulgação (e consulta) pública (por prazo não inferior a 10 dias), sendo, na sequência dessa divulgação, aprovada, e também divulgada publicamente, a correspondente versão final. A ser essa a opção, seria no entanto necessário que o Anteprojeto referisse, na parte inicial do n.º 2, que o “*projeto de programa é publicitado*”. Podendo discutir-se se a abertura de uma fase de consulta pública deve, neste contexto, ser tomada como uma obrigação para todas as entidades adjudicantes – aceitando-se em qualquer caso que assim deva ser, por nela residir um momento dialógico relevante para que a entidade adjudicante possa receber contributos *do mercado*, mesmo fora do cenário particularizado que rodeia as consultas preliminares, aptos a *conformar* os seus planos de contratação –, o que em qualquer caso o n.º 4 do artigo 35.º-A também não estabelece é, desde logo, se essa consulta pública é ou não devida e, sendo-o, em que termos deve ser realizada. Admitindo novamente que não subjaz à «filosofia» inspiradora do regime do planeamento da contratação a instituição de um esquema *pesado* (isto é: *institucionalizado e formalizado*) de consulta pública, talvez esta disposição ganhasse em alguma clareza com um enunciado que esclarecesse, por mínimos que fossem, alguns destes aspetos.

Quanto ao modo de divulgação (do *projeto* de programa e do programa em si mesmo), é preciso ter em conta (o Código do Procedimento Administrativo de 2015 não teve e esse facto tem gerado dificuldades)²⁸ que algumas entidades adjudicantes podem não

28 Por exemplo, a respeito da publicação dos regulamentos (artigo 139.º do CPA) – cfr., sobre essa solução e as dúvidas dela emergentes, A. SOUSA PINHEIRO/T. SERRÃO/M.



possuir sítio próprio na Internet (é o que acontece, desde logo, em relação aos Ministérios [enquanto departamentos da entidade adjudicante Estado], que não possuem um sítio «próprio» na Internet). Por essa razão, talvez fosse conveniente prever que a publicação tivesse lugar no sítio da Internet, *caso existisse*, e no jornal ou boletim oficial da entidade adjudicante, devendo igualmente ser divulgado no portal dos contratos públicos. Para obviar à circunstância de em algumas entidades adjudicantes não ser sequer possível identificar um jornal ou boletim oficiais, outra opção possível seria estabelecer simplesmente a publicação no sítio da Internet, caso exista, e, em qualquer caso, sempre no portal dos contratos públicos.

g) Para finalizar a análise ao regime do «planeamento da contratação», transmita-se a seguinte ideia fundamental, à luz da qual devem ser compreendidas todas as observações anteriores: os propósitos – meritórios²⁹ – subjacentes à instituição do programa bienal de contratação merecem ser salvaguardados. Para esse efeito, porém, alguns aspetos do seu regime talvez mereçam reponderação, de modo a evitar que se concretize, no futuro, um eventual *risco de inefetividade* de todo o artigo 35.º-A, que os oito anos de vigência do Código revelaram ter-se concretizado em relação aos paralelos anúncios pré-procedimentais.

CALDEIRA/J. D. COIMBRA, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 220-221.

29 Saudando a opção do Anteprojeto, vislumbrando no regime do planeamento da contratação um regime que “*abre importantes perspectivas à racionalização da atividade das entidades adjudicantes*”, cfr. J. AMARAL E ALMEIDA/P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos (Agosto de 2016) – Regime da Contratação Pública*, Lisboa: Sérvulo & Associados, 2016 (também disponível em formato e-book [aqui](#)), p. 20 (e, ainda, com ligeiríssimas propostas de alteração de redação do artigo 35.º-A, que se subscrevem, p. 88).

Numa perspetiva radical, esse risco poderia ser combatido com a previsão de um qualquer esquema de *enforcement* para a aprovação e de *cominação* em relação à não-aprovação do programa bienal. Essa não parece ser, contudo, uma solução minimamente desejável, desde logo por contrariar a estrutura meramente *orientadora* do documento e os seus alicerces em assumidos objetivos de *boa gestão*. As propostas anteriores revelam, no entanto, haver margem para *robustecer* o regime legal proposto pelo Anteprojeto, sem que isso signifique, em qualquer caso, torná-lo mais *pesado* para as entidades adjudicantes³⁰.

3. O novo regime das consultas preliminares ao mercado (artigo 35.º-B)

a) Ao contrário do «planeamento da contratação» e do correspondente instrumento de concretização – o programa bienal –, cuja origem pode imputar-se, como se assinalou, a uma «pura opção» do legislador do Anteprojeto, o regime das consultas preliminares ao mercado, agora projetado para o futuro artigo 35.º-B do Código, resulta, em grandíssima medida, de um exercício de transposição³¹ do disposto nos artigos

30 A este respeito, duas últimas opções poderiam ainda ser ponderadas: (i) a de, à semelhança do regime italiano, limitar a obrigação de inscrição no programa bienal a contratos de um certo valor, não apenas de modo a evitar que, em alguns casos, os programas bienais se tornassem prolongadíssimos elencos de projeções contratuais, mas também porque, verdadeiramente, o propósito de *informação ao mercado* surte tanto mais efeito quanto seja a *apetecibilidade* dos contratos projetados. Para esse efeito, poderia, por exemplo, utilizar-se o paralelo do regime da adjudicação por lotes, em cujos termos se impõe a fundamentação nas hipóteses de não divisão apenas para contratos de valor superior a € 100.000 (bens e serviços) ou a € 300.000 (empreitadas de obras públicas); (ii) a de, em novo paralelo com a solução italiana (cfr. o n.º 8 do artigo 21.º do *Codice*), prever um «modelo de programa bienal» que definisse as linhas gerais do seu conteúdo, a aprovar a nível ministerial ou, por exemplo, pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção.

31 O que se reflete, desde logo, pela similitude dos enunciados correspondentes,



40.º e 41.º da Diretiva 2014/24/UE e nos artigos 58.º e 59.º da Diretiva 2014/25/UE³². Embora a admissibilidade do recurso às consultas preliminares ao mercado – também conhecidas por *diálogos técnicos* – já resultasse, tímida mas genericamente, dos considerandos das Diretivas de 1997/1998 e das Diretivas de 2004³³, certo é que do Código dos Contratos Públicos não constava qualquer referência (direta)³⁴ a este

circunstância que, ao contrário do que poderia julgar-se, não contribuiu para o rigor da legística, como pode ver-se, entre outros aspetos, (i) pela utilização da expressão – pouco técnica no Direito português – “*abertura de um procedimento*” na parte inicial do n.º 1, onde talvez se impusesse referir o “*início do procedimento*” e (ii) pela omissão (esta não imputável à Diretiva), nos n.ºs 3 e 4 da referência também aos *candidatos* e não apenas aos *concorrentes*. Sobre estes e outros aspetos formais em torno do artigo 35.º-B, cfr., em termos que se subscrevem, J AMARAL E ALMEIDA/P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários*, cit., pp. 88-89.

32 Sobre as soluções das Diretivas de 2014 quanto às consultas preliminares ao mercado, cfr. S. ARROWSMITH, *Law of Public and Utilities Procurement*, I, 3.ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2014, paras. 7-60/7-65, M. ASSIS RAIMUNDO, Primeira análise das novas diretivas (Parte I), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9 (setembro/dezembro 2013), pp. 30-34, P. COSTA GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 176-177, L. OLIVEIRA, Publicação e transparência nas novas directivas de contratação pública, in *As Novas Directivas da União Europeia para a Contratação Pública Electrónica*, Lisboa: Wolters Kluwer, 2015, pp. 30-31 e F. NORONHA, Os Conflitos de Interesses e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13 (2016), pp. 23-41.

33 Quanto às primeiras: cfr. o considerando (10) da Diretiva 97/52/CE e o considerando (13) da Diretiva 98/4/CEM quanto às segundas: cfr. o considerando (8) da Diretiva 2004/18/CE e o considerando (15) da Diretiva 2004/17/CE. Para uma ilustração do regime – relativamente lacunar – das consultas preliminares ao mercado com esse contexto normativo a nível europeu, cfr., no essencial, S. ARROWSMITH, The problem of discussions with tenderers under the E.C. Procurement Directives: the current law and the case for reform, *Public Procurement Law Review*, 1998, 3, pp. 66-69, S. TREUMER, Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers, *Public Procurement Law Review*, 1999, 3, pp. 147-160, IDEM, Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom, *Public Procurement Law Review*, 2007, 2, pp. 99-115 e, na literatura nacional, C. VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 160-161.

34 A participação de candidatos ou concorrentes na preparação do procedimento ressaltava, no entanto, da causa de exclusão prevista na alínea j) do artigo 55.º do CCP, à qual se regressará.

mecanismo pré-procedimental. Não obstante, as consultas preliminares já vinham sendo, no contexto português, (i) identificadas – e tidas por admissíveis – na literatura nacional³⁵ e, sobretudo, (ii) utilizadas na prática de algumas entidades adjudicantes³⁶. A sua projetada previsão num novo artigo 35.º-B do CCP corresponde, por isso, a uma inovação relativamente expectável³⁷.

Genericamente fundadas nos mesmos objetivos e nas mesmas «linhas de força» que se identificaram terem estado na base da previsão do regime do «planeamento da contratação» do artigo 35.º-A, as consultas preliminares ao mercado prosseguem a função específica de *comunicação com o mercado* de modo mais acentuado. Requerendo

35 Cfr., no essencial, mas com entendimentos não inteiramente coincidentes quanto à admissibilidade da figura na ausência de previsão normativa específica no Direito português, A. GOUVEIA MARTINS, Concurso limitado por prévia qualificação, in P. Costa Gonçalves (org.), *Estudos*, I, cit., pp. 246-248, L. VERDE DE SOUSA, *A Negociação nos Procedimentos de Adjudicação. Uma Análise do Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 111-126 e M. ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, cit., pp. 700-725.

36 Refira-se, a título de exemplo, o caso das recentes *consultas públicas* promovidas pela SPMS, E.P.E. em 2015 e 2016, cuja documentação se encontra disponível [aqui](#).

37 E, em bom rigor, já nem sequer verdadeiramente *nova* no Direito português: o artigo 26.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro (diploma que, como é sabido, *antecipou* para a Região Autónoma dos Açores a transposição das Diretivas de 2014) já prevê a figura, justamente no encaicho do disposto nas Diretivas de 2014, ainda que de forma relativamente limitada em comparação à regulação que o Anteprojeto prevê introduzir no CCP. Noutros ordenamentos, a oportunidade de transposição das Diretivas de 2014 foi também aproveitada para dar corpo à figura das consultas preliminares ao mercado: cfr., *v.g.*, os artigos 66.º e 67.º do *Codice* italiano, os artigos 4.º e 5.º do *Code des marchés publics* francês de 2016 (aprovado pelo *Décret* n.º 2016-360, de 25 de março de 2016) e o artigo 115.º do *Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público* espanhol, de 17 de abril de 2015, entretanto relativamente *suspensio* em virtude da impossibilidade parlamentar de prosseguir com a aprovação do novo regime espanhol de Contratação Pública (cfr., para a compreensão do atual cenário de paralisação que o ordenamento espanhol experiencia a respeito da transposição das Diretivas de 2014, a *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de la nuevas directivas de contratación pública*, publicada no *BOE*, n.º 66, de 17 de março de 2016, Sec. III).



informações ou pareceres a operadores do mercado (ou a peritos ou autoridades independentes) sobre determinada solução ou bem que projete adquirir, a entidade adjudicante não estará apenas a *anunciar* as suas previsões de contratação futura; estará, mais intensamente, a *coenvolver* os agentes do mercado na própria na tarefa de *refinamento* da concreta necessidade de interesse público a satisfazer com a abertura futura (mas eventual) de dado procedimento pré-contratual.

Assim apresentadas, as consultas preliminares ao mercado apresentam uma estreitíssima ligação – de resto, já perfeitamente sinalizada³⁸ – com o *diálogo concorrencial*, tipo procedimental que integra como fase necessária a apresentação de soluções e o respetivo *diálogo* da entidade adjudicante com os candidatos, para que aquela consiga, num cenário de indefinição inicial da própria necessidade aquisitiva em função do que lhe tiver sido apresentado, definir no convite a solução a adotar³⁹. É no essencial nesta mesma ideia de *recorrer ao mercado para definir a necessidade aquisitiva* que assentam as consultas preliminares ao mercado, que assim se limitam a (i) antecipar essa eventual *coconstrução* da necessidade de interesse público para um momento prévio ao início do procedimento, desse modo precavendo com previsível menor *custo* para as entidades adjudicantes a hipótese de o resultado das consultas se saldar na impossibilidade ou inadequação da pretensão aquisitiva inicialmente projetada pela entidade adjudicante, e a (ii) generalizar essa possibilidade de *recurso ao mercado* a qualquer tipo de procedimento pré-contratual, desta forma escapando às baias que restringem o re-

38 Cfr., desde logo, S. ARROWSMITH, *The problem*, cit., pp. 69 e ss; na literatura nacional, M. ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, cit., p. 702.

39 Sobre o regime do procedimento de diálogo concorrencial tal como previsto na versão originária do CCP, cfr., v.g., M. KIRKY, *O diálogo concorrencial*, in P. Costa Gonçalves (org.), *Estudos*, I, cit., pp. 275-326.

curso ao diálogo concorrencial para cenários de confessada *complexidade*⁴⁰.

Tal como previsto no projetado artigo 35.º-B, o regime das consultas preliminares ao mercado pode ser sinteticamente apresentado através da identificação das situações jurídicas que emergem das normas nele contidas, e que se traduzem, no essencial, (i) na *faculdade* de as entidades adjudicantes poderem fazer uso dessas consultas preliminares, tendo em vista um objetivo – já não *global*, como no caso do programa bienal, mas sim *sectorial* – de *preparação de um dado procedimento*⁴¹ (n.º 1), (ii) no *dever* – cuja enunciação é puramente declarativa, naturalmente –, de evitar que o recurso a consultas preliminares se salde no comprometimento dos efeitos reguladores que resultam das normas de princípio da concorrência, da igualdade e da transparência (n.º 2), (iii) no *dever* de adoção de medidas *preventivas*, que o Anteprojecto enuncia a título exemplificativo, nas hipóteses de «dupla participação», isto é, nas hipóteses em que um participante na consulta preliminar surja no procedimento pré-contratual correspondente na veste de candidato ou concorrente (n.ºs 3 e 4), e, finalmente, (iv) no *dever* de, já na fase pré-contratual propriamente dita, excluir o candidato ou concorrente que, designadamente em função da sua participação numa consulta preliminar, revele estar colocado numa posição de vantagem que falseie as condições normais de concorrência (parte final do n.º 1 e alínea j) do n.º

40 Cfr., no Anteprojecto, o artigo 29.º, que funde os critérios materiais de recurso ao diálogo concorrencial com os do procedimento de negociação, opção que se salda (aliás no encaço das próprias Diretivas), no essencial, na diminuição da sua *exigência*.

41 Mantendo-se a epígrafe do artigo 35.º-A, talvez fosse aconselhável eliminar do enunciado do n.º 1 do artigo 35.º-B a referência ao *planeamento da contratação*: em rigor, do que se trata nas consultas preliminares ao mercado é de um mecanismo de *planeamento de um procedimento*. Assinalando esta ambiguidade no texto do Anteprojecto, cfr. J. AMARAL E ALMEIDA/P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários*, cit., p. 89.



1 do artigo 55.º). É a forma como cada uma destas situações jurídicas surge inscrita no texto do Anteprojeto que interessa agora apreciar.

b) Quanto à previsão da faculdade de recorrer a consultas preliminares ao mercado, deve antes do mais assinalar-se que a projetada introdução do artigo 35.º-B no corpo do Código dos Contratos Públicos não tem por efeito *legalizar* uma atividade que até agora devesse ser tida por *ilegal*, por ausência de norma habilitante expressa nesse sentido. Como já se referiu, a possibilidade de promoção de qualquer atividade instrutória *conveniente* à realização do objetivo final de qualquer procedimento pré-contratual (a celebração do correspondente contrato), incluindo as destinadas à *preparação* do próprio procedimento, teria já arrimo na discricionariedade instrutória conferida pela norma de legalidade procedimental da função administrativa que integrava – e integra – o ordenamento jurídico português.

Mais do que *constitutiva* de uma nova possibilidade de atuação instrutória no domínio dos procedimentos de formação de contratos, a projetada previsão segundo a qual as entidades adjudicantes “*pode[m] realizar consultas informais ao mercado*” traduz, em bom rigor, uma mera *constatação*. Do que não resulta, em qualquer caso, que todo o artigo 35.º-B se revele, afinal, voluptuário. Delimitando materialmente os termos em que poderão ser realizadas essas consultas e especificando mecanismos de garantia próprios para *prevenir* a consumação de riscos de afetação da concorrência, da transparência e da igualdade emergentes dos fenómenos de «dupla participação», a disposição agora projetada tem a vantagem de integrar soluções que, à luz dos anteriores dados do ordenamento jurídico português, só poderiam ser obtidas em função de um exercício ponderatório entre as normas (principiais) em presença. Sob esse ponto de vista – de *especificação* e, portanto,

de garantia de *certeza* –, a previsão de normas dedicadas à regulação das consultas preliminares ao mercado merece, portanto, ser louvada. O confronto do n.º 1 do artigo 35.º-B do Anteprojeto com as soluções previstas nas Diretivas faz ressaltar, no entanto, e de imediato, duas diferenças: (i) uma quanto às *funções* associadas às consultas; (ii) outra relacionada com o seu *impulso*.

b.1) As Diretivas prefiguram as consultas preliminares ao mercado como mecanismos destinados a *preparar o procedimento*, mas também a *“informar os operadores económicos dos seus planos de contratação e respetivos requisitos”*⁴². Sendo certo que a omissão de uma referência deste último tipo no enunciado do n.º 1 do artigo 35.º-B não comporta quaisquer consequências, tal omissão é, em todo o caso, facilmente explicável no contexto do Anteprojeto: a tarefa de *dar conhecimento ao mercado dos planos de contratação* é assegurada, como se registou, através do programa bienal agora previsto no artigo 35.º-A, o que permite unificar e reconduzir o regime das consultas preliminares ao seu domínio «natural» de *recolha de contributos externos* para preparação do procedimento.

b.2) À primeira vista também impressiva seria a circunstância de o n.º 1 do artigo 35.º-B do Anteprojeto não fazer apelo, ao contrário do que ocorre nas correspondentes disposições das Diretivas, à possibilidade de as informações ou pareceres que constituem o *meio* das consultas preliminares serem *aceites* pelas entidades adjudicantes, ao invés de meramente *solicitadas* por estas. Dito de outro modo: nos termos das Diretivas, as consultas preliminares parecem ser configuradas quer

42 Cfr. o primeiro par. do artigo 40.º da Diretiva 2014/24/UE e o primeiro par. do artigo 58.º da Diretiva 2014/25/UE.



como iniciativas procedimentais *oficiosamente* promovidas, quer como iniciativas *externamente* impulsionadas; no n.º 1 do artigo 35.º-B do Anteprojecto, diferentemente, parece assumir-se a perspectiva exclusiva de consultas *oficiosas*. Não parece, mais uma vez, que desta diferença resultem quaisquer consequências, tanto mais que (i) a possibilidade de esses pareceres ou informações ou pareceres serem *oferecidas* por iniciativa de operadores de mercado ou qualquer outro terceiro resulta, para estes sujeitos, da sua natural liberdade de atuação, juridicamente garantida⁴³; (ii) já a possibilidade de esses contributos *externos* serem aceites pela entidade adjudicante resulta, também muito naturalmente, de competências instrutórias mais uma vez resultantes da norma de legalidade procedimental da função administrativa⁴⁴.

c) Ainda quanto ao alcance da *faculdade* de recurso ao «exterior» em momento prévio ao início do procedimento pré-contratual, o que talvez mais importe sublinhar são as consequências – relativamente evidentes – de essa possibilidade ser configurada como objeto de uma real faculdade.

43 De resto, a possibilidade de serem apresentadas às entidades adjudicantes informações ou pareceres não solicitados parece pressuposta pelo próprio n.º 3 do artigo 35.º-B, na medida em que aí se colocam em alternativa as hipóteses de a informação ou parecer ter sido “*apresentad[a]*” por um concorrente ou uma empresa associada a um concorrente, ou de estes sujeitos terem sido “*consultad[os]*”. Genérica e panoramicamente sobre o fenómeno da participação não solicitada nos procedimentos de formação de contratos públicos, ainda que com foco nas concessões e com a perspectiva do início do procedimento e não exatamente da sua preparação, como ocorre no caso das consultas preliminares ao mercado, cfr. L. TORGAL/M. MARTINS FONSECA, Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*), in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Lisboa: FDUL/Coimbra Editora, 2010, pp. 523-571.

44 Dedicadamente sobre as ações de integração de iniciativas procedimentais alheias, enquanto modalidade particular das decisões instrutórias, cfr. D. DUARTE, *A Norma*, cit., pp. 441-442.

Essas consequências têm alcances distintos, mas podem sintetizar-se do seguinte modo: (i) em primeiro lugar, as entidades adjudicantes detêm total disponibilidade quanto à realização ou não realização de consultas preliminares; (ii) esta disponibilidade alarga-se, para além do mais, à *forma* e ao âmbito das consultas preliminares ao mercado, desde que naturalmente a sua configuração não implique uma ofensa às garantias de preservação da concorrência e de igualdade; é aliás bem ilustrativo que, para além de não prever qualquer *modelo* para a realização das consultas preliminares, o n.º 1 do artigo 35.º-B referir-se às mesmas como “*consultas informais*”; (iii) em especial, deve ser sublinhado que do regime das consultas preliminares ao mercado não resulta a obrigação de as mesmas deterem um âmbito universal: não há, portanto, qualquer obrigação de a consulta ser publicamente anunciada; (iv) sob a perspetiva de potenciais interessados a participar em tais consultas, o que daqui resulta é a inexistência de qualquer *direito a ser consultado*: os peritos, autoridades independentes e fornecedores poderão, por isso, ser consultados e selecionados livremente pela própria entidade adjudicante; (v) noutro plano, importa também assinalar que a realização de uma consulta preliminar não vincula a entidade adjudicante promotora a dar início ao procedimento correspondente – como já se assinalou, uma das utilidades da consulta poderá traduzir-se, muito justamente, na constatação de que a projetada pretensão aquisitiva da entidade adjudicante não tem, no mercado, o mínimo respaldo, devendo, por isso, ser abandonada ou substancialmente reconfigurada; (vi) o que significa, também – e sem prejuízo de os contributos do mercado poderem surgir *por ação do próprio mercado*, independentemente de solicitação, como já se fez notar –, a *inexigibilidade* da realização de consultas preliminares: nenhuma entidade adjudicante poderá ser *instada* a realizar uma consulta preliminar.



Sob este ponto de vista, pode apontar-se às consultas preliminares o aspeto já atrás associado ao regime do programa bienal, e que se traduz na circunstância de esta atividade instrutória não constituir, em nenhuma medida, um instrumento de *autovinculação* da entidade adjudicante que a promova. Aliadas ao seu fundamento transpositivo numa ideia global de *boa gestão*, as consultas preliminares podem, para além disso, ser mobilizadas *se e quando* uma entidade adjudicante as prefigure como instrumento útil de refinamento da sua atividade procedimental posterior; se esse for o caso, a entidade adjudicante poderá adotar qualquer modelo (escrito ou oral, com realização de sessões de diálogo ou não, com abertura de consulta pública através de um sítio da Internet ou não, *et cetera*).

d) A previsão de que a realização de uma consulta preliminar “*não pode ter por efeito distorcer a concorrência, nem resultar em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência*” (n.º 2), diretamente importada das Diretivas⁴⁵, é, em bom rigor, puramente declarativa. Como qualquer atividade instrutória levada a cabo no decurso de qualquer procedimento *público* (ou na preparação desse procedimento), também a realização ou a concreta extensão das consultas preliminares se encontram naturalmente limitadas pelo efeito que resulta de eventuais normas convergentes que apontem em sinal contrário⁴⁶. O que significa que a opção de promover uma consulta ao mercado, e os seus exatos termos, devem ser adequadamente ponderados com

45 Cfr. a parte final do 2.º par. do artigo 40.º da Diretiva 2014/24/UE e a parte final do 2.º par. do artigo 58.º da Diretiva 2014/25/UE.

46 Para o conceito de norma convergente pressuposto no texto, cfr. D. DUARTE, *A Norma*, cit., pp. 584 e ss.

potenciais indicações em sentido contrário que resultem de qualquer norma convergente geral da função administrativa (boa fé, proporcionalidade, entre outras) ou de qualquer outra norma convergente específica da atividade instrutória (participação, celeridade, entre outras).

Ao sinalizar, de modo dedicado, a *concorrência*, a *não discriminação* e a *transparência*, o n.º 2 do artigo 35.º-B possui, no entanto, a vantagem de diretamente direcionar o intérprete o problema *mais candente* que o recurso a consultas preliminares ao mercado pode convocar. Se é indiscutível a potencial utilidade, para a própria entidade adjudicante, de *contactar o mercado* antes mesmo de o *convocar*, é também relativamente intuitivo que dessa atividade prévia de contacto poderão resultar distorções mais ou menos significativas para a linearidade e lisura – para a legalidade, portanto – da atividade procedimental a desenvolver posteriormente. Por isso mesmo, o que as normas garantidoras da *concorrência*, da *não discriminação* e da *transparência* implicam neste contexto é um conjunto de proibições, que podem ser sintetizadas: (i) na proibição de as consultas preliminares resultarem na colocação de um determinado sujeito em situação de privilégio concorrencial, em função da *vantagem informativa* que a sua prévia colaboração com a entidade adjudicante lhe possa ter garantido ou, ainda, da circunstância eventual de a sua colaboração resultar na elaboração de peças procedimentais *especialmente afeitas à sua posição e às suas condições no mercado*, e (ii) na proibição de os *diálogos* desenvolvidos nas consultas preliminares permanecerem *desconhecidos* para a generalidade dos demais sujeitos do ordenamento que neles não participaram e, em especial, para futuros concorrentes ou candidatos que se apresentem em procedimentos pré-contratuais iniciados na sequência dessas consultas preliminares.

Seguro é, no entanto, que, de acordo com o proposto no Anteprojeto – que também neste passo acompanha diretamente o estabelecido nas Diretivas –, a garantia do cumprimento destas proibições não se basta



com a enunciação dos correspondentes princípios mediadores. A garantia de que o recurso a consultas preliminares ao mercado não se traduz numa *distorção* da atividade procedimental posterior resulta, em concreto, da previsão de *medidas preventivas* e de *medidas reativas*, cujo alcance importa conhecer.

e) Pressuposto para o cenário de «dupla participação», o n.º 3 do artigo 35.º-B começa por estabelecer o dever de a entidade adjudicante “*tomar as medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência*” que possa resultar do facto de um candidato ou concorrente – ou uma empresa associada⁴⁷ – haver participado numa consulta preliminar

47 A expressão «empresa associada», constante do n.º 3, é importada do texto das Diretivas, mas o seu exato alcance não é evidente. A alínea j) do artigo 55.º do CCP, à qual se regressará no texto, pressupõe já a hipótese de a participação pré-procedimental relevante para efeitos de exclusão de candidatos ou concorrentes poder ter sido direta ou *indireta*. É inquestionável que a *extensão* desse impedimento – e, agora, do dever de adotar medidas adequadas nos casos de «dupla participação» – aos casos em que a participação pré-procedimental tiver sido levada a cabo por «empresas associadas» tem por objetivo impedir que, através de expedientes puramente formais (por exemplo: ser a empresa x que assessora a entidade adjudicante na preparação das peças, mas ser a empresa y, que controla a anterior, que vem a participar no procedimento), se contorne o objetivo de *reação e prevenção* anti-concorrencial subjacente. Mas não é claro qual o grau exato de «associação» que o legislador (nacional e europeu) pressupõe para estes efeitos. Recorde-se que o Código dos Contratos Públicos (na linha de uma correspondente disposição da Diretiva dos «setores especiais» [hoje, o n.º 2 do artigo 29.º da Diretiva 2014/25/UE]) apela ao – e delimita o – conceito de «empresa associada», no artigo 13.º e no artigo 14.º, para efeitos de exclusão de alguns contratos dos setores especiais do regime procedimental da Parte II. Para esses efeitos, é considerada «empresa associada» qualquer pessoa coletiva cujas contas anuais sejam consolidadas com as da entidade adjudicantes nos termos da Diretiva 2013/34/UE ou ainda qualquer pessoa coletiva sobre a qual a entidade adjudicante exerça *influência dominante*, que exerça, ela própria, *influência dominante* sobre a entidade adjudicante, ou que esteja sujeita à *influência dominante* de uma entidade terceira que também domine a própria entidade adjudicante, sendo os índices de *influência dominante* aqui aplicáveis os habituais (maioria do capital social, maioria dos direitos de voto, controlo de gestão ou direito de designação da maioria dos membros de um órgão de administração ou fiscalização). Sendo claro que este conceito de «empresa associada» é apenas configurado para este propósito específico, é também indubitável que semelhante conceito foi delimitado, neste contexto, para esquemas de relações entre entidades adjudicantes (públicas ou não) e outras entidades. Para efeitos

que tenha precedido o procedimento pré-contratual em que agora participa. O n.º 4 do artigo 35.º-B estabelece, de forma assumidamente não taxativa, que uma dessas “*medidas adequadas*” poderá consistir na (i) comunicação dos *resultados* da consulta preliminar a todos os demais candidatos e concorrentes e na (ii) inscrição desses resultados nas próprias peças do procedimento⁴⁸.

e.1) A respeito desta possibilidade de comunicação e divulgação das “*informações pertinentes trocadas*” no âmbito da consulta preliminar, importa em primeiro lugar assinalar que aquilo que o n.º 4 do artigo 35.º-B perspetiva é apenas a possibilidade de essa comunicação e essa

do n.º 3 do artigo 35.º-B (e da alínea *j*) do artigo 55.º), o cenário é bem distinto: o que está em causa é a relação entre dois operadores de mercado, um dos quais participa numa consulta preliminar e outro vem a participar no correspondente procedimento. É duvidoso, por isso, que os critérios do artigo 14.º (e do n.º 2 do artigo 4.º, para o qual remete o artigo 29.º da Diretiva 2014/24/UE) sirvam *diretamente* para a delimitação do que se deva entender por «empresa associada» nos termos do n.º 3 do artigo 35.º-B, embora se possa admitir que as situações aí previstas são demonstrativas da *proximidade* que para efeitos de reação contra fenómenos de «dupla participação» deva ser considerada. Mas essas podem não ser as únicas situações relevantes: pense-se, por exemplo, na hipótese em que a empresa *x* contrata a empresa *y* para a específica missão de esta última *se aproximar* de uma entidade adjudicante para efeitos de preparação de um determinado procedimento, no qual vem – a empresa *x* – depois a participar, colhendo as informações que a empresa *y* tenha eventualmente garantido na aproximação à entidade adjudicante; é evidente que, nesta hipótese, a *correia de transmissão* da informação recolhida pela empresa *y* impele a que sejam tomadas “*medidas adequadas*” em relação à participação procedimental da empresa *x* e a que, num cenário de efetiva distorção, a empresa *x* possa ser excluída *ex vi* alínea *j*) do artigo 55.º. O âmbito exato da referência a «empresa associada» nos termos do n.º 3 do artigo 35.º-B não pode, por isso, limitar-se às hipóteses projetadas pelo artigo 14.º.

48 As Diretivas exigem que as medidas (*preventivas e reativas*) adotadas no contexto das consultas preliminares ao mercado constem do *relatório do procedimento*. Esta exigência, que no contexto português apela ao *relatório da contratação* previsto no artigo 108.º do CCP (bem revisto pelo Anteprojeto, aliás), não *substitui* a possibilidade de, nos termos do n.º 4 do artigo 35.º-B, essas medidas serem também inscritas nas peças do procedimento. Trata-se de divulgações *cumulativas*, não alternativas.



inscrição terem lugar *após o início* do procedimento pré-contratual e após a constatação de que se apresenta como candidato ou concorrente um sujeito que tenha tido participação (mais ou menos intensa) numa anterior consulta preliminar.

A solução, replicada das Diretivas, é compreensível e justificada, mas talvez não se perdesse em ir um pouco mais além: por que razão não prever que, independentemente da efetiva ocorrência de cenários de «dupla participação», e antes do início dos procedimentos pré-contratuais, as entidades adjudicantes devessem sempre divulgar *relatórios de síntese* das consultas preliminares que tenham levado a cabo, autónomos e depois necessariamente integrados nas peças do procedimento? Tratar-se-ia, segundo se julga, de uma forma mais *intensa* de promoção da *transparência* quanto ao resultado dos *diálogos técnicos*. Subjacente à proposta está, por isso, um esquema de necessária *documentalização* do que se houver passado nas e através das consultas preliminares. Objetar-se-á que a institucionalização de obrigações deste teor tornaria o regime das consultas – não inocentemente designadas de “*informais*” pelo n.º 1 do artigo 35.º-B – excessivamente pesado. A réplica possível já está dada: tratar-se-ia de um sacrifício talvez justificável em função de objetivos de transparência e de salvaguarda da igualdade concorrencial, que o ordenamento tão conscienciosamente identificou como prioritários neste domínio. As Diretivas, quiçá excessivamente focadas nas hipóteses de efetiva «dupla participação» não apontam nesse sentido; mas não tolhem naturalmente a possibilidade de os regimes nacionais serem mais *expansivos* da previsão de mecanismos garantidores da transparência a respeito do regime das consultas preliminares do mercado.

e.2) A medida de *abertura* que o n.º 4 do artigo 35.º-B sugere como forma de evitar a distorção concorrencial em cenários de «dupla partici-

pação» apela, como se registou, à possibilidade de serem comunicadas e divulgadas “*todas as informações pertinentes*” trocadas no âmbito da consulta preliminar. Para além da natural ambiguidade que rodeia a expressão – e que confere à entidade adjudicante uma apreciável margem de manobra para determinar, de entre o discutido e recolhido na consulta preliminar, o que é e o que não é *pertinente* para efeitos de divulgação posterior –, o que a solução convoca é a questão de saber se, neste contexto, não devem ser salvaguardados os *interesses de mercado* dos próprios operadores intervenientes na consulta e, em especial, eventuais «segredos comerciais» que aí tenham sido revelados. A resposta é naturalmente positiva e a sua fundamentação poderia basear-se em distintas linhas de argumentação; para os efeitos do texto, basta tomar em consideração que a tendencial proibição de divulgação de «segredos comerciais» resulta, de entre o mais, do próprio regime de acesso à documentação administrativa⁴⁹, proibição da qual resulta, naturalmente, a insusceptibilidade de as entidades públicas (ou outras entidades no exercício da função administrativa) divulgarem *sponte sua* elementos dos quais constem segredos comerciais.

O que daqui resulta é, por isso, e muito simplesmente, a constatação de que a faculdade de *dar conta* do *iter* e do conteúdo de eventuais consultas preliminares para que apela o n.º 4 do artigo 35.º-B do Anteprojecto não pode nunca ser exercida em desrespeito com posições de *reserva informacional* também garantidas pelo ordenamento. Na tarefa de determinar o que é e o que não é *pertinente* revelar neste contexto, a entidade adjudicante que tenha promovido consultas preliminares ao mercado e se confronte com uma hipótese de «dupla participação» no

49 Cfr., hoje, o n.º 6 do artigo 6.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.



procedimento pré-contratual a que entretanto deu início não pode, por isso, de deixar de levar em linha de conta as limitações que proíbem uma divulgação *plena e incondicionada* de material instrutório «reservado».

e.3) Ao contrário do expressamente indicado pelas Diretivas, o artigo 35.º-B não aponta para a possibilidade de, em casos de «dupla participação», serem *ajustados* os prazos de apresentação de propostas. Se a sugestão das Diretivas é facilmente compreensível – estando nela subjacente o propósito de eliminar a *vantagem temporal* de que um determinado operador, já conhecedor do procedimento ao qual depois se candidata ou concorre, poderá dispor para a preparação da sua candidatura ou proposta⁵⁰ –, deve assinalar-se, mais uma vez, que dessa omissão não resultam consequências de especial relevo. É que as normas reguladoras da determinação dos prazos para a apresentação de propostas ou candidaturas constantes do ordenamento português, apenas fixam patamares *mínimos*⁵¹, conferindo, a partir desse patamar, discricionabilidade para a determinação exata de qual o prazo a adotar em determinado procedimento. A determinação de um prazo que não acautele adequadamente a necessidade de *atenuação* de eventuais *vantagens temporais* emergentes de fenómenos de «dupla participação» poderá, naturalmente, ser sindicada e, de mais a mais, servir de base de apoio à pretensão de *exclusão* do candidato ou concorrente que dele beneficie.

50 Sobre esta dimensão *temporal* das vantagens de que um interveniente numa consulta preliminar poderá beneficiar, cfr., em particular, S. TREUMER, Technical (2007), cit., p. 110.

51 Cfr., v.g., os artigos 135.º e 136.º do CCP.

e.4) A fechar o tema das *medidas preventivas* associadas aos fenómenos de «dupla participação» que resultem da realização de consultas preliminares, adicione-se apenas o seguinte: tal como configuradas no n.º 1 do artigo 35.º-B, as consultas preliminares ao mercado poderão assumir as mais distintas configurações, desde a solicitação *pontual* de uma simples informação técnica até ao recurso a esquemas de verdadeira *assessoria* na preparação de futuras peças procedimentais. A medida exata das *medidas preventivas* a que fazem apelo os n.ºs 3 e 4 depende, por isso mesmo, da própria *extensão* da consulta preliminar ao mercado: quanto maior tiver sido a *proximidade* entre a entidade adjudicante e um determinado participante numa consulta preliminar, e quanto maior houver sido o seu contributo na *modulação* do procedimento pré-contratual no qual surja como candidato ou concorrente, tanto mais *fortes* devem ser as medidas a adotar pela entidade adjudicante. Sem que se consiga ou valha sequer a pena proceder ao *elenco* das várias medidas abstratamente mobilizáveis, sempre se avance que a mais *eficaz* de todas elas talvez seja a de, a *montante*, abrir a própria consulta preliminar a todo o mercado. É certo que em algumas hipóteses não se justificará esta abertura; mas naquelas em for cabível, essa deve ser uma hipótese a considerar pela entidade adjudicante que decida fazer uso do mecanismo agora expressamente previsto no artigo 35.º-B.

f) É relativamente claro que o *risco* de distorção concorrencial potencialmente gerado pelas consultas preliminares pode não ser devidamente debelado apenas com recurso a *medidas preventivas* que, na linha da agora exemplificada no n.º 4 do artigo 35.º-B, se destinem a *tornar claro* o processo e o resultado do recurso a esse mecanismo pré-procedimental. É por isso sem espanto que, nas Diretivas de 2014, a previsão *expressa* do regime das consultas preliminares ao mercado



tenha sido acompanhada da previsão de um novo *motivo de exclusão* destinado a *reagir* perante a hipótese em que da realização de consultas preliminares resulte uma efetiva distorção da concorrência que não possa ser “*corrigida por outras medidas, menos invasivas*”⁵². Para além de nas disposições que especificamente regulam o regime das consultas preliminares ao mercado ser *reforçada* esta perspetiva da exclusão dos candidatos ou concorrentes intervenientes em anteriores consultas como medida de *ultima ratio*⁵³, adiciona-se, ainda, a garantia procedimental segundo a qual “*antes de qualquer exclusão por esses motivos, é dada aos candidatos ou proponentes a oportunidade de demonstrarem que a sua participação na preparação do procedimento de contratação não é suscetível de distorcer a concorrência*”⁵⁴.

A enunciação do problema – a possibilidade de *exclusão* de candidatos ou concorrentes em função da sua participação prévia na preparação do procedimento – e os termos em que o mesmo é agora abordado nas Diretivas de 2014 faz ressaltar, no que ao regime português diz respeito, uma primeira conclusão: trata-se de um tópico já conhecido no Direito nacional da Contratação Pública, a ponto de se poder afirmar que, em rigor, os desenvolvimentos agora trazidos pelo regime das Diretivas⁵⁵ – em muito inspirados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça

52 Cfr. a alínea f) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE e, por remissão, o par. 2.º do n.º 1 do artigo 80.º da Diretiva 2014/25/UE.

53 Cfr., em especial, a parte final do 2.º par. do artigo 41.º da Diretiva 2014/24 e, identicamente, a parte final do 2.º par. do artigo 59.º da Diretiva 2014/25.

54 Cfr. o 3.º par. do artigo 41.º da Diretiva 2014/24/UE e 3.º par. do artigo 59.º da Diretiva 2014/25/UE.

55 Sobre as soluções das Diretivas de 2014 quanto a este motivo de exclusão, cfr., de forma dedicada, M. ASSIS RAIMUNDO, Primeira, cit., 31-33 e F. NORONHA, Os Conflitos, cit., pp. 30-32.

sobre a matéria⁵⁶ – se limitam a *validar* a justeza das opções já tomadas no ordenamento português.

Sem que interesse revisitar de forma global o tema, recorde-se apenas que, na sua versão originária, o Código dos Contratos Públicos previa, na alínea *j*) do artigo 55.º, o *impedimento* a candidatos ou concorrentes que “*t[ivessem], a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento*”, disposição quase unanimemente criticada em função da sua relativa *rigidez*: de entre o mais, dela resultaria uma “*limitação desproporcional ao direito a participar em procedimentos pré-contratuais, sem qualquer demonstração de que o contributo se tenha traduzido em violação da imparcialidade, e pior, sem possibilidade de fazer a demonstração do contrário*”⁵⁷. A crítica surtiu os efeitos desejados: a alínea *j*) do artigo 55.º do CCP viria a ser alterada por ação do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, tendo-lhe sido acrescentado o segmento final “*que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência*”⁵⁸. É fácil compreender o sentido deste adita-

56 Entre outras, a referência tem por objeto, no essencial, a decisão do caso *Fabrimcom* (processos apensos C-21/03 e C-34/03), de 3 de março de 2005, cujo Acórdão pode ser consultado [aqui](#).

57 Cfr. M. ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, cit., p. 709. Sempre nesse sentido, cfr. também L. VERDE DE SOUSA, *A Negociação*, cit., pp. 125-126, R. ESTEVES DE OLIVEIRA, Restrições à participação em procedimentos de contratação pública, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, pp. 32-34, IDEM, Os princípios gerais da contratação pública, in P. Costa Gonçalves (org.), *Estudos*, I, cit., pp. 97-98, M. OLAZABAL CABRAL, O artigo 55.º, alínea *j*) do CCP: mais vale ser do que parecer, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1 (janeiro-abril 2011), pp. 125-171 e M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, cit., pp. 525-530.

58 Nos termos assumidos pelo próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 149/2012, a alteração situou-se “*em linha com a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia*”. Sobre esta alteração, louvando-a, cfr. P. COSTA GONÇALVES, Alterações ao Código dos Contratos Públicos na sequência do «Memorando de Entendimento com a Troika», *Revista de*



mento: o impedimento previsto naquela alínea *j*) deixou de funcionar de modo *automático*, eliminando-se, por isso, a *presunção absoluta* de que da participação pré-procedimental de um candidato ou concorrente na preparação e elaboração das peças do procedimento resulta, *ipso facto*, uma situação de distorção concorrencial, garantindo-se, portanto, a possibilidade de *ilisão* dessa presunção através da demonstração de que essa participação pré-procedimental não decorrer, efetivamente, qualquer situação de anomalia concorrencial.

É fácil antever a ligação entre o tema das consultas preliminares e o *impedimento* previsto na alínea *j*) do (agora) n.º 1 do artigo 55.º do CCP, tendo em conta que a participação numa consulta preliminar representa um cenário particularmente apto à concretização do risco de distorção concorrencial contra o qual aquele motivo de exclusão de candidatos ou concorrentes pretende reagir. É por isso compreensível que à enunciação da faculdade de recurso a consultas preliminares se tenha seguido, no texto do n.º 1 do artigo 35.º-B, a expressa referência à aplicabilidade da alínea *j*) do n.º 1 do artigo 55.º nestes casos, que se conserva inalterada. Embora se admita que a intervenção legislativa de 2012 já bastasse para acautelar as preocupações comunitárias a este respeito, talvez se pudesse aproveitar a oportunidade para, em reforço dessa intervenção, estabelecer que o impedimento relacionado com a prévia participação deverá ser entendido e aplicado de modo relativamente *excecional*, no sentido em que a sua mobilização exige, em momento prévio, que tenham sido tentadas as “*medidas adequadas*” a que apela o n.º 3 do artigo 35.º-B. Dito de outro modo: é claro, desde 2012, que a exclusão de candidatos ou concorrentes com base na alínea *j*) do artigo 55.º não opera de forma *automática*; mas é preciso ter em conta

que, para além desta exigência, as Diretivas apontam, muito claramente, para a *subsidiariedade* deste motivo de exclusão. É evidente que por aplicação das normas da proporcionalidade e da concorrência (na vertente em que esta última postule a *maior participação possível*), sempre se imporá esta *subsidiariedade*. Mas não pode deixar de se registar ser relativamente estranho que, num regime tão decalcado do texto das Diretivas, o artigo 35.º-B não refira, à semelhança do disposto no artigo 41.º da Diretiva 2014/24/UE e no artigo 59.º da Diretiva 2014/59/UE, que “*o candidato ou proponente em causa só deve ser excluído do procedimento se não existirem outras formas de garantir o cumprimento do dever de observância do princípio da igualdade de tratamento*”.

Ainda sobre a ligação entre o recurso às consultas preliminares ao mercado e o impedimento previsto na alínea *j*) do n.º 1 do artigo 55.º, sublinhem-se, a fechar, três últimos aspetos: *(i)* o primeiro destinado a assinalar que nem a hipótese da consulta preliminar ao mercado não esgota o âmbito da previsão recortada por aquela alínea *j*), nem da utilização de uma consulta preliminar ao mercado se segue, necessariamente, o preenchimento dessa previsão, tendo em conta que *(i.1)* a “*prestação [de] assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento*” pode resultar de um qualquer outro vínculo (a celebração de um contrato de prestação de serviços a tanto destinado) que não o mero *contacto* (“*informal*”) numa consulta preliminar e que *(i.2)* como se assinalou, a consulta preliminar é uma diligência instrutória de extensão variável: dela poderá resultar um efetivo *apoio técnico* ou uma *assessoria* na preparação e elaboração das peças do procedimento, mas essa é uma consequência puramente contingente, conquanto se tenha presente que cabem igualmente nas consultas preliminares ao mercado situações menos intensas como a solicitação de informações *pontuais* a determinado operador; *(ii)* o



segundo para dar conta de que a exigência de contraditório prévio à exclusão com fundamento na alínea j), exigido pelas Diretivas, resulta, no regime português, da própria ordenação procedimental já prevista no código: tendo em conta que a *exclusão* de candidatos ou concorrentes deverá constar do Relatório Preliminar e que sobre este documento instrutório recai a audiência prévia dos candidatos ou concorrentes⁵⁹, assim fica garantido, em termos que se julgam adequados, o exigido pelo legislador europeu; (iii) um terceiro e último para assinalar que o novo impedimento agora projetado para alínea k) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP⁶⁰ também pode revelar *pertinência* nas hipóteses de «dupla participação» subsequentes à realização de consultas preliminares, sendo perfeitamente configurável que da consulta preliminar resulte uma *influência indevida sobre a decisão de contratar* ou a *obtenção de informações confidenciais suscetíveis de conferir ao candidato/concorrente vantagens indevidas no procedimento*; trata-se, em todo o caso, e novamente, de uma contingência, a apreciar caso a caso. Nas hipóteses em que se assim seja, porém, não há como escapar à diretriz de *ultima ratio* que a Diretiva formula genericamente a propósito de qualquer situação de exclusão *por efeito* de participação prévia em consultas preliminares.

g) Tal qual como se concluiu a propósito do regime do «planeamento da contratação» e da obrigação de aprovação do programa bienal que dele emerge, não parece difícil assumir que os propósitos subjacentes à disciplina das consultas preliminares ao mercado, agora inscritas pelo

59 Cfr., no essencial, os artigos 122.º, 123.º, 146.º, 147.º, 184.º e 185.º do CCP.

60 Sobre este novo impedimento, assinalando, pertinentemente, o relativo equívoco que envolve a utilização do advérbio «indevidamente» nessa disposição (importada da alínea i) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE), cfr. J. AMARAL e ALMEIDA/P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários*, cit., p. 75.

Anteprojeto (em *linha direta* com o disposto pelas Diretivas sobre o assunto) para um futuro artigo 35.º-B são meritórios e merecem, também, ser salvaguardados. Mas, como também ali se concluiu, importa que os termos da regulação destes novos mecanismos pré-procedimentais evitem o risco da sua *inefetividade*. Se no caso do programa bienal esse risco resulta essencialmente do facto de o artigo 35.º-A deixar «em aberto» alguns aspetos de regime que parecem fundamentais, já a respeito das consultas preliminares ao mercado a perspetiva é diversa: é talvez o *excesso* de garantias que as envolvem que podem conduzir a que as mesmas sejam assumidas pelas entidades adjudicantes (e pelos operadores do mercado) como apostas *demasiadamente arriscadas*. Sobre se assim será não cabe, porém, fazer futurologia: só a experiência (administrativa e jurisdicional) de aplicação e de controlo da aplicação do mecanismo poderá ditar se com a previsão do novo artigo 35.º-B as consultas preliminares ao mercado serão muito ou pouco utilizadas pelas entidades adjudicantes portuguesas e, no caso de o serem, se o serão devidamente.



O novo regime dos erros e omissões no anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos

MARCO CALDEIRA

I. O novo regime dos erros e omissões do caderno de encargos, à luz do Anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos

1. Visa este pequeno escrito, na sequência do debate promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e que teve lugar na Universidade de Lisboa em 14 e 15 de Setembro de 2016¹, prestar um modesto contributo no âmbito da discussão pública do Anteprojec-

1 Embora a nossa intervenção nesse debate tenha incidido sobre o “*Novo regime dos esclarecimentos, retificação e alteração das peças procedimentais, novo regime de esclarecimentos e suprimimento de propostas e candidaturas*”, o presente texto debruçar-se-á apenas sobre as soluções do Anteprojecto relativamente aos erros e omissões do caderno de encargos.

Sobre o (polémico) tema do suprimimento de candidaturas e propostas, constante dos n.ºs 3 e 4 que o Anteprojecto se propõe aditar ao artigo 72.º do CCP, cf. entretanto, com muito interesse, LUÍS VERDE DE SOUSA, in AA.VV. *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, Coimbra, 2016, página 27 (disponível em www.cedipre.fd.uc.pt), bem como JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos (Agosto de 2016) – Regime da Contratação Pública*, páginas 48 a 50 (disponível em www.servulo.com).

Voltar ao índice

to de revisão do Código dos Contratos Públicos (doravante também “CCP” ou Código)².

Como o título indica, as considerações subsequentes incidirão unicamente sobre o regime dos *erros e omissões* do caderno de encargos – aspecto em que, como se verá, o Anteprojecto introduz novidades relevantes³. Atendendo ao escopo da análise, será a mesma feita topicamente, sem pretensões de exaustividade ou preocupações doutrinárias.

2. Antes de mais, duas notas prévias devem ser formuladas para enquadrar a análise deste tema:

- a) A primeira, para assinalar que as Directivas europeias de 2014 sobre contratação pública não impunham alterações na

2 O Anteprojecto encontra-se disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/consultas-publicas/consultas-legislativas/20160802-mpi-cod-contratos-publicos.aspx>, tendo o prazo da discussão pública sido prorrogado até 10 de Outubro de 2016.

3 Sobre o regime dos erros e omissões no CCP, antes da revisão de 2012, cf., em especial, LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – I”, in AA.VV., *Estudos de Contratação Pública – II* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, *maxime* páginas 399 e seguintes, RUI MEDEIROS, “O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais”, in AA.VV., *Estudos de Contratação Pública – II* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, páginas 417 e seguintes, SÉRVULO CORREIA e ANTÓNIO CADILHA, “O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção-construção em face do Código dos Contratos Públicos”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, Volumes III/IV (Julho-Dezembro 2009), páginas 869 a 896, CLÁUDIA VIANA, “O regime de erros e omissões do caderno de encargos”, in *Direito Regional e Local*, n.º 12, Outubro/Dezembro de 2010, páginas 53 a 58, JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES, *Código dos contratos públicos: regime de erros e omissões*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, páginas 318 e seguintes.

Para a articulação deste regime com o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, cf. MARIA CRISTINA GAL-LEGO DOS SANTOS, “O Projecto de Arquitectura – Valor Jurídico nos Erros e Omissões (Nó-tulas)”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 7 (Janeiro-Abril de 2013), páginas 127 a 142.



matéria, pelo que as soluções contidas neste Anteprojecto de revisão do CCP agora submetido a discussão pública constituem opções livremente assumidas pelo legislador nacional;

- b) A segunda, para advertir que, apesar de no preâmbulo do Anteprojecto se referir que a nova figura dos “trabalhos complementares” substitui os “trabalhos a mais” e os “trabalhos de suprimento de erros e omissões” (e de o artigo 61.º do CCP ser revogado), esta referência pode ser enganadora numa primeira leitura, levando o leitor mais incauto a pensar, precipitadamente, que foi a *própria figura dos erros e omissões* que desapareceu do Código. Assim, o intérprete não deve ser induzido em erro: os erros e omissões continuam, inequivocamente, a estar consagrados na lei – o que desaparece, sim, é a *denominação atribuída aos trabalhos* com vista ao seu suprimento.

3. Confrontando então o articulado do Anteprojecto, conclui-se que as principais novidades a destacar neste âmbito são, em síntese, as seguintes:

- a) Elimina-se a dualidade de regimes aplicáveis aos esclarecimentos e rectificações das peças do procedimento, por um lado, e aos erros e omissões, por outro, passando ambas as figuras a estar sujeitas a um único regime⁴;
- b) Os erros e omissões passam a ter de ser apresentados pelos interessados no primeiro terço do prazo para apresentação das propostas (artigo 50.º/1);

⁴ Constante, agora, do artigo 50.º, sendo revogado o artigo 61.º, como já se disse.

- c) A apresentação das listas de erros e omissões pelos interessados já não suspende o prazo de apresentação das propostas, que continua a correr;
- d) A resposta da entidade adjudicante⁵ deve ser dada até ao segundo terço do prazo de apresentação das propostas ou até à data fixada no convite ou no programa do procedimento (artigo 50.º/5).

II. Apreciação crítica

4. Procurando ponderar os prós e contras do novo regime proposto, parece-nos inquestionável que a uniformização dos regimes representa uma vantagem e permite eliminar algumas das dificuldades que

5 É importante sublinhar que, nos termos do Anteprojecto, a resposta às listas de erros e omissões deve ser, sempre e necessariamente, da própria entidade adjudicante (*rectius*, do órgão competente para a decisão de contratar), já que, de acordo com a nova redação preconizada para o artigo 69.º/2 do Código, a competência para a tomada da decisão sobre erros ou omissões identificados pelos concorrentes deixa de poder ser delegada no júri.

Esta alteração já foi criticada por JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, que consideram que o novo regime será “*puramente impraticável para uma importante parcela das entidades adjudicantes portuguesas*”, na medida em que tal norma, ou será “*ignorada pelas entidades adjudicantes, provocando sérios problemas de legalidade procedimental; ou, sendo levada a sério, atrasar[á] os procedimentos mais complexos por semanas ou meses*”, tudo apontando, então, no sentido de estarmos perante “*uma norma inexequível que cairá em desuso*” (cf. *Comentários...*, cit., páginas 73 e 74).

Embora uma tal afirmação, em termos tão contundentes e lapidares, nos pareça, com o devido respeito, conter alguma dose de exagero – sendo ainda certo que, por maiores que sejam os transtornos causados por esta nova solução, as entidades adjudicantes não podem desresponsabilizar-se das vicissitudes (e que podem traduzir-se em modificações relevantes) das peças procedimentais por si aprovadas –, a verdade é que também não veríamos inconveniente na continuidade da solução actualmente vigente, de mera *possibilidade* (mas não *obrigatoriedade*) de delegação no júri da competência para responder aos erros e omissões identificados pelos interessados.



o quadro actual suscita, no que se refere à compatibilização, dentro do prazo geral de apresentação de propostas, de dois (sub-)prazos distintos que correm simultaneamente, para (pedidos e resposta aos) esclarecimentos e para (apresentação de lista e resposta aos) erros e omissões⁶. Além disso, julga-se que, na mente do legislador, terá estado também o intuito de evitar a suspensão *automática* e *potestativa* do prazo de apresentação das propostas por parte de um qualquer interessado, que poderia ser entendido como um “convite” implícito à apresentação de supostos “erros e omissões” (por mais descabidos que fossem), apenas para “ganhar mais tempo” para a elaboração das respectivas propostas⁷. Por último, na base desta proposta legislativa poderá também ter estado a constatação de que, na prática, os pedidos de esclarecimentos apresentados pelos interessados no primeiro terço do prazo de apresentação das propostas contêm já, com alguma frequência, verdadeiros erros e omissões, o que poderia justificar a fixação de um prazo único para os dois efeitos (apresentação de pedidos de esclarecimentos e de listas de erros e omissões).

No entanto, ao estabelecer tal uniformidade, talvez o Anteprojecto não tenha atentado devidamente nas diferenças existentes entre as fi-

6 Como notam JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, o regime dos erros e omissões previsto no Código era “*reputado como excessivamente complexo e potenciador de litígios na prática procedimental*”: cf. *Comentários...*, cit., página 69.

7 JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ entendem que a ausência de previsão expressa de que a apresentação da lista de erros e omissões determina a suspensão do prazo de apresentação das propostas constitui um lapso, decorrente de o legislador se ter “esquecido” de “importar” para o artigo 50.º a disposição constante dos n.ºs 3 e 4 do actual artigo 61.º do CCP (cf. *Comentários...*, cit., página 70).

Pela nossa parte, como se depreende do que dizemos acima no texto, não nos parece que tenha aqui existido um qualquer “esquecimento”, afigurando-se-nos, pelo contrário, que a inexistência de suspensão corresponde claramente a uma opção *deliberada* (ainda que, porventura, criticável) do legislador.

guras dos esclarecimentos/rectificações e dos erros e omissões, e que tinham levado o legislador do CCP, em 2008, a prever regimes distintos.

Antes de mais, cumpre notar que, ao fazer coincidir o termo dos prazos para a resposta da entidade adjudicante (i) aos pedidos de esclarecimento e (ii) às listas de erros e omissões, o Anteprojecto deixa, *formalmente*, os interessados desprovidos de meios de reacção contra os erros e omissões que resultem das próprias respostas da entidade adjudicante aos pedidos de esclarecimento ou às listas de erros e omissões. Embora se antecipe que, *na prática*, os interessados não deixarão de se socorrer de requerimentos *ad hoc* para esse efeito⁸, a verdade é que estamos perante um problema colocado (e não resolvido) pelo Anteprojecto, que não se suscita ao abrigo do regime actualmente vigente e que, a não ser directamente regulado pelo legislador, obrigará ao recurso a subterfúgios informais, com os inconvenientes da insegurança jurídica daí decorrente e do “enxertar” de uma nova (sub-)fase não legalmente prevista no seio do prazo para apresentação das propostas.

Por outro lado, não pode deixar de se notar que a nova solução proposta se revela produto de uma *diferente concepção político-legislativa* quanto ao que deve ser o equilíbrio relativo e a tensão entre os interesses e a posição da entidade adjudicante e dos potenciais concorrentes.

Com efeito, num balanço global, o novo regime, comparativamente com o regime hoje vigente, introduz um *maior desequilíbrio a favor da entidade adjudicante*, pois:

⁸ Designadamente, ao abrigo dos princípios da boa-fé e da colaboração da Administração com os particulares, previstos nos artigos 10.º/1 e 11.º/1 do Código do Procedimento Administrativo.



- 1) O prazo para a (detecção e) apresentação da lista de erros e omissões pelos concorrentes é *mais curto* do que o previsto no CCP: passa de 5/6 para 1/3 do prazo de apresentação das propostas – prazo esse que, por seu turno, também passa a (poder) ser mais exíguo⁹, no que se traduz numa *dupla diminuição* para os concorrentes;
- 2) A apresentação daquela lista *não suspende* este prazo, ao contrário do que sucede actualmente (artigo 61.º/3 do CCP), embora os interessados passem agora a dispor do dobro do tempo (de 1/6 para 1/3) para adaptar as suas propostas ao teor das respostas da entidade adjudicante;
- 3) O prazo para a resposta da entidade adjudicante aos erros e omissões é *alargado*: passa de 1/6 do prazo de apresentação das propostas (eventualmente acrescido do prazo, único e improrrogável, de 60 dias, a que ainda se refere o artigo 61.º/4 do CCP) para 1/3 do prazo de apresentação das propostas¹⁰,

9 Nos termos dos artigos 135.º e 136.º do CCP, na versão do Anteprojecto, nos termos dos quais o prazo mínimo para a apresentação das propostas, em procedimentos para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, passa de 47 para 30 dias (nos concursos públicos com publicidade internacional) e de 20 para 14 dias (nos concursos públicos sem publicidade internacional), podendo ainda este último prazo ser reduzido para 6 dias, em caso de “*manifesta simplicidade dos trabalhos necessários à realização da obra*”.

10 É verdade que, sendo (ou podendo ser) os prazos de apresentação das propostas mais reduzidos, poderá suceder que, na prática, este aumento não tenha impacto significativo na esfera da entidade adjudicante, já que 1/6 de um prazo muito longo poderá corresponder a um hiato temporal mais dilatado do que 1/3 de um prazo mais curto. Também aqui, em qualquer caso, continua a valer a regra de os prazos para apresentação das propostas deverem ser fixados em função da complexidade do objecto do contrato (cf. artigo 63.º/2 do CCP).

ou o prazo (presumivelmente *superior*¹¹) que eventualmente seja fixado no convite ou no programa do procedimento¹².

5. O ponto que se antecipa como mais problemático neste novo regime reside na circunstância de os concorrentes passarem a ter um prazo mais curto para detectar os (e reclamar dos) erros e omissões que existam nas peças procedimentais, mantendo-se, no entanto, intacta a regra que os torna responsáveis por metade do valor dos trabalhos que deveriam ter sido detectados (nos termos do artigo 378.º/3, que se mantém substancialmente inalterado¹³).

11 É certo que, em rigor, o Anteprojecto não impõe que este prazo seja superior, mas, evidentemente, não se afigura plausível que, na prática, a entidade adjudicante pretenda vincular-se a um prazo inferior ao 1/3 que a lei sempre lhe garante, sobretudo quando a consequência da falta de resposta atempada aos erros e omissões apresentados pelos concorrentes continua a ser a da responsabilidade integral pelo valor dos trabalhos de suprimento que se revelem necessários (cf. artigo 378.º/3, *in fine*, do CCP).

Questão diferente é a de o Anteprojecto não fixar um limite a este prazo, o qual, por esse motivo, como notam JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, pode ser fixado pela entidade adjudicante “*de forma discricionária, e aparentemente em termos ilimitados*” (cf. *Comentários...*, cit., página 69).

12 Resta saber se, caso a entidade adjudicante fixe, para si mesma, um prazo posterior ao segundo terço do prazo para apresentação das propostas para responder à lista de erros e omissões, este prazo é prorrogado na medida do período excedente, isto é, se os potenciais concorrentes continuarão a dispor do último terço do prazo para acomodar as suas propostas às alterações resultantes da resposta da entidade adjudicante – o que parece ser a solução mais lógica (até pela similaridade com a solução consagrada, e bem, no artigo 64.º/2), mas que o Anteprojecto não esclarece, e devia esclarecer.

Igualmente assinalando que o regime do Anteprojecto não prevê qualquer garantia de que os interessados disporão de um prazo adequado para a reformulação da sua proposta, para a adaptar à resposta da entidade adjudicante às listas de erros e omissões apresentadas, cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários...*, cit., página 70.

13 Já agora, e embora este reparo possa parecer um mero preciosismo de redacção, refira-se que esta norma continua a aludir aos “trabalhos de suprimento de erros e omissões”, o que é contraditório com a abolição destes trabalhos enquanto categoria autónoma. Neste sentido, afigura-se que o legislador deveria antes, e mais rigorosamente, referir-se a *trabalhos complementares cuja execução se deva à necessidade de suprimento de erros e omissões*.



Assim, à primeira vista, os co-contratantes poderão vir a enfrentar sérias dificuldades quando, já durante a execução dos trabalhos, se depararem com deficiências que poderiam ter sido detectadas anteriormente e sobre eles recair o ónus de demonstrar que, no concreto prazo de que dispuseram para o efeito, não lhes seria razoavelmente exigível que se tivessem apercebido do erro ou omissão em causa.

Se nos lembrarmos das resistências que a simples repartição de responsabilidades pelos erros e omissões das peças procedimentais enfrentou no sector da construção civil há cerca de 10 anos, ainda antes da aprovação do Código¹⁴⁻¹⁵, e que têm vindo a ser reiteradas pela

14 Assim, afirmava a FEPICOP – Federação Portuguesa da Indústria da Construção e Obras Públicas ser “impensável a substituição do direito do adjudicatário de reclamação quanto a erros e omissões do projecto pela obrigação de identificação e suprimento dos mesmos por todos os concorrentes nas suas propostas. Entende-se, pois, que o regime agora proposto, para além de representar uma total e infundada inversão do regime actualmente vigente, contraria a anunciada maior responsabilização de todos os agentes públicos e privados.

Não podem ser os concorrentes a suportar os riscos e consequentes encargos pela inexactidão de peças que não são da sua responsabilidade. A obrigatoriedade de verificar aspectos ou dados que “contrariem normas legais ou regulamentares aplicáveis”, exige uma revisão dos elementos patenteados pelo dono da obra por parte de uma nova equipa de projectistas” (cf. Memorando e 7 de Novembro de 2006, página 8; cf. ainda, em termos muito aproximados, o subsequente Memorando desta Federação de 6 de Julho de 2007, páginas 6 e 7).

15 Tal contestação não viria, contudo, a impedir a consagração da regra da repartição de responsabilidades na versão final do Código.

Como observa CLÁUDIA VIANA, o regime dos erros e omissões integrado no CCP em 2008 era “absolutamente inovador”, assentando o novo modelo legal “na colaboração entre potenciais concorrentes e entidade adjudicante, de modo que a versão final do caderno de encargos resulta de um processo de co-construção ou co-elaboração, que vincula e responsabiliza, em termos diferenciados, quer a entidade adjudicante quer os potenciais concorrentes quer ainda o adjudicatário” (cf. “O regime...”, cit., páginas 53 e 55). Não obstante, como assinala PEDRO COSTA GONÇALVES, apesar de o dever de identificação de erros e omissões existir em todos os procedimentos pré-contratuais, só em sede de execução dos contratos de empreitada de obras públicas é que o legislador associou à falta de detecção atempada desses erros e omissões uma responsabilidade para o co-contratante privado: cf. “Alterações ao Código dos Contratos Públicos na sequência do «Memorando

doutrina ao longo dos anos¹⁶, antecipa-se que esta medida possa vir a sofrer grande contestação, até porque as regras sobre repartição da responsabilidade se mantêm intactas e porque a diminuição do prazo para a detecção de erros e omissões não é “compensada” pelo aumento do prazo agora concedido aos concorrentes para conformarem as suas propostas em função das respostas da entidade adjudicante, visto que se trata de medidas que não operam no mesmo plano ou produzem idênticos efeitos, não se anulando reciprocamente¹⁷.

Isto só não será exacto caso se entenda (como nos parece dever entender-se) que o grau de exigência que recai sobre os interessados nesta fase passará, doravante, a ser *inferior* – na medida em que não pode

de Entendimento com a *Troika*», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, Maio-Agosto de 2012, página 233 (em sentido distinto, entendendo que esse regime de responsabilidade deve ser analogicamente estendido aos demais contratos administrativos regulados pelo Código, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., página 319, nota 52).

16 Em termos taxativos, afirma JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES que o legislador de 2008 consagrou “a *co-responsabilização de todo o mercado que concorre a cada obra, pelos projectos que a entidade adjudicante adquiriu para a realizar, pelas soluções técnicas que adoptou e pela fiabilidade dos dados de campo que fornece, mesmo quando a responsabilidade de tudo isto é exclusivamente da entidade adjudicante*”: cf. *Código...*, cit., página 8.

17 Por isso que a responsabilidade pela não detecção atempada dos erros e omissões fica definida logo no termo do primeiro terço do prazo de apresentação de propostas, ao passo que o aumento do prazo para a elaboração das mesmas (propostas) apenas permite aos concorrentes adoptarem melhores soluções para corrigir os erros e omissões necessários ao suprimento dos erros e omissões, mas não limitarem ou reduzirem a sua responsabilidade pela existência dos erros e omissões não detectados atempadamente.

Por outras palavras: a concessão de um prazo superior para a alteração das propostas em função da resposta da entidade adjudicante às listas de erros e omissões apenas permite aos concorrentes adoptarem melhores soluções para corrigir os erros e omissões *efectivamente detectados*; o problema é que, como o prazo para a sua detecção é substancialmente reduzido, a probabilidade será de que menos erros e omissões sejam descobertos na fase devida, o que, se por um lado até reduz a necessidade de aumento do prazo para a sua correcção, por outro lado aumenta o risco de os erros e omissões apenas virem a revelar-se já durante a execução do contrato, com as perturbações daí decorrentes.



pedir-se a um potencial concorrente, num prazo mais curto, o mesmo grau de minúcia e detalhe na análise que razoavelmente se poderia esperar dele num prazo mais longo¹⁸. Mas, se for assim, então o novo regime vem afinal, contra as evidências iniciais, a revelar-se *mais desfavorável* (não para os concorrentes, mas) *para a entidade adjudicante*, em virtude de reduzir o elenco dos erros e omissões cuja detecção seria exigível aos interessados na fase de apresentação das propostas e, por conseguinte, aqueles cujo suprimento poderia vir a ser parcialmente imputado ao co-contratante na fase de execução do contrato.

Este “retrocesso”, a confirmar-se ser esta a melhor interpretação do novo regime¹⁹, poderá eventualmente constituir um reconhecimento legislativo da parcela de razão que assistia aos operadores económicos (e suas entidades representativas) do sector da construção civil, e poderá porventura ser também justificado pela necessidade de obrigar os donos de obra a zelar pela qualidade dos projectos que contratam²⁰; mas,

18 Importa sublinhar que o princípio da *culpa* está inequivocamente subjacente à modelação do regime legal de (responsabilidade pelos) erros e omissões, como bem assinalam SÉRVULO CORREIA e ANTÓNIO CADILHA, “O regime da responsabilidade...”, cit., páginas 879 e 880.

Ou, na formulação do Tribunal de Contas, os erros e omissões pressupõem “*um nexo de imputabilidade a uma das partes do contrato ou a ambas*” (cf. Sentença n.º 2/2013, de 25 de Fevereiro de 2013, da 3.ª Secção, processo n.º 5JRF/2012, disponível em www.tcontas.pt).

19 As dúvidas justificam-se pelo facto de estarmos perante uma das disposições do CCP “*que mais se presta a polémica, face a algum nível de subjectividade a que necessariamente tem de recorrer, na apreciação da conduta dos agentes*”: cf. JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES, *Código...*, cit., página 261.

20 Tanto mais que, hoje, e ao contrário do que sucedia à data da aprovação do CCP, já existe um regime jurídico que disciplina *ex professo* a responsabilidade dos projectistas (cf. Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho; sobre este diploma, veja-se ANA CLÁUDIA GUEDES, “O enquadramento profissional dos técnicos licenciados em planeamento regional e urbano e a Lei n.º 31/2009, de 3 de julho”, in *Direito Regional e Local*, n.º 18, Abril/Junho de 2012, páginas 32 a 40).

em todo o caso, interrogamo-nos sobre se terá sido esta a verdadeira intenção do legislador.

6. Por outro lado – e independentemente de saber quem, na relação entre concorrentes vs. entidade adjudicante, sai mais “beneficiado” ou “prejudicado” pelo novo regime –, a redução do prazo de detecção de erros e omissões é *objectivamente negativa* para o interesse público em geral, na medida em que diminui as probabilidades de serem detectadas, em tempo útil, circunstâncias que podem vir a representar perturbações futuras na execução do contrato, quando a preparação, o lançamento e a adjudicação de *boas obras* é, em si mesmo, um valor intrínseco, que deve ser preservado.

Por esse motivo (e fugindo agora um pouco ao tema em análise), a extensão da possibilidade de adopção do concurso público urgente a contratos de empreitada de obras públicas (como passa a prever o artigo 155.º), mesmo que se limite a acolher em sede geral aquilo que já ia sendo admitido através dos sucessivos decretos-lei de execução orçamental²¹, pode também vir a revelar-se uma solução nociva: o problema aqui não é o da responsabilidade do empreiteiro pela não detecção atempada dos erros e omissões (já que esta fase procedimental não é aplicável ao concurso público urgente, nos termos do artigo 156.º/2 do CCP), mas sim o de se pensar que é (sempre e necessariamente) realista pedir aos concorrentes a apresentação de propostas sérias para a

É verdade que o próprio CCP também prevê, no seu clausulado, a responsabilidade dos projectistas dos terceiros perante o dono da obra ou o empreiteiro, mas, “quando fundada em título contratual”, essa responsabilidade “é limitada ao triplo dos honorários a que tenham direito ao abrigo do respectivo contrato, salvo se a responsabilidade em causa tiver resultado de dolo ou de negligência grosseira no cumprimento das suas obrigações” (cf. artigo 378.º/7).

21 Cf., por último, o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 18/2016, de 13 de Abril.



execução de uma obra pública, apenas pelo facto de o valor do contrato não ser superior a € 150.000 – conforme a certa crítica que, amiúde, se faz ouvir²².

Pela mesma razão, o alargamento do prazo de resposta por parte das entidades adjudicantes às listas de erros e omissões – de resto, na linha da alteração do CCP nesta matéria em 2012²³ – é claramente positivo, na medida em que permite à entidade adjudicante indagar mais ponderadamente da pertinência das observações dos interessados e, se for o caso, rectificar as peças procedimentais em tempo útil (durante o procedimento pré-contratual), propiciando assim uma melhor prossecução

22 Devendo sublinhar-se que o próprio Tribunal de Contas também já tem recusado o visto a contratos de empreitada de obras públicas celebrados na sequência de concursos públicos urgentes (ao abrigo do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho), juntamente com fundamento na exiguidade do prazo concedido aos concorrentes para apresentarem as suas propostas: cf., nomeadamente, o Acórdão n.º 02/2011, de 21 de Janeiro de 2011, da 1.ª Secção, processo n.º 1200/2010 (mantido pelo Acórdão n.º 10/11, de 3 de Maio de 2011, recurso n.º 05/11), bem como o Acórdão n.º 18/11, da 1.ª Secção, de 12 de Julho de 2011, recurso ordinário n.º 23/2011 (processo n.º 5/2011), disponíveis em www.tcontas.pt.

Fazendo referência ao entendimento do Tribunal de Contas nesta matéria, cf. MIGUEL LUCAS PIRES, “Alterações em procedimentos”, in AA.VV. *Relatório de análise...*, cit., página 27.

23 Recorde-se que o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, aditou ao artigo 61.º do CCP um novo n.º 4, nos termos do qual “[a] suspensão prevista no número anterior pode ser mantida pelo órgão competente para a decisão de contratar por um período único de, no máximo, mais 60 dias contínuos, o qual não pode ser sujeito a prorrogação”. Como se lê no próprio preâmbulo do diploma, esta alteração foi motivada pela “insuficiência do prazo concedido às entidades adjudicantes para se pronunciarem sobre as listas de erros e omissões elaboradas pelos interessados”, sabendo-se que a ausência de resposta atempada a esses erros e omissões, equivalendo a uma sua rejeição tácita (cf. artigo 61.º/5, *in fine*, do CCP), implicaria a responsabilidade da entidade adjudicante pelos custos dos correspondentes trabalhos de suprimento em fase de execução do contrato (conforme o já acima citado artigo 378.º/3 do Código).

Para uma explicação da *ratio* desta possibilidade de manutenção da suspensão do prazo de resposta pela entidade adjudicante, cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Alterações...”, cit., página 233.

do interesse público e uma potencial menor litigiosidade durante a fase de execução do contrato²⁴.

III. Considerações finais

7. Em suma, o novo regime legal preconizado em matéria de erros e omissões, sem prejuízo de ter uma lógica perceptível e a vantagem da clareza e simplicidade, apresenta, todavia, inconvenientes não despidos.

Neste sentido, porventura, o contributo mais sensato que poderíamos dar passaria por recomendar ao legislador que, nesta matéria, mantivesse o regime tal como está²⁵, abstendo-se de introduzir alterações com impacto relevante (e de exequibilidade questionável) num regime que, depois da desconfiança enfrentada num momento inicial, nos parece ter provado relativamente bem na prática. Ao contrário do que sucedeu anteriormente – em que aspectos relevantes do regime, como o modo de apresentação, pelos concorrentes, dos termos do suprimento dos erros e omissões aceites pela entidade adjudicante foram

24 Também aqui, no entanto, o aumento do prazo não “compensa” o acréscimo de responsabilidade que recai sobre a entidade adjudicante, porquanto uma coisa é ter mais tempo para se pronunciar sobre a pertinência dos erros e omissões apresentados pelos interessados e outra coisa, totalmente diferente, é ter mais tempo para detectar *outros* erros e omissões, de modo a que os mesmos sejam corrigidos antes da celebração do contrato.

25 No mesmo sentido, cf. igualmente JOÃO AMARAL E ALMEIDA E PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários...*, cit., página 70.



discutidos na jurisprudência²⁶ e na doutrina²⁷, até o legislador ter vindo resolver o problema²⁸ –, ao contrário do que sucedeu anteriormente, dizia-se, parece-nos que, hoje, o regime dos prazos de apresentação das (e da resposta às) listas de erros e omissões não carece de revisões, que podem inclusivamente vir a mostrar-se contraproducentes.

Caso, porém, o legislador mantenha a sua opção de unificar os prazos (a apresentação das listas de erros e omissões ser apresentada ao mesmo tempo do que os pedidos de esclarecimento, e a entidade adjudicante responder a ambos na mesma data), entendemos que o regime legal beneficiaria com a introdução de algumas alterações ao Anteprojecto.

As “benfeitorias”²⁹ que proporíamos ao regime do Anteprojecto nesta parte seriam, então, as seguintes:

26 Cf., designadamente, os Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 166/09, de 20 de Novembro de 2009, processo n.º 1314/09 (mantido pelo Acórdão n.º 18/2010, de 15 de Junho de 2010, recurso n.º 25/09) e n.º 2/2010, de 26 de Janeiro de 2010, ambos da 1.ª Secção (disponíveis em www.tcontas.pt), bem como o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 27 de Janeiro de 2011, processo n.º 00228/10.5BEVIS (disponível em www.dgsi.pt).

27 Cf., sobre o tema, JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES, *Código...*, cit., páginas 128 e seguintes, CLÁUDIA VIANA, “O regime...”, cit., páginas 56 e seguintes, bem como MIGUEL ÂNGELO CRESPO, *O Modo de Apresentação dos Termos de Suprimento de Erros e Omissões na Fase da Formação de Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, in *Publicações CEDIPRE ONLINE – 4*, Coimbra, Novembro de 2010 (disponível em www.cedipre.fd.uc.pt).

28 Na versão inicial do Código, era aos concorrentes que, nas suas propostas, cabia identificar os termos do suprimento dos erros e omissões aceites pela entidade adjudicante [cf. artigo 61.º, alínea a)]; em 2012, através do já citado Decreto-Lei n.º 149/2012, o legislador passou a fazer recair esse encargo sobre o órgão competente para a decisão de contratar (cf. o novo n.º 6 do mesmo artigo 61.º).

29 Que não têm, reconhece-se, a mesma importância, sendo a primeira *voluptuária*, a segunda *necessária* e a terceira útil (na conhecida terminologia do artigo 216.º/2 do Código Civil).

- A) Prever um mecanismo ou sub-fase para a apresentação de listas de erros e omissões (e de resposta a essas listas) que decorram da resposta da entidade adjudicante aos pedidos de esclarecimentos sobre as peças procedimentais;
- B) Prever que os concorrentes disporão sempre do último terço do prazo de apresentação das propostas (ou de um período equivalente a um terço desse prazo) para conformar as suas propostas aos erros e omissões expressamente aceites pela entidade adjudicante, assegurando que os concorrentes não saem prejudicados por o convite ou o programa do concurso fixarem um prazo de resposta posterior ao segundo terço do prazo para apresentação das propostas;
- C) Alterar a redacção do artigo 378.º/3, substituindo a expressão “trabalhos de suprimento de erros e omissões” por “trabalhos complementares cuja execução se deva à necessidade de suprimento de erros e omissões”.



Novidades na tramitação dos procedimentos: causas de exclusão de propostas, impedimentos, preço ou custo anormalmente baixo e preço base¹

JORGE PAÇÃO²

I. Nota introdutória

Chegadas as novas diretivas sobre contratação pública, decorre neste momento a entusiasmante revisão do Código dos Contratos Públicos e, em especial, a fase de consulta pública ao Anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos³, publicitado pelo Governo em 2 de agosto de 2016. Este entusiasmo tem, grosso modo, três principais causas:

1 O presente texto corresponde, salvo as necessárias modificações tendentes à sua publicação escrita, à exposição oral realizada no *Debate público sobre o Anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, nos dias 14 e 15 de Setembro, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coordenado pela Professora Doutora Maria João Estorninho e pela Professora Doutora Ana Gouveia Martins, a quem se agradece, agora por escrito, o convite para a participação no debate, bem como para a publicação deste texto.

2 Assistente Convocado e Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade Lisboa. Investigador Associado do Centro de Investigação de Direito Público. Assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional.

3 Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/ministerios/mpi/noticias/20160802-mpi-ccp.aspx>

Voltar ao índice

i) as novidades normativas impostas ou simplesmente oferecidas pelas três Directivas; ii) a oportunidade de modificação e clarificação das soluções legais presentes no Código dos Contratos Públicos e que, ao longo dos últimos nove anos, se revelaram particularmente desajustadas ou geradoras de uma incerteza tida como nociva; iii) a oportunidade de consolidação das soluções legais cuja aplicação foi reveladora da sua bondade.

É também imbuído deste entusiasmo que, em boa verdade, teria particular gosto em, por um lado, abordar a questão relativa à opção, política e legislativa, a que chamaríamos de “continuidade”, subjacente ao Anteprojeto de revisão, em detrimento de uma verdadeira reforma do direito da contratação pública português⁴, e, por outro, em discutir, de forma transversal, as questões jurídicas relacionadas com as três “causas de entusiasmo” acima identificadas. Todavia, não é este o momento indicado para o efeito, estando agradavelmente “obrigado” a tratar do tema que me foi gentilmente adjudicado. E esta adjudicação foi, como já referido, particularmente agradável, pois cabe-me tratar de matérias com especial relevo na contratação pública quer para as entidades adjudicantes, quer para os interessados em participar em procedimentos pré-contratuais públicos: as causas de exclusão, o regime dos impedimentos, e os regimes do preço anormalmente baixo e preço

4 Em particular, sobre este tema, e na defesa de que a transposição do pacote de Directivas de 2014 constitui (ou constituiria) uma oportunidade para “levar a cabo uma verdadeira reforma profunda e adequada do quadro legal da contratação pública em Portugal”, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Uma oportunidade perdida... Breve apreciação crítica do Anteprojeto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 118, pp. 3 a 9. E, da mesma autora, cfr. *A transposição das Directivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: proposta de transposição não minimalista das diretivas*, in *A transposição das Directivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Coord. Maria João Estorninho, ICJP – CIDP, 2016, pp. 29 a 36.



base. Tal será naturalmente feito com o intuito de análise e discussão das novidades vertidas no Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos.

II. Regime geral indicativo das causas de exclusão

Sem prejuízo da amplitude de tratamento que merecem os “temas quentes”⁵, importa, antes de mais, realizar uma breve apreciação ao regime geral identificativo das causas de exclusão de propostas. Neste âmbito, está fundamentalmente em causa o n.º 2 do artigo 70.º do CCP enquanto regra definidora de um elenco geral de causas de exclusão, bem como os n.ºs 2 e 3 do artigo 146.º, enquanto enumeração alargada de causas de exclusão em sede de regras aplicáveis ao concurso público.

Todavia, as novidades do Anteprojeto do CCP nesta matéria são reduzidas, sendo, sobretudo, de esclarecimento e aperfeiçoamento do regime atual, enquanto manifestações do aproveitamento desta oportunidade legislativa para a realização de “benfeitorias” no regime agora vigente. Tal reflete-se nos três breves apontamentos de relevo que de seguida se irão fazer.

i. Alteração à alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º

É incluída como causa de exclusão, por remissão para alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, a não apresentação de documentos exigidos no programa do procedimento ou no caderno de encargos que, apesar de referentes a aspetos da execução do contrato não submetidos à concor-

5 Refiro-me, como melhor se perceberá adiante, ao regime dos impedimentos e ao regime do preço ou custo anormalmente baixo.

rência, a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule aos mesmos. Na verdade, a não apresentação deste tipo de documentos já se apresenta como motivo de exclusão no elenco constante do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, pelo que a sua inclusão na regra geral do artigo 70.º do CCP, sendo de elogiar, não terá consequências práticas de maior.

ii. Alterações ao número 3 do artigo 70.º

Nos termos do n.º 3 do artigo 70.º do Anteprojeto prevê-se, a título inovatório, a obrigação de comunicação à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica da exclusão de proposta com fundamento em preço ou custo anormalmente baixo, em detrimento da sua comunicação à Autoridade da Concorrência ou ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P (atual Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.) no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas. Esta opção encontra plena justificação nas concretas atribuições da ASAE, tendo por missão a fiscalização e prevenção do cumprimento da legislação reguladora do exercício das atividades económicas, nos setores alimentar e não alimentar⁶.

Neste plano, importa ainda destacar a nova obrigação de comunicação de situações em que a entidade adjudicante identifique indícios de práticas restritivas de comércio em determinada proposta do concorrente, mesmo que a proposta não venha a ser excluída (n.º 3 do artigo 70.º do Anteprojeto). Ora, considerando que, não raras vezes, as entidades adjudicantes, em caso de dúvida, optam por não excluir as propostas, dando plena aplicação ao princípio do “favor” do concurso e dos

6 Cfr. Artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 194/2012, de 23 de agosto (Lei Orgânica da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica).



concorrentes, este alargamento do dever de comunicação nos casos em que a entidade adjudicante, tendo decidido não excluir a proposta, verificou a existência de indícios de práticas restritivas de comércio, poderá vir a revelar-se essencial no combate ao *dumping* e à “manipulação” dos preços e custos associados às propostas.

iii. Alterações ao n.º 4 do artigo 70.º

Nos mesmos moldes das alterações promovidas no n.º 3 do artigo 70.º, também o n.º 4 do artigo 70.º – relativo à obrigação de comunicação das situações em que a entidade adjudicante identifique indícios de práticas restritivas da concorrência – foi alterado no sentido de excluir a comunicação, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, ao IMPIC, ficando – a nosso ver, bem – a Autoridade da Concorrência como a única entidade responsável pela avaliação e tratamento das situações que lhe sejam reportadas pelas entidades adjudicantes quanto a práticas restritivas de concorrência.

O preceito em análise foi igualmente alterado no sentido de obrigar as entidades adjudicantes a comunicar à Autoridade da Concorrência a existência de qualquer indício de práticas restritivas de concorrência que não tenha levado à exclusão da proposta. Estipulam-se, nesta medida, duas consequências distintas para a identificação de indícios de práticas restritivas da concorrência: caso a entidade adjudicante conclua pela existência de fortes indícios de práticas restritivas da concorrência, encontra-se obrigada a excluir a proposta (cfr. alínea g), do número 2 do artigo 70.º); se a entidade adjudicante concluir pela “mera” existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, deve proceder à comunicação da situação à Autoridade da Concorrência, preservando a proposta. Pelo que, face a esta dualidade, o destino da proposta ficará

dependente de uma apreciação predominantemente discricionária da entidade adjudicante sobre se os indícios devem ou não ser tidos como “fortes”.

Por fim, ainda quanto ao regime geral indicativo das causas de exclusão, refira-se que o 146.º mantém-se intato no Anteprojeto do CCP, visto não resultar da transposição da Diretivas a necessidade de alteração, nem se vislumbra motivo para o seu aperfeiçoamento face à versão atual.

III. O regime dos impedimentos

1. As novidades do artigo 55.º do CCP

O regime dos impedimentos – que corresponde, em traços simplistas, à previsão legal de motivos de exclusão relativas à idoneidade pessoal dos concorrentes – é, salvo melhor opinião, um dos temas que marcam a presente revisão do Código dos Contratos Públicos, muito por culpa das novidades constantes das Diretivas de 2014. Assim sendo, optamos, em termos metodológicos, por proceder a um confronto entre a atual versão e a versão do Anteprojeto do artigo 55.º do Códigos dos Contratos Públicos, tendo as novidades das Diretivas e o modo como o legislador as tratou no Anteprojeto, como principal parâmetro de análise.

i. Alínea a) do artigo 55.º

Relativa aos impedimentos de natureza insolvencial, a alínea a) do artigo 55.º do CCP surge intacta na versão do Anteprojeto. E é de presumir que a mencionada alínea não mereceu a atenção do Governo



na elaboração do Anteprojeto do CCP na medida em que as Diretivas de 2014, tirando alterações de mera “cosmética”, não modificaram, na substância, os preceitos relativos às causas de exclusão insolvenciais.

No entanto, realizando um pleno aproveitamento da obrigação de revisão do Código dos Contratos Públicos, o legislador deverá promover, pelo menos, duas alterações no elemento literal constante da alínea a) do artigo 55.º do CCP, a abordar nas linhas que se seguem.

(i) O plano de insolvência: um conceito, duas realidades.

O legislador, por via de uma alteração promovida pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, 2 de outubro, procurou restringir o âmbito de aplicação dos impedimentos insolvenciais, estabelecendo que, existindo plano de insolvência, as empresas não estão impedidas de participar em concursos públicos. É isso que decorre da exceção prevista na parte final do preceito, nos seguintes termos: “salvo quando se encontrarem abrangidas por um plano de insolvência, ao abrigo da legislação em vigor”.

Todavia, importa atentar que nem todos os planos de insolvência estão finalisticamente orientados de forma similar. Os planos de insolvência, nos termos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante, CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, podem, por um lado, ter como finalidade a concreta liquidação integral do património do devedor insolvente, ou, por outro lado, ter como objetivo a manutenção da empresa, assumindo a designação de “plano de recuperação”⁷. É, por isso, desprovido de sentido o legis-

7 Cfr. artigo 192.º, n.º 3, do CIRE (“3 - O plano que se destine a prover à recuperação do devedor designa-se plano de recuperação, devendo tal menção constar em todos os documentos e publicações respeitantes ao mesmo.”).

lador permitir que a aprovação de um *plano de insolvência* destinado à liquidação da empresa (e não de um “plano de recuperação”) permita ao interessado concorrer à adjudicação e celebração de um contrato público – algo que acontece atualmente, por decorrer expressamente da parte final da alínea a) do artigo 55.º do CCP.

Assim sendo, a nosso ver, a parte final da alínea a) deve ser alterada, determinando o legislador que a exceção de verificação do impedimento apenas é aplicável nos casos em que o *plano de insolvência* corresponde a um “plano de recuperação”. Caso contrário, as entidades adjudicantes continuarão, de forma injustificada, a ver-se forçadas a admitir a concurso concorrentes com planos de insolvência cuja aprovação determina a liquidação total do património e correspondente cessação da atividade, tornando-se muito provável que, deste modo, fique prejudicada o pontual cumprimento do contrato a celebrar⁸.

(ii) O processo especial de revitalização

Considerando que o atual elemento literal da alínea a) do artigo 55.º do CCP (bem como o Anteprojeto de revisão do CCP), determinam que a entidade adjudicante deve dar como verificado o impedimento do concorrente em situações análogas às aí expressamente previstas, torna-se particularmente relevante que o legislador seja claro na identificação

8 Acresce que esta modificação na alínea a) do artigo 55.º é também ela exigida por motivos de coerência normativa: como pode o legislador determinar que a mera pendência de processo de insolvência é causa de exclusão do concorrente (impedimento que continua a constar da alínea a) do artigo 55.º do CCP, na versão do Anteprojeto) e, simultaneamente, estabelecer que a aprovação de um plano de insolvência destinado à liquidação da empresa permita a este concorrente concorrer à adjudicação e celebração de um contrato público?



das exceções à verificação de um impedimento insolvencial. Ora, uma destas situações prende-se com a pendência de processo especial de revitalização (doravante, PER) e a correspondente aprovação de plano especial de revitalização.

Ora, o decurso de PER tem não só em vista a recuperação e a continuação ininterrupta da atividade das empresas⁹, como tem também como pressuposto a manutenção da atividade empresarial da empresa no período de tempo que medeia entre a instauração do processo especial de revitalização e a aprovação do plano especial de revitalização. Estamos, pois, perante um instituto, quanto à sua teleologia, diametralmente oposto da insolvência tendente à liquidação do património do devedor, pelo que o legislador deverá esclarecer e expressamente excepcionar esta situação na parte final da alínea a) do artigo 55.º, sob pena de as entidades adjudicantes continuarem a ter dúvidas sobre o eventual enquadramento da situação de PER como impedimento insolvencial e, em alguns casos, a rejeitar a participação no procedimento de empresas sujeitas a PER, algo que o legislador quererá, de futuro, certamente evitar¹⁰.

9 De acordo com o n.º 1 do artigo 17.º-A do CIRE, o PER “destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontra em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização”.

10 É ainda importante ter em conta que esta questão será tudo menos despiciente, considerado a elevada e crescente pendência de processos especiais de revitalização (a título de exemplo, e de acordo com os mais recentes dados disponibilizados pela Direção-Geral da Política de Justiça, no terceiro trimestre de 2015 entraram 691 processos especiais de revitalização e, no final desse trimestre, encontravam-se pendentes 1.451 processos especiais de revitalização – dados disponíveis em: <http://www.dgpi.mj.pt/sec-tions/estatisticas-da-justica>.

(iii) A específica relevação dos impedimentos insolvenciais, prevista no n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE

Importa ainda, no que respeita aos impedimentos insolvenciais, considerar o segundo parágrafo do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, no qual o legislador comunitário salvaguarda as situações em que, apesar de determinado concorrente estar associado a vicissitudes insolvenciais que, por regra, determinariam a sua exclusão, as regras e medidas nacionais que lhe estão a ser aplicadas permitem-no continuar com a exercer a sua atividade e executar o contrato. Assim sendo, a Diretiva admite, nestes casos, que os Estados-membros obriguem ou permitam às entidades adjudicantes afastar a exclusão da proposta.

Ora, esta possibilidade não se encontra expressamente prevista no Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, e não se vislumbra razão para esta omissão. Sendo que, reforçando a relevância da sua previsão, esta teria consequências práticas de relevo, nomeadamente nos casos em que o interessado em participar em procedimento concursal tenha processo de insolvência pendente: resultando do elemento literal da alínea a) do artigo 55.º do CCP que a mera apresentação à insolvência e a pendência desse processo constituem, por si só, impedimento à participação em procedimentos de contratação pública, deve ser atribuída às entidades adjudicantes o poder-dever de, na avaliação dos contornos do caso concreto, afastar a verificação do impedimento insolvencial pela mera pendência de processo de insolvência sempre que as medidas e as regras que estejam a ser aplicadas ao concorrente permitam concluir, com um grau de probabilidade elevado, que a pen-



dência do processo de insolvência não irá afetar a atividade desenvolvida pelo concorrente¹¹.

Em suma, deverá o legislador expressamente estipular a possibilidade da entidade adjudicante relevar as causas de exclusão previstas na alínea a) do artigo 55.º, visto que esta relevação, em concreto:

- (i) Encontra-se expressamente prevista no artigo 57.º, n.º 4, segundo parágrafo da Diretiva 2014/24/UE;
- (ii) É uma solução que terá plena aplicação no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente considerando que a pendência de processo de insolvência e as medidas e regras aplicadas durante a sua tramitação nem sempre significam que a empresa ficará em situação de insolvência e não seja idónea para a execução do contrato;
- (iii) É uma solução em prol da concorrência e da participação dos concorrentes no procedimento.

Pelo que, tendo-se concluído pela bondade da transposição desta solução, como deverá o legislador nacional executá-la?

Ainda que, nos termos configurados pelo legislador comunitário,

11 Tal acontecerá, a título meramente exemplificativo, quando o processo de insolvência seja despoletado por requerimento de um credor sem que haja fundamento bastante para propositura da ação, ou nas situações em que, estando processo de insolvência pendente, as medidas e regras aplicáveis na sua tramitação indiciam que o mesmo terminará com a aprovação de um “plano de recuperação” e não com a aprovação de um plano de insolvência destinado à liquidação do património. Nestes casos, ainda que, em abstrato, esteja verificado um dos impedimentos previstos na alínea a) do artigo 55.º - pendência de processo de insolvência – deve a entidade adjudicante afastar a sua verificação.

não estejamos perante uma pura medida de “self-cleaning”¹², somos da opinião de que caberá ao concorrente a demonstração de que as medidas e regras que lhe estão a ser aplicadas exigem a relevação de um dos impedimentos insolvenciais constantes da alínea a) do artigo 55.º (e.g. demonstrar que, apesar de estar em curso processo de insolvência, este culminará com a aprovação de um plano de recuperação; demonstrar que, apesar de estar em curso processo de insolvência, este foi intentando por um devedor em abuso de direito na propositura da demanda).

Pelo que, pelo exposto, e considerando as especificidades acima descritas, é desejável que o legislador inclua expressamente este motivo de relevação na enumeração constante do n.º 2 do artigo 55.º-A do Anteprojeto.

ii. Alíneas b) e c) do artigo 55.º

No que respeita às alíneas b) e c) do artigo 55.º, relativa à condenação por sentença transitada em julgado por crime que afete a honorabilidade profissional do concorrente, impõe-se duas notas.

A primeira, relativa à pequena mas relevante alteração à alínea b) do artigo 55.º, no sentido de se prever como impedimento a condenação de pessoa coletiva e não apenas a responsabilidade penal dos titulares

12 No segundo parágrafo, do n.º 4 do artigo 57.º da Directiva 2014/24/UE esta solução está estruturada apenas em função da possibilidade do Estado-membro impor ou permitir que as entidades adjudicantes, na avaliação das medidas e regras nacionais aplicadas à situação do concorrente, afastem a verificação dos impedimentos insolvenciais, não se reportando diretamente a qualquer demonstração pelos concorrentes de que as medidas e regras que lhe estão a ser aplicadas permitem à entidade adjudicante confiar na sua idoneidade para a execução do contrato.



dos órgãos sociais, justificando-se plenamente este acrescento, caso a presente alínea venha a ser preservada pelo legislador.

A segunda nota diz respeito à opção – que reputamos de duvidosa – vertida no Anteprojeto do CCP de manter a alínea b) do artigo 55.º em função da sua absorção pelo alargamento do motivo de exclusão previsto na alínea c) do n.º 4 do artigo 57.º, algo que terá certamente acontecido por “influência” do Acórdão Forposta¹³. Em suma, o Anteprojeto opta por manter intacta a formulação atualmente constante da alínea b) do artigo 55.º do CCP, correspondente à transposição da alínea d) do n.º 2 do artigo 45.º, quando as novas Diretivas suprimiram a referência à condenação por “delito que afecte a honorabilidade profissional”, procedendo alargamento do conceito de “falta profissional” no sentido de que o concorrente deve ser afastado sempre que “a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade” (alínea c) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/EU). Cumpre, pois, ao legislador esclarecer se a preservação da alínea b) do artigo 55.º e a não “atualização” da alínea c) do artigo 55.º em função do novo conceito alargado de “falta profissional”, terá ocorrido por mero “esquecimento”, ou se estamos perante uma opção intencionalmente desviante face ao direito da União Europeia, e quais os motivos da mesma...

iii. Alíneas d) e e) do artigo 55.º

No que respeita às alíneas d) e e) do artigo 55.º, relativas à necessidade de o concorrente ter a sua situação regularizada quanto a contri-

¹³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de dezembro de 2012 (proc. C-465/11).

buições para a segurança social e impostos, importa realizar, nas linhas que se seguem, um breve apontamento sobre uma “novidade” constante das Diretivas de 2014 e que não foi “recebida” no Anteprojecto.

Ao contrário das Diretivas de 2004, o legislador comunitário consagrou, no n.º 2 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, a obrigação de exclusão do concorrente quando verificados os seguintes pressupostos:

- i) se a autoridade adjudicante tiver conhecimento de que o concorrente não cumpriu as suas obrigações em matéria de pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social;
- ii) e desde que tal tenha sido determinado por decisão judicial ou administrativa, transitada em julgado e com efeito vinculativo.

Destarte, segundo o regime agora constante das Diretivas, a exclusão dos concorrentes por dívidas à segurança social ou à administração tributária só é obrigatória para as entidades adjudicantes caso tal tenha sido determinado por decisão judicial ou administrativa transitada em julgado e com efeito vinculativo. E, nos casos em que não haja decisão judicial ou administrativa transitada em julgado ou definitiva, mas a entidade tenha conhecimento de que o concorrente não cumpriu as suas obrigações, a exclusão dos concorrentes por dívidas à segurança social ou administração tributária é qualificada pelo legislador comunitário como meramente facultativa¹⁴ (artigo 57.º, n.º 2, segundo paragrafo, da Diretiva 2014/24/UE).

¹⁴ Em concreto sobre o problema da “transformação” infundada de causas de exclusão facultativas em causas de exclusão obrigatórias, cfr. *infra*, 2.3.



Ora, o Anteprojeto não reflete esta novidade assente numa inequívoca diferenciação da gravidade do incumprimento das obrigações para com a segurança social e a administração tributária. Levantamos, por isso, dúvida semelhante à já levantada acima quanto às alíneas b) e c) do artigo 55.º do CCP, sobre se a não consideração do regime constante das novas Diretivas nesta matéria terá ocorrido por mero “esquecimento”, ou se estamos perante uma opção do legislador, e quais os motivos subjacentes à mesma, considerando ainda que a nova solução normativa presente nas Diretivas favorece a concorrência e participação dos interessados na adjudicação dos contratos.

iv. Alínea f) do artigo 55.º

A alínea f) do artigo 55.º, respeitante à sujeição do concorrente às sanções acessórias aí descritas, surge inalterada na versão do Anteprojeto de revisão do Código. Todavia, é esta opção de deixar intacto o elemento literal constante da alínea f) do artigo 55.º que provoca, de momento, uma dúvida inultrapassável. Falamos, pois, da manutenção, na parte final da alínea f), da referência à sanção acessória, prevista no n.º 1 do artigo 460.º do presente Código, quando, simultaneamente, foi criada, no regime dos impedimentos, a alínea m), precisamente respeitante à situação na qual o concorrente tenha sido “objeto de sanção acessória de privação de participação em procedimentos pré-contratuais prevista no artigo 460.º pelo período da respetiva duração”.

Sendo evidente a duplicação de preceitos no Anteprojeto que consagram a aplicação da sanção acessória prevista no artigo 460.º do CCP, menos evidente é a intenção do legislador subjacente a este regime. Ficam, pois, por esclarecer, as seguintes dúvidas:

Pretende o legislador autonomizar a alínea m) do artigo 55.º do CCP para os casos em que a sanção de proibição de participação seja aplicada como sanção principal, nos termos das alíneas f) e g) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 456.º, tendo sido a sanção caracterizada como “acessória”, na alínea m), por lapso?

A sobreposição parcial das alíneas f) e m) do artigo 55.º resulta do legislador se ter olvidado de assinalar, no Anteprojeto, a revogação da parte final da alínea f), ficando a alínea m) como preceito autónomo relativo à aplicação de sanção acessória de inibição de participação? E, sendo esta a intenção, não se prevê como impedimento os casos de aplicação da sanção de inibição de participação enquanto sanção principal, nos termos das alíneas f) e g) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 456.º?

Pelo exposto, resulta de forma manifesta que o legislador terá de modificar o artigo 55.º nas suas alíneas f) e m), sempre em conjugação com os artigos 456.º e 460.º, clarificando, de forma inequívoca, este regime.

v. Alínea i) do artigo 55.º

Desde logo, enquanto modificação de elogiar, o Anteprojeto prevê que o elenco de impedimentos de natureza criminal introduzido pela alínea i) do artigo 55.º é também aplicável aos casos de responsabilidade penal das pessoas coletivas, e não apenas de responsabilidade criminal dos titulares de órgãos sociais, à semelhança da modificação operada na alínea b) do mesmo artigo.

Quanto às restantes novidades introduzidas pelo Anteprojeto nesta matéria, é feita, por um lado, uma atualização das referências à legisla-



ção europeia, em consonância com as Diretivas, e procede-se ao aditamento dos seguintes novos impedimentos de natureza criminal, também por imposição das diretivas comunitárias: (i) infrações terroristas ou infrações relacionadas com atividades terroristas; (ii) financiamento de terrorismo; (iii) trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos.

Quanto aos impedimentos de natureza criminal já anteriormente previstos na alínea i) do artigo 55.º, é de sugerir apenas uma modificação no ponto ii), relativo à condenação por corrupção: ao contrário das Diretivas de 2004, o pacote de Diretivas de 2014 permite, aquando da sua transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais, que o impedimento por motivos de corrupção tenha também em consideração a aceção “corrupção” presente nas legislações nacionais. Assim sendo, não vislumbramos motivo para que o Anteprojeto não preveja, neste preceito, o conceito de corrupção tal como definido no Código Penal português. Deve, por isso, ser acrescentada, no ponto ii) da alínea i) do artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos, referência aos artigos 372.º a 374.º-B do Código Penal.

vi. Alínea j) do artigo 55.º

Permanece inalterado, na versão do Anteprojeto, o preceito da alínea j) do artigo 55.º, cuja previsão resultara, não da transposição das Diretivas de 2004, mas sim do cumprimento dos compromissos assumidos no Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, firmado entre o Estado Português e a União Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, por via do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho.

Ora, este motivo de exclusão vem agora incluído na Diretiva 2014/24/EU, mais precisamente na alínea f) do n.º 4 do artigo 57.º. Todavia, o preceito comunitário encontra-se redigido com uma “nuance” que não pode ser descorada: o legislador comunitário apenas prevê a exclusão do concorrente caso não seja possível à entidade adjudicante adotar outras medidas, menos invasivas e, naturalmente, menos restritivas da concorrência e da participação do procedimento. Pelo que, tal como expressamente estipulado no Anteprojeto de revisão do CCP para o impedimento relativo à verificação de um conflito de interesses (determina-se na alínea l) do artigo 55.º do CCP, em consonância com o regime das Diretivas, que uma situação de conflito de interesses apenas deve provocar a exclusão do concorrente caso não possam ter tomada outras medidas menos gravosas que a exclusão) também no caso da alínea j) deve o legislador atribuir à entidade adjudicante o poder-dever de aplicar medidas menos gravosas que a exclusão, transpondo de forma adequada a alínea f) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE.

vii. Alínea k) do artigo 55.º

No que respeita à alínea k) cabe-nos apenas deixar nota da sua natureza inovatória face à atual versão do artigo 55.º do CCP, correspondendo à obrigação de exclusão de concorrente que tenha “diligenciado no sentido de influenciar indevidamente a decisão de contratar do órgão competente, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no procedimento, ou tenham prestado informações erróneas suscetíveis de alterar materialmente as decisões de exclusão, qualificação ou adjudicação” (alínea k) do artigo 55.º, na versão do Anteprojeto). Este impedimento – que encontra direta correspondência na alínea i), do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva, diz respeito, em traços gerais, a um comportamento má-fé, para benefício próprio,



do qual resulta uma restrição injustificada do valor concorrência e do princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes. As situações subsumíveis a este impedimento aproximam-se, em boa verdade, ao crime de corrupção, pelo que estaremos, em grande medida, perante casos de *soft corruption*¹⁵.

viii. Alínea l) do artigo 55.º

Através da alínea l) do artigo 55.º do Anteprojeto de revisão do CCP, procede-se à transposição do motivo de exclusão previsto na alínea e) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, determinando-se a exclusão dos concorrentes que “estejam abrangidos por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão”¹⁶.

Ora, é, desde logo, discutível a necessidade de o legislador proceder à transposição deste motivos de exclusão, visto que as situações em que a vontade subjacente a uma escolha de um decisor público é ou pode ser afectada por motivações estranhas aos interesses públicos cuja prossecução a lei determinou, encontram-se cabalmente reguladas nos artigos 69.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo, relativos às garantias de isenção e imparcialidade, e necessariamente aplicáveis às entidades adjudicantes e aos procedimentos contratuais

15 Neste sentido, cfr. JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Os “Motivos de Exclusão” na Diretiva 2014/24/UE*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13, Almedina Editora, Coimbra, 2016, pp. 66 e 67.

16 Sobre o tema, cfr. JOÃO CAUPERS, *Os conflitos de interesses na revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, (coord. Maria João Estorninho), ICJP – CIDP, 2016, pp. 36 a 42.

por estas lançados.

Na verdade, “a ideia de imparcialidade tem tudo a ver com o conflito de interesses: o decisor foi parcial porque resolveu mal um conflito de interesses”¹⁷, pelo que temos sérias dúvidas da vantagem de criação deste novo impedimento, a que também está associada a transposição, através do artigo 1.º-A, n.º 3 e n.º 4 do Anteprojeto, do artigo 24.º da Diretiva 2014/24/EU, quanto à definição de conflito de interesses e a obrigação das entidades adjudicantes tomarem medidas adequadas de forma a evitar e a resolver os conflitos.

Deixando ainda duas últimas notas ainda quanto ao impedimento constante da alínea l) do artigo 55.º do CCP:

- i) A alínea l) do artigo 55.º deve ser sempre aplicada pela entidade adjudicante tendo em conta a sua parte final, relativa à ponderação e adoção de medidas menos gravosas que não a exclusão do concorrente, e, nesta medida, em conjugação com o n.º 2 do artigo 55.º, preceito no qual o legislador teve a preocupação de estabelecer um elenco exemplificativo de medidas gravosas a serem ponderadas pela entidade adjudicante.
- ii) Estabelece-se, a título inovatório, a obrigação dos membros do júri e demais intervenientes no processo de avaliação de propostas subscreverem declaração de inexistência de conflitos de interesses (artigo 67.º n.º 3 do Anteprojeto), tendo em

17 Cfr. JOÃO CAUPERS, *Os conflitos...* cit., p. 38.



vista a prevenção de situações de potencial parcialidade, o que se elogia.

2. Ainda três apontamentos sobre o regime dos impedimentos

2.1. Exclusão do concorrente por incumprimento ou cumprimento defeituoso de contrato anterior

O impedimento relativo à *bad past performance*, finalmente previsto, a “pedido de muitas famílias”, nas Diretivas sobre contratação pública [alínea g), do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE], foi acolhido de forma peculiar no Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos. Neste âmbito, foi opção do Governo proceder à “transformação” deste “motivo de exclusão” em contraordenação, conforme decorre das alíneas f) e g) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 456.º do Anteprojeto de revisão. Solução que, salvo melhor entendimento, não nos parece ser a melhor, pois esvazia o impedimento relativo à *bad past performance* da sua principal finalidade: permitir que as entidades adjudicantes, num determinado procedimento pré-contratual, possam, por sua iniciativa, proceder à exclusão de concorrentes com um historial de incumprimento contratual.

Não se rejeita a necessidade dos critérios que permitam a exclusão por incumprimento de contrato anterior tenham de ficar gravados na lei. Rejeita-se sim, quanto ao seu mérito, um regime que obriga as entidades adjudicantes a aguardarem pela verificação de uma contraordenação, participação à entidade competente, tramitação de processo contraordenacional e, finalmente, aplicação de uma sanção de inibição de participação. Por outras palavras, e de forma simplista: uma coisa é a

atribuição de um poder-dever, balizado por critérios legais, às entidades adjudicantes, que permita a exclusão imediata de dado concorrente por se verificar uma situação de *bad past performance*; outra é a possibilidade de uma entidade com funções de regulação proceder à tramitação de um processo contraordenacional que culmine com a aplicação da sanção de inibição de participação. Duvidamos, por isso, do mérito desta solução legislativa, castradora dos poderes que podiam e, a nosso ver, deviam ser atribuídos às entidades adjudicantes nesta matéria¹⁸.

2.2. As self-cleaning measures – o novo artigo 55.º -A

Evidenciando-se como uma das grandes novidades em matéria de impedimentos, as medidas de *self-cleaning* assumem-se como *medidas de autos-saneamento*, como medidas de demonstração, pelo próprio concorrente, da sua idoneidade para o pontual cumprimento do contrato a adjudicar. Por outras palavras, e com outra densificação, estamos perante um conjunto de medidas que permitem ao interessado em participar num procedimento pré-contratual público demonstrar que, apesar de se verificar, à luz da lei, uma causa impeditiva da sua participação no procedimento pré-contratual, as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua idoneidade para a execução do

18 No sentido de que a sanção de inibição de participação será raras vezes aplicada por força da circunstância de se exigir que as contraordenações ocorram em dois contratos diferentes no curto período de dois anos, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2016, p. 80. Também sobre o tema, e na identificação de um conjunto de dúvidas sobre o modo como o impedimento relativo à *bad past performance* está construído no Anteprojeto, cfr. MARCO CALDEIRA, publicação sobre *Bad past performance*, de 3 de outubro de 2016, disponível no *Sítio do Grupo de Contratos Públicos do CIDP* (www.contratospublicos.net).



contrato a adjudicar¹⁹.

Ora, o Governo, como não podia deixar de ser, incluiu no Anteprojeto de revisão um regime relativo às *medidas de auto-saneamento*, presente no artigo 55.º-A, sob a epígrafe “Relevação dos impedimentos”, e no qual, transpõe, em grande medida, os números 2 e 6 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE. Quanto à transposição do terceiro parágrafo do n.º 2, do artigo 57.º da Diretiva 2014/24, realizada no número 1 do artigo 55.º-A, poderia, a meu ver, ter sido adotada uma redação mais clara, no sentido de que os impedimentos relativos a incumprimento junto da segurança social e administração tributária não devem ser dados como verificados caso o concorrente tenha cumprido as suas obrigações, pagando ou celebrando um acordo vinculativo com vista ao pagamento dos impostos ou das contribuições para a segurança social em atraso. Já os números 2 e 3 do artigo 55.º-A correspondem à transposição das regras gerais sobre *self-cleaning measures*, previstas no número 6 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, ou seja, relativas à possibilidade de o concorrente demonstrar a sua idoneidade para a execução do contrato, apesar da existência objetiva de um impedimento. E fê-lo recorrendo a uma regra geral habilitante dessa demonstração, complementada com um elenco não taxativo de medidas de *self-cleaning*. Pelo que, salvo melhor entendimento, o Anteprojeto acolhe de forma meritória e adequada os preceitos da Diretiva nesta matéria²⁰.

19 Sobre o tema, cfr. SUE ARROWSMITH / HANS-JOACHIM PRIESS /PASCAL FRITON, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, n.º 6, pp. 257-282.

20 Salvo a não inclusão na enumeração exemplificativa do n.º 2 do artigo 55.º-A das medidas específicas relativas aos impedimentos insolventiais, tal como explanado *supra* (ponto (iii) da análise à alínea a) do artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos).

E não se diga que o legislador se olvidou de transpor a obrigação de fundamentação da decisão da entidade adjudicante que considere insuficientes as medidas tomadas e apresentadas pelo concorrente, prevista no terceiro parágrafo do número 6 do artigo 57.º da Diretiva, pois tal obrigação sempre decorrerá da alínea c) do n.º 1 do artigo 152.º do CPA, por se tratar de uma decisão em sentido contrário a pretensão formulada pelo concorrente. Temos, pois, neste caso, a necessidade de interpretar e aplicar, de forma conjugada o artigo 55.º - A do CCP e o 152.º do CPA, sempre que a entidade adjudicante decida não reconhecer a idoneidade do concorrente, apesar das *self-cleaning measures* apresentadas.

2.3. Breve referência a um “problema maior”: a transformação, pelo legislador nacional, de motivos de exclusão facultativa em motivos de exclusão obrigatória.

Ainda que esta não seja a sede própria para uma abordagem cabal ao “problema maior” que de seguida exporemos, importa realizar um breve apontamento, considerando que a revisão do Código dos Contratos Públicos seria, em teoria, o momento ideal para o resolver.

O legislador comunitário, quer nas Diretivas de 2004, quer nas Diretivas de 2014, distingue, de forma inequívoca, “motivos de exclusão obrigatória” de “motivos de exclusão facultativa”. Em suma, o regime dos impedimentos nas diretivas da contratação pública é construído de forma dualista, distinguindo-se entre os impedimentos que, por serem mais gravosos, obrigam à exclusão dos concorrentes, sem atribuição de uma margem de apreciação às entidades adjudicantes, e os impedimentos que, por serem tidos como menos gravosos, são atributivos de uma margem de apreciação às entidades adjudicantes, pelo que a exclusão



do concorrente é um poder-dever a ser exercido pelas entidades adjudicantes, consoante os contornos do caso concreto²¹. Neste âmbito, importa ter em consideração o Acórdão *Forposta*, no qual o Tribunal de Justiça da União Europeia revelou ser de rejeitar, por princípio, a “transformação” acrítica de uma causa de exclusão facultativa em causa de exclusão obrigatória²².

Ora, o legislador português, na atual versão do Código dos Contratos Públicos adotou, precisamente, o método de configurar todos os impedimentos constantes do artigo 55.º do CCP como causas de exclusão obrigatória, ignorando que grande parte desses motivos de exclusão foram “construídos” pelo legislador comunitário como motivos de exclusão facultativa. E, ao que parece, não se vislumbra qualquer mudança nesta matéria com a revisão agora em curso do Código dos Contratos Públicos. Pois, novamente, na versão do Anteprojeto, o legislador não revela ter a preocupação de, no artigo 55.º (ou através da criação de um preceito autónomo), distinguir impedimentos de verificação obrigatória de impedimentos de verificação facultativa. Ora, tal opção poderá vir a merecer, no futuro, a censura do Tribunal de Justiça da União Europeia, na medida em que o legislador português, ao transformar, de

21 Está, pois, em causa a distinção entre os números 1 e 2 do artigo 45.º da Diretiva 2004/18/UE, bem como a distinção entre os agora vigentes números 1 e 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE. Atente-se igualmente ao Considerando n.º 101 da Diretiva 2014/24/UE, dirigido às entidades adjudicantes: “*Ao aplicar motivos facultativos de exclusão, deverá prestar-se especial atenção ao princípio da proporcionalidade. Só em circunstâncias excecionais poderão as pequenas irregularidades conduzir à exclusão de um operador económico. No entanto, a reincidência em pequenas irregularidades pode levantar dúvidas quanto à fiabilidade de um operador económico que poderão justificar a sua exclusão.*”

22 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de dezembro de 2012 (proc. C-465/11).

modo acrítico, todos os motivos de exclusão facultativa em motivos de exclusão obrigatória, poderá vir a ser “acusado” da violação do princípio da proporcionalidade – por exceder o necessário para atingir o objetivo de salvaguarda do interesse público prosseguido com os impedimentos – restringindo, de forma excessiva, o valor *concorrência* e a participação dos interessados no procedimento²³.

IV. Preço ou custo anormalmente baixo

Deixando os impedimentos, estamos agora “livres” para, sem mais delongas, abordar outro dos temas sensíveis desta revisão do Código dos Contratos Públicos: o preço ou custo anormalmente baixo. Ora, a compreensão e análise do regime do preço anormalmente baixo previsto no Anteprojeto de revisão do CCP ficarão facilitadas por uma abordagem às duas principais novidades no plano das Diretivas de 2014, partindo dessas novidades para uma apreciação das soluções vertidas no Anteprojeto de revisão. É, pois, o que faremos de seguida.

1. Método de determinação de uma proposta com preço ou custo normalmente baixo

A proposta inicial da Comissão Europeia incluía, pela primeira vez, um método automático de determinação das propostas que devem ser tidas como anómalas²⁴, através de um modelo de verificação cumulativa

23 Sobre o tema, cfr., ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Exclusion of Economic Operators from Public Procurement Procedures. A Comparative View on Selected Jurisdictions*, 2016, disponível em: www.ssrn.com.

24 Cfr. Artigo 69.º da *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, de 20 de dezembro de 2011*, disponível em: www.eur-lex.



de três condições, e que se encontrava previsto no n.º 1 do artigo 69.º da proposta de Diretiva relativa aos contratos públicos. As mencionadas condições eram as seguintes:

- i) O preço é inferior em mais de 50% ao preço médio das restantes propostas apresentadas;
- ii) O preço é inferior em mais de 20% ao preço da segunda proposta mais baixa;
- iii) Foram apresentadas pelo menos cinco propostas.

Determinava-se ainda que *“caso as propostas se afigurem anormalmente baixas por outros motivos, as autoridades adjudicantes podem também solicitar as correspondentes explicações”* (artigo 69.º, n.º 2, da proposta inicial de Diretiva, apresentada pela Comissão Europeia).

No entanto, o Comité das Regiões manifestou a sua discordância com esta proposta de novo regime, declarando ter preferência pela formulação do artigo 55.º da Diretiva 2004/18/CE, considerando ainda que a adoção do método previsto na proposta da Comissão impunha encargos administrativos excessivos às entidades adjudicantes e aos proponentes, e que tal método resultaria numa limitação da margem de manobra das entidades adjudicantes²⁵. Na esteira do Comité das Regiões, o Parlamento Europeu eliminou o método semiautomático de determinação da anomalia das propostas, e, tal como na Diretiva de 2004,

europa.eu

25 Cfr. Parecer do Comité das Regiões sobre o pacote “Contratos Públicos”, p. 73, disponível em: www.eur-lex.europa.eu

as Diretivas de 2014 acabaram por não estipular qualquer método de determinação da anomalia das propostas, conferindo ampla margem de discricionariedade aos legisladores nacionais nesta matéria.

Face a esta ampla margem conferida pelo legislador comunitário, importa apurar qual foi a opção tomada no Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos. E, em análise ao artigo 71.º, encontram-se duas grandes mudanças de relevo:

- (i) Eliminação do critério legal de determinação automática do preço anormalmente baixo, a partir do *preço base*;
- (ii) Não previsão legal de método de determinação das propostas que devem ser tidas como anormalmente baixas.

Ora, como resultado desta proposta de novo regime de preço ou custo anormalmente baixo, conclui-se o seguinte:

- i) As entidades adjudicantes definem o *preço base* nas peças do procedimento sem que, com isso, fiquem vinculadas a que o método de determinação das propostas anómalas esteja indexado ao *preço base*;
- ii) Fica na discricionariedade das entidades adjudicantes a definição, nas peças do procedimento, das situações nas quais propostas serão tidas anómalas, sem qualquer vinculação a determinado critério legal de determinação;
- iii) Caso a entidade adjudicante opte por não definir, no programa de concurso, qualquer critério, aplica-se o regime de apreciação discricionária, nos termos dos números 3 e 4 do artigo 71.º, em continuidade com o regime atual.



O que pensar deste novo regime do preço ou custo anormalmente baixo?

Por um lado, estamos perante um regime em linha com a Directiva e em conformidade com a mesma, e nomeadamente em linha com a opção do legislador comunitário de não incluir na Directiva métodos automáticos de determinação do preço anormalmente baixo, de forma a conferir maior liberdade à entidade adjudicante. Acresce que o atual regime - assente precisamente na definição legal de um método automático de determinação da anomalia do preço - tem evidentes debilidades, já amplamente debatidas e reconhecidas, em especial o facto de as percentagens definidas no n.º 1 do artigo 70.º, serem, não raras vezes, desajustadas em face do tipo de mercado, bem como o efeito perverso de atrair todas as propostas para valores próximos do limiar, com diferenças insignificantes no preço das propostas (por vezes, de cêntimos).

Por outro lado, o regime previsto no Anteprojeto provoca, no imediato, algumas “inquietações”, em especial a possibilidade de o legislador estar a atribuir uma liberdade excessiva às entidades adjudicantes numa matéria tão sensível, por estar intimamente relacionada com potenciais restrições à concorrência e com o tratamento igualitário dos concorrentes. Revelamos, pois, alguma renitência pela adoção de um regime que deixa “nas mãos” das entidades adjudicantes a definição dos critérios de determinação do preço anormalmente baixo, sem qualquer grau de vinculação legal, sendo este receio provocado pela necessária preservação de dois princípios basilares do direito da contratação pública: o princípio da concorrência e o princípio da igualdade, que poderão vir a ser ilegítimamente restringidos caso se deixe, sem mais, “nas mãos” das entidades adjudicantes, a definição dos critérios de aferição da anomalia do preço.

[Voltar ao índice](#)

De todo o modo, e na mitigação das potenciais debilidades do regime, é de elogiar a consagração de um dever de fundamentação, quer da necessidade de fixação do preço anormalmente baixo, quer dos critérios subjacentes a essa fixação (n.º 2 do artigo 71.º, na versão do Anteprojeto), promovendo a transparência e a maturação da vontade decisória das entidades adjudicantes.

2. A anomalia das propostas decorrente do incumprimento de obrigações legais de natureza laboral, ambiental e social

Uma das principais novidades das Diretivas de 2014 no regime das propostas anormalmente baixas prende-se com a sua intrínseca associação ao incumprimento de obrigações de cariz laboral, ambiental ou social. É opção clara das Diretivas de 2014 a regulação expressa no regime do preço anormalmente baixo das situações em que a anomalia da proposta advém do não cumprimento das obrigações ambientais, sociais ou laborais.

Esta evidência resulta, desde logo:

- i) Da nova alínea d) do n.º 2 do artigo 69.º da Diretiva 2014/24/UE, estabelecendo-se a prestação de esclarecimentos através da demonstração do cumprimento das obrigações sociais, ambiental, laboral.
- ii) Do segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 69.º da Diretiva 2014/24/UE, na estatuição de que “as autoridades adjudicantes excluem a proposta caso determinem que esta é anormalmente baixa por não cumprir com as obrigações legais de índole, social, laboral ou ambiental”.



Todavia, o Anteprojeto de revisão, apesar de, no novo artigo referente aos princípios da contratação pública (artigo 1.º -A, n.º 2, em transposição do artigo 18.º, n.º 2 da Diretiva), estabelecer uma obrigação de respeito pelas normas em matéria ambiental, social, laboral, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional, não transpõe, nem sequer parcialmente, as normas que no regime do preço anormalmente baixo dizem respeito ao cumprimento das obrigações em matéria social, ambiental e laboral.

Em síntese, verifica-se no Anteprojeto:

- i) A não inclusão, na enumeração do n.º 4 do artigo 71.º, de esclarecimentos em matéria de cumprimento destas obrigações;
- ii) A não previsão da obrigação das entidades adjudicantes excluírem, ao abrigo do regime do preço anormalmente baixo, as propostas cujo preço é anómalo em virtude da violação de obrigações legais de natureza ambiental, social ou laboral.

Ora, salvo melhor entendimento, esta situação deve ser “corrigida”, na medida em que:

- i) Estamos perante uma opção expressa e inequívoca do legislador comunitário;
- iii) Esta opção consubstancia-se num dever das entidades adjudicantes excluírem ao abrigo do regime do preço anormalmente baixo as propostas cujo preço é anómalo em virtude da violação de obrigações legais de natureza ambiental, social ou laboral – dever previsto no n.º 3 do artigo 69.º da Diretiva 24/2014/UE;

[Voltar ao índice](#)

- ii) Caso contrário, a margem de liberdade na transposição da Diretiva será francamente ultrapassada, na medida em que o legislador nacional não alcançará os fins da Diretiva nesta matéria.

Diga-se ainda, que uma correta transposição do artigo 69.º da Diretiva 2014/24/UE terá como efeito colateral a restrição do âmbito de aplicação da alínea f), do número 1 do artigo 70.º do CCP, relativa à exclusão da proposta nas situações em que a entidade adjudicante conclua que “o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis”²⁶. Tornar-se-á, por isso, aplicável em todos os casos em que, a partir de proposta, se conclua, direta ou indiretamente, que da sua execução do contrato resultará a violação de normas legais ou regulamentares, excepto nos casos em que a violação de normas sociais, ambientais ou laborais é a causa ou uma das causas da qualificação da proposta como anormalmente baixa.

3. Um problema por resolver: a apreciação da anomalia da proposta cujo preço se encontra acima do limiar previamente fixado

Por fim, ainda quanto ao regime do preço anormalmente baixo, o Anteprojeto de revisão não responde à seguinte questão, que tem “assombrado” quer as entidades adjudicantes, quer os tribunais administrativos:

26 Se atualmente, esta disposição é, a meu ver, plenamente aplicável nos casos em que o preço das propostas revela o incumprimento de obrigações laborais, sociais e ambientais, nomeadamente nos típicos casos de não provisão de custos mínimos obrigatórios, com a correta transposição da Diretiva 2014/24/UE esta causa de exclusão deixará de ser aplicável, em favor do regime do preço anormalmente baixo, sempre que o incumprimento das mencionadas obrigações seja causa da anomalia do preço.



Podem as entidades adjudicantes, nos casos de fixação prévia do limiar do preço anormalmente baixo, considerar anómala uma proposta cujo preço tenha ficado acima desse limiar?

A questão tem provocado, quer na doutrina, quer na jurisprudência, um debate interminável, levando mesmo o Supremo Tribunal Administrativo a fazer uso do reenvio prejudicial²⁷. Ainda que a maioria da jurisprudência e doutrina nacionais perfilhe o entendimento de que o atual artigo 71.º do CCP não permite às entidades adjudicantes qualificar o preço de uma proposta como anormalmente baixo nos casos em que este ficou acima do limiar previamente definido no programa de concurso²⁸ – tese que, na verdade, encontra plena recetividade no elemento literal do artigo 71.º– do Tribunal de Justiça da União Europeia “sopram ventos fortes noutra direção”, ou seja, no sentido de que o resultado da aplicação dos mecanismos de determinação automática do preço anormalmente baixo não deve ser intocável, podendo o juízo prévio de não anomalia ser reconsiderado pela entidade adjudicante^{29 30}.

Pelo que, salvo melhor entendimento, o legislador deverá aproveitar

27 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de abril de 2015, proc. n.º 1472/14, sendo que, infelizmente, o Tribunal de Justiça da União Europeia não chegou a apreciar, na substância, as questões prejudiciais suscitadas.

28 Neste sentido, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 937, bem como cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p.292.

29 Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 27 de novembro de 2001 (*Acórdão Lombardini* – processo C-285/99).

30 Neste sentido e para um maior desenvolvimento sobre o tema, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *As Propostas de Preço Anormalmente Baixo*, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 115 a 121.

a revisão do Código dos Contratos Públicos para admitir expressamente a possibilidade da entidade adjudicante qualificar a proposta como anómala, apesar do seu preço estar acima do limiar previamente fixado nas peças do procedimento³¹, visto estar “em jogo” a conformidade do artigo 71.º do CCP com as Diretivas da contratação pública, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

V. O regime do preço base

Por último, e terminando num cenário predominantemente laudatório, deixamos breves notas sobre as alterações ao regime do *preço base*.

Neste âmbito, merecem destaque, pela simplificação alcançada, as seguintes mudanças:

- i) A previsão legal da obrigação de indicação do *preço base* pela entidade adjudicante, o que constitui um contributo para a transparência e controlo da atuação das entidades adjudicantes e para uma melhor comunicação destas com o mercado;
- ii) Eliminação dos critérios de fixação do *preço base* atualmente constantes das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 47.º, por ser suficiente determinar que o preço base a indicar pela entidade adjudicante tem de respeitar os limites de valor do procedimento e os limites de autorização de despesa (n.º 4 do artigo 47.º, na versão do Anteprojeto);

31 No mesmo sentido, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários...* cit., pp.99 a 102.



- iii) Definição de um critério de determinação do *preço base* quanto aos contratos que não impliquem o pagamento de preço, assente no montante previsível a receber pelas prestações que constituem o objeto do contrato (n.º 2 do artigo 47.º, na versão do Anteprojecto);
- iv) Previsão da obrigação de fundamentação do valor fixado enquanto *preço base*, com base em critério objetivos, promovendo-se, deste modo, a transparência, uma melhor comunicação com o mercado e a própria maturação da decisão administrativa (n.º 3 do artigo 47.º, na versão do Anteprojecto);
- v) Admissão excepcional, em casos devidamente fundamentados, de não fixação de preço base pela entidade adjudicante, quando o procedimento permita a celebração de contratos de qualquer valor e não haja limite máximo de autorização e despesa (n.º 5 do artigo 47.º, na versão do Anteprojecto).

VI. Nota conclusiva

Enquanto o regime geral indicativo das causas de exclusão não sofreu, por desnecessidade, modificações de relevo, e o regime relativo ao *preço base* foi, com particular destreza, simplificado, é de considerar que o regime dos impedimentos, bem como o regime do preço anormalmente baixo revelam, na versão do Anteprojecto, significativas “arestas por limar” que não devem ser descoradas pelo legislador: não só na garantia de uma correta e oportuna transposição das Diretivas de 2014, como também no aproveitamento desta oportunidade para realizar modificações cuja necessidade foi, ao longo dos últimos anos, revelada pela

jurisprudência e pela doutrina que se dedica ao estudo do direito dos contratos públicos em Portugal.

ANEXO

Contributo em sede de consulta pública do Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos: causas de exclusão de propostas, impedimentos, preço ou custo anormalmente baixo e preço base

Propostas concretas de alteração, uma proposta de maior amplitude e duas clarificações.

1. Propostas concretas de alteração

Metodologia aplicada na tabela disponibilizada *infra*:

- 1.ª linha: indicação do artigo sobre o qual se apresenta proposta de alteração [e.g. Artigo 55.º, alínea a)].
- Coluna da esquerda “*Versão do Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*”: transcrição do artigo ou parcela do artigo constante do Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos.
- Coluna da direita “*Proposta de alteração*”: redação do artigo ou parcela do artigo nos termos constantes do Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, incluindo as propostas de alteração, assinaladas a **negrito**;
- *Breve fundamentação*: Descrição sumária das razões que sustentam a proposta de alteração.



Artigo 55.º, alínea a)	
Versão do Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos	Proposta de alteração
<p><i>Artigo 55.º</i> [...]</p> <p>1 - [...]; a) [...];</p>	<p><i>Artigo 55.º</i> [...]</p> <p>1 - [...]; a) Se encontrem em estado de insolvência, declarada por sentença judicial, em fase de liquidação, dissolução ou cessação de actividade, sujeitas a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga, ou tenham o respectivo processo pendente, salvo quando se encontrarem abrangidas por um plano de recuperação, tenham o respetivo processo especial de revitalização pendente, ou estejam abrangidas por plano especial de revitalização, ao abrigo da legislação em vigor;</p>
<p>Breve fundamentação:</p> <p>Nos termos do CIRE existem dois tipos de plano de insolvência, pelo que a exceção prevista na parte final da presente alínea apenas deve abarcar os “planos de recuperação” e não os planos de insolvência orientados para a liquidação total do património do devedor e a conseqüente cessação da atividade.</p> <p>O processo especial de revitalização e a existência de plano especial de revitalização aprovado devem ser expressamente excecionados na parte final da alínea a) do artigo 55.º, evitando os equívocos que surgiram, nos últimos anos, junto das entidades adjudicantes, sobre se a verificação destas situações constitui impedimento à participação do interessado em procedimento pré-contratual público.</p>	

Artigo 55.º, alínea i), ponto ii)	
Versão do Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos	Proposta de alteração
<p><i>Artigo 55.º</i> [...]</p> <p>ii) <i>Corrupção, tal como definida no artigo 3º da Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários da União Europeia ou dos Estados-Membros da União Europeia e no n.º 1 do artigo 2.º da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003;</i></p>	<p><i>Artigo 55.º</i> [...]</p> <p>ii) Corrupção, tal como definida no artigo 3º da Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários da União Europeia ou dos Estados-Membros da União Europeia, no n.º 1 do artigo 2.º da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, e nos artigos 372.º a 374.º-8 do Código Penal;</p>
<p>Breve fundamentação:</p> <p>Ao contrário das Diretivas de 2004, as Diretivas de 2014 permitem, aquando da sua transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais, que o impedimento por motivos de corrupção tenha também em consideração a aceção “corrupção” presente nas legislações nacionais (cfr. Artigo 57.º, n.º 1, alínea b) da Diretiva 2014/24/UE). Assim sendo, não vislumbramos motivo para que o Anteprojeto não preveja, neste preceito, o conceito e a consideração do regime dos crimes de corrupção, tal como definidos no Código Penal português.</p>	

Voltar ao índice

Atas da Conferência - A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Artigo 55.º, alínea j)	
<i>Versão do Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos</i>	<i>Proposta de alteração</i>
<p style="text-align: center;"><i>Artigo 55.º</i> <i>(...)</i></p> <p><i>j) Tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência;</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>Artigo 55.º</i> <i>(...)</i></p> <p><i>j) Tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência, que não possa ser eficazmente corrigido por outras medidas menos gravosas que a exclusão.</i></p>
<p>Breve fundamentação:</p> <p>O legislador comunitário apenas prevê, neste caso, a exclusão do concorrente caso não seja possível à entidade adjudicantes adotar outras medidas, menos invasivas e, naturalmente, menos restritivas da concorrência e da participação no procedimento (cfr. alínea f) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/EU: “<i>Se houver uma distorção da concorrência decorrente da participação dos operadores económicos na preparação do procedimento de contratação, a que se refere o artigo 41.o, <u>que não possa ser corrigida por outras medidas, menos invasivas</u>”). Pelo que, tal como expressamente estipulado no Anteprojeto de revisão do CCP para o impedimento relativo à verificação de um conflito de interesses, também no caso da alínea j) deve o legislador atribuir à entidade adjudicante o poder-dever de aplicar medidas menos gravosas que a exclusão, transpondo de forma adequada a alínea f) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE.</i></p>	



Artigo 55.º-A, n.º 2	
Versão do Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos	Proposta de alteração
<p><i>Artigo 55.º-A</i> <i>Relevação dos impedimentos</i> <i>(...)</i></p> <p><i>2- O candidato ou concorrente que se encontre numa das situações referidas no artigo anterior pode demonstrar que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua idoneidade para a execução do contrato, não obstante a existência objetiva de causa de exclusão, nomeadamente através de:</i></p> <p><i>a) Demonstração de que ressarciu ou tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou falta grave;</i></p> <p><i>b) Esclarecimento integral dos factos e circunstâncias por meio de colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito;</i></p> <p><i>c) Adoção de medidas técnicas, organizativas e de pessoal suficientemente concretas e adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.</i></p>	<p><i>Artigo 55.º-A</i> <i>Relevação dos impedimentos</i> <i>(...)</i></p> <p><i>2- O candidato ou concorrente que se encontre numa das situações referidas no artigo anterior pode demonstrar que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua idoneidade para a execução do contrato, não obstante a existência objetiva de causa de exclusão, nomeadamente através de:</i></p> <p><i>a) Demonstração de que as medidas e regras aplicadas nas situações a que refere a alínea a) do artigo 55.º permitem a continuação da sua atividade, nomeadamente pela demonstração de que o processo de insolvência pendente culminará com a aprovação de um plano de recuperação.</i></p> <p><i>b) Demonstração de que ressarciu ou tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou falta grave;</i></p> <p><i>c) Esclarecimento integral dos factos e circunstâncias por meio de colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito;</i></p> <p><i>d) Adoção de medidas técnicas, organizativas e de pessoal suficientemente concretas e adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.</i></p>
<p>Breve fundamentação:</p> <p>O legislador deverá expressamente estipular a possibilidade da entidade adjudicante relevar as causas de exclusão previstas na alínea a) do artigo 55.º, visto que esta relevação, em concreto:</p> <ul style="list-style-type: none">i) Encontra-se expressamente prevista no artigo 57.º, n.º 4, segundo parágrafo da Diretiva 2014/24/UE;ii) É uma solução que terá plena aplicação no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente considerando que a pendência de processo de insolvência e as medidas e regras aplicadas durante a sua tramitação nem sempre significam que a empresa ficará em situação de insolvência e não seja idónea para a executar do contrato;iii) É uma solução em prol do favorecimento da concorrência e da participação dos concorrentes no procedimento.	

Atas da Conferência - A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Artigo 71.º	
Versão do Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos	Proposta de alteração
<p style="text-align: center;">Artigo 71.º Preço ou custo anormalmente baixo</p> <p>1 -As entidades adjudicantes podem definir, no programa de concurso ou no convite, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo.</p> <p>2 - A entidade adjudicante deve fundamentar a necessidade de fixação do preço ou do custo anormalmente baixo, bem como os critérios que presidiram a essa fixação.</p> <p>3 - Quando o preço ou o custo anormalmente baixo não tenha sido definido nos termos dos números anteriores, o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar a decisão de exclusão de uma proposta com essa justificação, solicitando previamente ao respetivo concorrente que preste esclarecimentos, por escrito e em prazo adequado, relativos aos elementos constitutivos relevantes da proposta.</p> <p>4 - Na análise dos esclarecimentos prestados pelo concorrente nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º ou do número anterior, pode tomar-se em consideração justificações inerentes, designadamente:</p> <p>a) À economia do processo de construção, de fabrico ou de prestação do serviço;</p> <p>b) Às soluções técnicas adoptadas ou às condições excepcionalmente favoráveis de que o concorrente comprovadamente disponha para a execução da prestação objecto do contrato a celebrar;</p> <p>c) À originalidade da obra, dos bens ou dos serviços propostos;</p> <p>d) Às específicas condições de trabalho de que beneficia o concorrente;</p> <p>e) À possibilidade de obtenção de um auxílio de Estado pelo concorrente, desde que legalmente concedido;</p>	<p style="text-align: center;">Artigo 71.º Preço ou custo anormalmente baixo</p> <p>1 -As entidades adjudicantes podem definir, no programa de concurso ou no convite, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo.</p> <p>2 - A entidade adjudicante deve fundamentar a necessidade de fixação do preço ou do custo anormalmente baixo, bem como os critérios que presidiram a essa fixação.</p> <p>3 - Ainda que o preço ou custo de uma proposta não seja considerado anormalmente baixo nos termos das situações definidas pelas entidades adjudicantes no programa de concurso ou no convite, as entidades adjudicantes podem, de forma fundamentada, considerar anormalmente baixo o preço ou custo dessa proposta, nomeadamente por incumprimento das obrigações decorrentes das normas em matéria ambiental, social e laboral referidas no n.º 2 do artigo 1.º-A, aplicando-se o disposto nos números seguintes.</p> <p>4 - Quando o preço ou o custo anormalmente baixo não tenha sido definido nos termos dos números anteriores, o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar a decisão de exclusão de uma proposta com essa justificação, solicitando previamente ao respetivo concorrente que preste esclarecimentos, por escrito e em prazo adequado, relativos aos elementos constitutivos relevantes da proposta.</p> <p>5 - Na análise dos esclarecimentos prestados pelo concorrente nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º ou do número anterior, pode tomar-se em consideração justificações inerentes, designadamente:</p> <p>a) À economia do processo de construção, de fabrico ou de prestação do serviço;</p> <p>b) Às soluções técnicas adoptadas ou às condições excepcionalmente favoráveis de que o concorrente comprovadamente disponha para a execução da prestação objecto do contrato a celebrar;</p> <p>c) À originalidade da obra, dos bens ou dos serviços propostos;</p> <p>d) Às específicas condições de trabalho de que beneficia o concorrente;</p> <p>e) À possibilidade de obtenção de um auxílio de Estado pelo concorrente, desde que legalmente concedido;</p> <p>f) Ao cumprimento das obrigações decorrentes das normas em matéria ambiental, social e laboral, referidas no n.º 2 do artigo 1.º-A.</p>



Breve fundamentação:

- i. Quanto à necessária introdução do número 3 do artigo 71.º (na versão *proposta de alteração*):

O legislador deverá aproveitar a revisão do Código dos Contratos Públicos para admitir expressamente a possibilidade da entidade adjudicante qualificar a proposta como anómala, apesar do seu preço estar acima do limiar previamente fixado nas peças do procedimento, visto estar “em jogo” a conformidade do artigo 71.º do CCP com as Diretivas da contratação pública, nos termos interpretados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (Acórdão *Lombardini*). Em suma, só assim se garantirá a plena conformidade do regime do preço anormalmente baixo com o direito da União Europeia, visto que uma grande parte da jurisprudência nacional continua, por força da sua não previsão no artigo 71.º do CCP, a rejeitar esta possibilidade. Sobre o tema, vide JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *As Propostas de Preço Anormalmente Baixo*, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 115 a 121.

- ii. Quanto à introdução das referências ao cumprimento das obrigações em matéria ambiental, social e laboral no n.º 3 e no n.º 5 do artigo 71.º (na versão *proposta de alteração*)

Uma das principais novidades das Diretivas de 2014 no regime das propostas anormalmente baixas prende-se com a sua intrínseca associação ao incumprimento de obrigações de cariz laboral, ambiental ou social. É opção clara das Diretivas de 2014 a regulação expressa no regime do preço anormalmente baixo das situações em que a anomalia da proposta advém do não cumprimento das obrigações ambientais, sociais ou laborais. Esta evidência resulta, desde logo:

- i) Da nova alínea d) do n.º 2 do artigo 69.º da Diretiva 2014/24/UE, estabelecendo-se a prestação de esclarecimentos através da demonstração do cumprimento das obrigações sociais, ambiental, laboral.
- ii) Do segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 69.º da Diretiva 2014/24/UE, na estatuição de que “as autoridades adjudicantes excluem a proposta caso determinem que esta é anormalmente baixa por não cumprir com as obrigações legais de índole, social, laboral ou ambiental”.

Ora, salvo melhor entendimento, esta situação deve ser “corrigida”, na medida em que:

- i) Estamos perante uma opção expressa e inequívoca do legislador comunitário;
- ii) Esta opção consubstancia-se num dever das entidades adjudicantes excluírem, ao abrigo do regime do preço anormalmente baixo, as propostas cujo preço é anómalo em virtude da violação de obrigações legais de natureza ambiental, social ou laboral – dever previsto no n.º 3 do artigo 69.º da Diretiva 24/2014/UE;
- iii) Caso contrário, a margem de liberdade na transposição da Diretiva será francamente ultrapassada, na medida em que o legislador nacional não alcança, desta forma, os fins da Diretiva nesta matéria.

2. Uma proposta de maior amplitude: a *bad past performance*

O Anteprojeto transforma o motivo de exclusão relativo à *bad past performance* numa contraordenação, conforme decorre das alíneas f) e g) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 456.º do Anteprojeto de revisão. Solução que, salvo melhor entendimento, não nos parece ter sido a melhor, por esvaziar o impedimento relativo à *bad past performance* da sua principal finalidade: permitir que as entidades adjudicantes, num determinado procedimento pré-contratual, possam, por sua iniciativa, proceder à exclusão de concorrentes com um historial de incumprimento contratual.

[Voltar ao índice](#)

Rejeita-se, quanto ao seu mérito, um regime que obriga as entidades adjudicantes a aguardarem pela verificação de uma contraordenação, participação à entidade competente, tramitação de processo contraordenacional e, finalmente, aplicação de uma sanção de inibição de participação. Por outras palavras: uma coisa é a atribuição de um dever-dever, balizado por critérios legais, às entidades adjudicantes, que lhes permita a exclusão imediata de dado concorrente por se verificar uma situação de *bad past performance* à luz dos referidos critérios legais; outra é a possibilidade de uma entidade com funções de regulação proceder à tramitação de um processo contraordenacional que culmine com a aplicação da sanção de inibição de participação.

Duvidamos, por isso, do mérito desta solução legislativa, castradora dos poderes que podem e devem ser atribuídos às entidades adjudicantes nesta matéria, pelo que o regime deve ser reformulado no sentido de consagrar a *bad past performance* como um impedimento e não como uma contraordenação.

3. Duas clarificações

i) Alíneas b) e c) do artigo 55.º

Deverá, a nosso ver, ser esclarecida a razão pela qual as alíneas b) e c) do artigo 55.º do CCP não surgem modificadas no Anteprojeto, em consonância com a jurisprudência do TJUE (Acórdão *Forposta*) e com a solução normativa presente na alínea c) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE.



ii) Alíneas f) e m) do artigo 55.º

Sendo evidente a duplicação de preceitos no Anteprojeto que consagram a aplicação da sanção acessória prevista no artigo 460.º do CCP, menos evidente é a intenção do legislador subjacente a este regime.

Ficam, pois, por esclarecer, as seguintes dúvidas:

Pretende o legislador autonomizar a alínea m) do artigo 55.º do CCP para os casos em que a sanção de proibição de participação seja aplicada como sanção principal, nos termos das alíneas f) e g) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 456.º, tendo sido incluída, na alínea m), a referência sanção “acessória”, por lapso?

A sobreposição parcial das alíneas f) e m) do artigo 55.º resulta do legislador se ter olvidado de assinalar, no Anteprojeto, a revogação da parte final da alínea f), ficando a alínea m) como preceito autónomo relativo à aplicação de sanção acessória de inibição de participação?

Breves tópicos sobre os critérios de adjudicação no anteprojecto de Código dos Contratos Públicos (Artigos 74º e 75º)

NUNO CUNHA RODRIGUES¹

- (I) Aspectos gerais: (a) O CCP de 2008; (b) As novas Diretivas;
(c) O anteprojecto de CCP;
- (II) Ligação ao objecto do contrato: (a) Ciclo de vida; (b) Processo de produção; (c) Políticas horizontais: políticas ambientais e sociais;
- (III) Capacidade dos concorrentes;
- (IV) Critério de desempate;
- (V) Métodos de avaliação;

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Os tópicos expostos no presente texto correspondem ao roteiro da intervenção realizada no dia 14 de setembro de 2016, no auditório da Faculdade de Direito de Lisboa, no debate público sobre o anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos promovido pelo ICJP.

Agradeço à Senhora Professora Maria João Estorninho e à Senhora Professora Ana Gouveia Martins o convite para participar no referido debate.



(I) Aspectos gerais:

Até hoje, o CCP (2008) elencava, no artigo 74.^o, n.^o 1, dois critérios de adjudicação: (i) o critério da proposta economicamente mais vantajosa e (ii) o critério do mais baixo preço.

Qualquer um destes critérios de adjudicação deviam (e devem) ser claramente determinados desde o início do processo da sua adjudicação² não podendo a entidade adjudicante aplicar aos critérios de adjudicação subcritérios que não tenha levado previamente ao conhecimento dos proponentes.³ Por fim, a entidade adjudicante deve cingir-se à mesma interpretação dos critérios de adjudicação durante todo o processo.⁴

Consequentemente, a entidade adjudicante não pode fixar, posteriormente à publicação do caderno de encargos ou do anúncio de concurso, coeficientes e regras de ponderação, bem como subcritérios relativos aos critérios de adjudicação mencionados num e noutro desses documentos, quando essas regras e esses coeficientes de ponderação, bem como esses subcritérios não tenham sido previamente levados ao conhecimento dos proponentes. A fixação *ex post* não só dos «coeficientes de ponderação» mas também dos «subcritérios» é, por conseguinte, incompatível com as disposições do direito da União.⁵

2 Cfr. acórdão do TJUE de 10 de maio de 2012, Comissão/Países Baixos, proc. C-368/10.

3 Cfr. acórdão do TJUE de 21 de julho de 2012 Evropaïki Dynamiki, proc. C-252/10.

4 Cfr. acórdão do TJUE de 18 de outubro de 2001, SIAC, proc. C-19/00.

5 Cfr. acórdão do TJUE de 24 de janeiro de 2008, Lianakis e o., proc. C-532/06.

A Diretiva 2014/24/UE veio determinar, no artigo 67.º, n.º 2, que “os Estados-Membros podem prever que as autoridades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou podem restringir essa utilização exclusiva a determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos”.

Face à faculdade prevista na directiva, o legislador Português optou, no artigo 74.º, n.º 4 do anteprojecto, por manter o a hipótese de o preço ser o único critério de adjudicação, “quando as peças do procedimento definam todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar”. Salvaguardou-se, desta forma, a autonomia da entidade adjudicante na definição do critério de adjudicação, em particular no que se refere à possibilidade de recurso ao preço como único factor de avaliação.

A redacção dos artigos 74.º e 75.º do anteprojecto deve ser melhorada salvaguardando, nomeadamente, que a melhor relação qualidade-preço prevista no artigo 74.º, n.º 1, alínea a) pode utilizar uma análise custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida, à semelhança do disposto na alínea b) do mesmo preceito.

(II) Ligação ao objecto do contrato:

A exigência de ligação dos critérios de adjudicação ao objecto do contrato mantém-se nas directivas de 2014 e, conseqüentemente, no anteprojecto.

Porém, torna-se agora mais clara a possibilidade de os critérios de adjudicação a serem considerados em função do objecto do contrato incluírem factores envolvidos (a) no processo específico de produção, fornecimento ou negociação das obras, produtos ou serviços; ou (b) num



processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que estes fatores não façam parte da sua substância material.

Estes critérios podem estipular, por exemplo, que o fabrico dos produtos comprados não envolve produtos químicos tóxicos, ou que os serviços adquiridos são prestados utilizando máquinas eficientes em termos energéticos.

A inclusão destes factores no texto das diretivas de 2014 e do anteprojecto permite clarificar a discussão teórica que, a este propósito, se suscitava à luz das diretivas de 2004.

Prevê-se igualmente que o custo do contrato possa ser calculado com base no ciclo de vida o que, ainda que pudesse ocorrer anteriormente não estava expressamente previsto nas directivas de 2004.

O custo de ciclo de vida deve ser objectivo e quantificável monetariamente nomeadamente quando se refere a custos imputados a externalidades ambientais (cfr. artigo 74.º, n.º 4, alínea e)) e inclui todos os custos ao longo do ciclo de vida das obras, fornecimentos ou serviços.

Tal implica tanto os custos internos, por exemplo os que dizem respeito à investigação a efetuar, ao desenvolvimento, à produção, ao transporte, à utilização, à manutenção e à eliminação no fim de vida, como os custos imputáveis a externalidades ambientais, como a poluição causada pela extração de matérias-primas utilizadas no produto ou causada pelo próprio produto ou pelo seu fabrico, desde que possam ser quantificados monetariamente e controlados.

Registe-se que a exigência de uma ligação com o objeto do contrato exclui os critérios e condições relativos à política empresarial geral, que não podem ser considerados fatores característicos do processo es-

pecífico de produção ou fornecimento das obras, produtos ou serviços adquiridos.

Por conseguinte, as autoridades adjudicantes não deverão poder exigir aos proponentes que possuam determinadas políticas de responsabilidade social ou ambiental.

Procurou-se, desta forma, estimular inclusão de políticas horizontais - também designadas por políticas secundárias - na contratação pública (v.g. políticas ambientais ou políticas sociais).

Os métodos que as autoridades adjudicantes utilizam para avaliar os custos imputados a externalidades ambientais devem ser estabelecidos previamente de forma objetiva e não discriminatória e ficar acessíveis a todas as partes interessadas.

Estes métodos podem ser estabelecidos a nível nacional, regional ou local, mas devem conservar um carácter geral no sentido de que não deverão ser especificamente concebidos para um determinado contrato público, a fim de evitar distorções de concorrência devidas a metodologias específicas,

Em alguns casos, pode existir uma metodologia comum definida a nível europeu. Aqui, será aplicável o disposto no artigo 68.º, n.º 3 da Diretiva-clássica, que determina que “caso um ato jurídico da União obrigue à utilização de uma metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida, essa metodologia comum deve ser aplicada para avaliar os custos do ciclo de vida.”

O método de cálculo dos custos operacionais durante o tempo de vida encontra-se definido, por exemplo, no artigo 6.º da Diretiva n.º 2009/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009, relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não po-



luentes e energeticamente eficiente, transposta para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 140/2010 de 29 de Dezembro.

As entidades adjudicantes podem ainda incluir rótulos ecológicos quando determinam as características ambientais das obras, bens ou serviços a adquirir. Tudo isto tem em vista a previsível necessidade de inclusão de critérios ambientais em todas as compras públicas nacionais, de harmonia com a Estratégia Nacional de Compras Públicas Ecológicas aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2016, de 29 de julho.

O acolhimento de políticas horizontais pode ser feito através dos critérios de adjudicação nomeadamente quando a escolha é feita com base no preço (ou custo) mais baixo (sendo, neste cenário, as externalidades ambientais internalizadas por exemplo através das especificações técnicas ou do ciclo de vida do produto); da melhor qualidade do produto (se, à luz dos artigos 67.º, n.º 2 da Directiva-clássica e 74.º, n.º 3 do anteprojecto ficarem sujeitos à concorrência, exclusivamente, fatores relativos à qualidade) ou, por fim, caso se submeta à concorrência a relação qualidade-preço (sendo necessário, neste cenário, fixar os critérios e subcritérios a avaliar).

(III) Capacidade dos concorrentes:

O atual CCP (2008) prevê que, no artigo 75.º, n.º 1, que devam ser fixados os fatores de avaliação e eventualmente os subfatores dentro de cada fator, nenhum dos quais podem, direta ou indiretamente, dizer respeito “a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”.

Esta disposição secunda a conhecida jurisprudência do TJUE de harmonia com a qual “são excluídos como «critérios de adjudicação» os critérios que não visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa, mas que estão ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em questão”⁶ acolhida igualmente pelos tribunais portugueses.⁷

Mais tarde, em 2015, o TJUE veio admitir, à luz das diretivas de 2004, que a entidade adjudicante estabeleça um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução desse contrato, critério esse que tem em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros.⁸

Este último entendimento foi previsto no artigo 67.º, n.º 2, alínea b) da Directiva-clássica quando determina que os “critérios [de adjudicação] podem compreender, por exemplo: [...] Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato” permitindo, assim, que sejam avaliados os recursos humanos afetos à específica execução de um contrato, quando o impacto seja significativo.

Esta previsão encontra-se igualmente disposta no artigo 74.º, n.º 2, alínea b) e n.º 5 do anteprojeto (que podem ser eventualmente agru-

6 Cfr. acórdão de 24 de janeiro de 2008, Lianakis, proc. C-532/06.

7 Assim, cfr. acórdão do STA de 14.03.2002 (Proc. 48.188), onde se afirma que na definição da tramitação do procedimento pré-contratual “deve ser evidente a separação entre a apreciação da capacidade dos concorrentes e a análise das propostas com vista à adjudicação”.

8 Cfr. acórdão do TJUE, de 26 de março de 2015, Ambisig, proc. C-601/13.



pados num só), segundo a qual “a relação qualidade-preço (...) compreende, nomeadamente (...) organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão”.

(IV) Critério de desempate:

O artigo 74.º, n.º 6 do anteprojeto passa a vedar a utilização do critério do momento de entrega da proposta como critério de desempate na avaliação.

(V) Métodos de avaliação:

O artigo 139.º mantém o modelo de avaliação das propostas multifator que deve respeitar o modelo aditivo.

Apesar de a escala poder ser livremente escolhida pelo órgão competente para a decisão de contratar, desejavelmente deve ser utilizada a mesma escala de pontuação para todos os factores/subfactores elementares, de forma a assegurar a comparabilidade entre as propostas.

O TJUE reconheceu, ainda a propósito do artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18/CE que este, “(...) lido à luz do princípio da igualdade de tratamento e do dever de transparência (...) deve ser interpretado no sentido de que, no caso de um contrato de serviços que deva ser adjudicado nos termos do critério da proposta economicamente mais vantajosa (...) não tem sempre de levar ao conhecimento dos poten-

ciais proponentes (...) o método de avaliação aplicado pela entidade adjudicante para avaliar e classificar concretamente as propostas.”

Porém, e em contrapartida, o referido método não pode ter por efeito alterar os critérios de adjudicação e a sua ponderação relativa.⁹

9 Cfr. acórdão do TJUE de 16 de julho de 2016, TNS, proc. 6/15.



Decisão de não adjudicação e caducidade da adjudicação¹

CECÍLIA ANACORETA CORREIA

O tema que me foi confiado para abordar nesta Conferência - “Decisão de não adjudicação e caducidade da adjudicação” – tem especial incidência sobre a redacção proposta pelo Anteprojecto de CCP (“ACCP”) para o artigo 79.º, cuja epígrafe é “Causas de não adjudicação”, e redacção do novo artigo 87.º-A, cuja epígrafe é “Outras causas de caducidade da adjudicação”.

Adoptaremos, pois, como referência desta breve análise a sistematização do próprio anteprojecto de Código dos Contratos Públicos (“ACCP”), fazendo a nossa apreciação crítica segundo a ordem pela qual as questões vão sendo suscitadas pela redacção das normas em causa.

Uma nota preliminar apenas para frisar que as inovações introduzidas nesta matéria não decorrem da transposição das Diretivas que a União Europeia aprovou em 2014. Decorrem essencialmente daquilo

1 Este texto corresponde, no essencial, à minha intervenção oral na Conferência sobre o Anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos que foi organizada pelo Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito de Lisboa, nos dias 14 e 15 de Setembro de 2016, no âmbito do debate público que então estava em curso. Agradeço às coordenadoras, Professoras Doutoradas Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins, a lembrança do convite e a oportunidade de participar na discussão pública das alterações legislativas de um diploma estruturante do direito público português.

que tem sido a discussão doutrinária nacional em torno destas questões, de onde se destaca nesta matéria particular a reflexão de ilustres juristas desta casa, como Sérvulo Correia, Miguel Assis Raimundo. Margarida Olazabal Cabral e Marco Caldeira.

I. Principais alterações em matéria de decisões de não adjudicação - art. 79.º “Causas de não adjudicação”²

Verifica-se um novo inciso no proémio do n.º 1 do artigo 79.º - “extinguindo-se o procedimento”-, o que não tem alcance prático, tendo

2 Artigo 79º Causas de não adjudicação

1 -Não há lugar a adjudicação, extinguindo-se o procedimento, quando:

Redacção actual: Não há lugar a adjudicação quando:

a) (...)

b) (...)

c) Por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento;

Redacção actual: Por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas;

d) Circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem;

Redacção actual: Circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem;

e) Nos procedimentos de consulta prévia e ajuste direto, o preço contratual seria manifestamente desproporcionado;

Redacção actual: No procedimento de ajuste direto em que só tenha sido convidada uma entidade e não tenha sido fixado preço base no caderno de encargos, o preço contratual seria manifestamente desproporcionado;]

f) (...)

g) No procedimento para a celebração de acordo-quadro com várias entidades o número de candidaturas ou propostas apresentadas ou admitidas seja inferior ao número mínimo previsto no programa de concurso;

h) Nos casos a que se refere o n.º 5 do artigo 47.º, a entidade adjudicante considere, fundamentadamente, que todos os preços apresentados são inaceitáveis.”

O artigo 79.º n.º 4 dispõe: “Quando o órgão competente para a decisão de contratar decida



em conta que o artigo 80.º n.º 1 do CCP, conjugado com o artigo 36.º n.º 1 do mesmo código, já têm o mesmo sentido normativo, sendo que nenhum destes dois artigos sofreu alteração.

Quanto à nova redacção da alínea c) do n.º 1 do artigo 79.º do ACCP, que dispõe que não há lugar à adjudicação quando *“Por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento”*, a mesma suscita-nos as quatro notas seguintes:

1) A redacção fala – e já falava - em circunstâncias “imprevistas”, e não em circunstâncias “supervenientes”.

A decisão de não adjudicação pode, pois, ser tomada, quando se conheçam circunstâncias já originariamente verificadas mas não consideradas nas peças do procedimento e também, parece, simplesmente ater-se a uma nova ponderação do interesse público determinante da originária decisão de contratar (Bernardo Azevedo, *Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública (II), 1ª edição, 2010, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 247 (29)).

Assim, ao arrepio de alguma jurisprudência anterior (Ac. STA de 07.01.09, proc.º 0912/08), a redacção proposta não torna exigível que as circunstâncias invocadas pela decisão de não adjudicação sejam supervenientes nem sequer imprevisíveis.

2) A nova redacção deixa de restringir a decisão de não adjudicação aos casos de circunstâncias ocorridas ou conhecidas “após o termo do prazo para apresentação de propostas”, como anteriormente estava previsto.

A decisão de não adjudicação pode, pois, ser tomada, quando a ocorrência ou o conhecimento das circunstâncias imprevistas ocorra antes do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas.

3) A nova redacção mantém o elemento literal segundo o qual, sempre que seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento, não há lugar à adjudicação.

Em nosso entendimento, este elemento literal deveria ser corrigido porque não faz sentido, nem parece ser a *ratio* do legislador, impor um dever estrito de não adjudicação. Subscrevemos o entendimento de quem entende que esta norma confere à Administração um poder/dever, no contexto do qual incumbe à Administração, nas situação que esta norma prevê, ponderar se deve ou não adjudicar (Bernardo Azevedo, *Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública (II), 1ª edição, 2010, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 240).

Efectivamente, a necessidade superveniente de alterar *aspetos fundamentais das peças do procedimento* não exige, necessariamente, a decisão de não adjudicação para efeitos de salvaguarda do interesse público em presença. Desde logo, o Código prevê a possibilidade de rectificação de erros ou omissões das peças do procedimento até ao termo do segundo terço do prazo para apresentação de propostas (art. 50.º n.º 5 CCP) e, mesmo depois desse prazo, admite alterações a aspectos



fundamentais, mediante prorrogação do prazo de apresentação de propostas (art. 64.º n.º 2 e artigo 175.º n.º 2 do ACCP).

Por isso, fazendo uma leitura integrada do CCP, seria mais adequado que o intróito deste n.º 1 do artigo 79.º referisse “*Pode não haver lugar à adjudicação*” em vez de “*Não há lugar à adjudicação*”, fórmula que aponta para um dever de não adjudicação menosprezando o dever de prévia ponderação casuística do interesse público, sendo essa ponderação *a ratio* destas novas previsões legais.

Aliás, a redacção da subsequente alínea d) pressupõe a necessidade de justificação casuística da decisão de não adjudicação, o que é incompatível com a afirmação peremptória do intróito do artigo de que “*não há lugar à adjudicação*”.

4) Quando esta nova alínea c) se refere a circunstâncias “imprevistas, tal expressão abrange as situações não previstas que eram previsíveis?

O vocábulo “imprevistas” encerra, em nosso entendimento, dois tipos de situações que importa distinguir: as situações não previstas, mesmo que previsíveis, e as situações imprevisíveis. Assim, para efeitos de tomada de decisão de não adjudicação, relevam tanto os erros das peças do procedimento - relativos à configuração do procedimento ou do modelo contratual - que eram *evitáveis* e só não o foram por um erro de previsão ou análise da Administração, como aqueles que não eram evitáveis ou pelo menos cuja antecipação, segundo um juízo acertado de prognose, não era exigível segundo o critério do funcionário zeloso e cumpridor.

Neste sentido, veja-se Ac. TCA do Sul de 10-10-2013, segundo o qual:

“para a verificação de um interesse público relevante e superveniente, justificativo da decisão de não adjudicação ao abrigo do artigo 79º do CCP, não há que afastar uma situação de erro na forma como se configurou o concurso, ou na forma como se pretendia contratar, pressuposto da decisão revogada.”

Em todo o caso, não é irrelevante aferir se a situação que dita a decisão de não adjudicação era, ou não, imprevisível segundo a diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor. Trata-se de aplicar nestas situações específicas o critério geral de aferição da culpa, previsto no artigo 10.º da Lei n.º 67/2007, que consagra o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas), para efeitos de exercício do direito à indemnização que está previsto no n.º 4 do mesmo artigo 79.º do ACCP³. Assim, o dever de indemnizar pelos danos decorrentes da decisão de não adjudicação terá uma natureza *objectiva* nas situações não imputáveis à Administração, e *subjectiva* em caso contrário, o que pode influir sobre o âmbito (alcance) do dever de indemnizar.

Deste modo, aplica-se à Administração a mesma lógica de diferenciação que o CCP aplica ao adjudicatário nos casos de não detecção

3 O artigo 79.º n.º 4 dispõe: “Quando o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respectivas propostas.”



atempada de erros e omissões, na medida em que se atribui relevo à exigibilidade ou não dessa mesma detecção para efeitos indemnizatórios (cfr. art. 378.º n.º 3 e 4 ACCP).

Analisemos de seguida a nova redacção da alínea d) do n.º 1 do artigo 79.º do ACCP, que dispõe que não há lugar à adjudicação quando *“Circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem”*.

Segundo o critério da letra da lei, deixa de se exigir que o momento relevante para efeitos de verificação de superveniência seja o do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, como sucedida na redacção anterior.

Assim, no âmbito normativo desta previsão legal podem incluir-se as circunstâncias supervenientes em relação à decisão de contratar, que sejam anteriores ao termo do prazo para apresentação de propostas. Isto mesmo é confirmado pelo n.º 2 do artigo 80.º do CCP, que estipula: *“Quando as circunstâncias previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo anterior ocorrerem entre o início do procedimento e o termo do prazo de apresentação das propostas, a decisão de contratar também pode ser revogada.”*

Simplemente, se o art. 79.º passar a eliminar por completo constrangimentos temporais à decisão de não adjudicar e o intróito do n.º 1 mantiver a redacção *“Não há lugar à adjudicação”*, parece que o n.º 2 do artigo 80.º está a admitir a revogação de decisões que o artigo anterior impede que existam.

Para efeitos de uma interpretação lógica das normas em causa, importa ter presente a noção de decisão de adjudicação do art. 73.º do CCP, nos termos da qual a decisão de adjudicação só pode ocorrer em situações em que tenham sido apresentadas propostas, independente-

mente da fase do procedimento em que nos encontremos.

Assim, uma leitura integrada e intra-sistemática das várias disposições legais acima referidas, parece resultar no seguinte:

- Se já há propostas apresentadas, a verificação das circunstâncias previstas no art. 79.º justifica a ponderação de uma eventual decisão de não adjudicar.
- Se tais circunstâncias se verificam numa fase do procedimento em que ainda não foram apresentadas propostas, justifica-se a decisão de revogação da decisão de contratar.

Passamos de seguida à análise da nova alínea e) do n.º 1 do art. 79.º ACCP, que dispõe: *“Nos procedimentos de consulta prévia e ajuste direto, o preço contratual seria **manifestamente desproporcionado**”*.

Ao utilizar a expressão **preço manifestamente desproporcionado**, utiliza-se nesta redacção uma terminologia indeterminada e não referenciada, que se repete na nova alínea h) quando se faz referência a **preços inaceitáveis**.

Dá-se assim ampla margem de discricionarietà à entidade adjudicante para decidir não adjudicar em situações que abrangem os casos em que – excepcionalmente - não houve fixação de preço base, conforme resulta do previsto no artigo 47.º n.º 5 CCP para o qual a al. h) do n.º 1 do artigo 79.º remete.

Aliás, uma leitura articulada das duas alíneas e) e h) parece resultar numa falta de racionalidade para a eliminação da restrição da possibilidade de não adjudicação aos casos em que *não tenha sido fixado preço base* nos procedimentos de consulta prévia e ajuste direto, restrição



que consta da redacção ainda em vigor da alínea e).

Fazendo uma análise crítica geral das novas alíneas c), d), e) e h) do n.º 1 do artigo 79.º do ACCP, trata-se de introduzir alterações que surtem na linha de posições doutrinárias que advogavam a necessidade de se conferir ao princípio do interesse público um maior peso relativo no âmbito de um Direito de base comunitária enformado pelo princípio da concorrência.

O ACCP concretiza essas preocupações de forma aberta, ampla e generosa, atribuindo à entidade adjudicante uma elevadíssima margem de discricionariedade para salvaguarda do interesse público.

Fá-lo nas novas alíneas c e d), eliminando todos os constrangimentos temporais à decisão de não adjudicação. Fá-lo nas alíneas e) e h), através da utilização de uma terminologia indeterminada, sem qualquer indicação de critérios interpretação e de aplicação prática.

Estas formas de incremento da margem de livre decisão administrativa para tomada de decisões de não adjudicar consubstanciam especificidades do *Direito dos Contratos Públicos* face ao regime típico dos contratos privados, o que conforta o entendimento dos que advogam que o Direito dos Contratos Públicos é ainda e cada vez mais Direito Administrativo.

Tal como referido, as inovações introduzidas nesta matéria não decorrem da transposição das Directivas que a União Europeia aprovou em 2014 mas sim de opções de política legislativa internas. Surgem, aliás, em linha com a opção geral da reforma do CPA, ie, numa linha “amiga” da Administração que tem como fundamento a alegada necessidade de tutela reforçada do interesse público.

Pode, todavia, questionar-se se as opções assumidas internamente neste domínio se afiguram congruentes com os objectivos das Directivas de implementar a Política Europa 2020 – uma estratégia para o crescimento eficiente, sustentado e inclusivo, a saber:

- 1) Um desenvolvimento do ambiente empresarial, especialmente para facilitar a inclusão das PME no mercado da contratação pública e
- 2) Um enquadramento normativo mais seguro e previsível
- 3) Profissionalização da actividade contratual ao nível das entidades adjudicantes;

As cláusulas gerais de salvaguarda do interesse público face a actos constitutivos de direitos são originárias de sistemas jurídicos que operam sobre economias saudáveis, de países não desesperadamente dependentes de investimento privado (estrangeiro) como é o caso português. Na actual conjuntura em que vivemos, nós em Portugal, parece-me pouco compreensível – não de um ponto de vista académico ou principialista mas segundo a perspectiva de que a lei é para o Homem (e para a economia), não um fim em si mesmo – que se opte (em domínios de plena liberdade de opção política) por soluções amigas da Administração e não amigas do Investidor. A reforma do Código de Procedimento Administrativo aprofundou de forma muito explícita esta nova orientação política, ao admitir por exemplo a revogação de actos administrativos válidos durante cinco anos após a sua prática.

Mas perguntar-me-ão: esta solução não será equilibrada na ponderação dos interesses públicos e privados em presença, dado que se garante a indemnização do lesado, conforme estabelecido no artigo 79.º n.º 4 ACCP?



Respondo que é um facto que nenhuma entidade adjudicante indemniza *ex officio* um particular lesado e que, de entre todas as acções de responsabilidade civil que acompanho, de há 10 anos para cá nenhuma chegou sequer à fase de julgamento. Portanto, é muito difícil explicar a um cliente que pondera investir em Portugal os efeitos práticos destas novas soluções legais sem fazer uma análise de risco desincentivadora. Independente da ineficiência da tutela indemnizatória, a verdade é que do lado das PME portuguesas, há uma folga muito estreita- senão nula – para acomodar as perdas (absolutas ou recuperáveis depois de décadas de tribunal) que uma decisão de não adjudicação lhes pode causar.

Assim, há que ter a consciência de que a decisão de não adjudicação no âmbito da margem de discricionariedade agora conferida à Administração é um risco potencial para o interesse público (e privado) inerente ao modelo de avaliação das propostas típico da contratação pública: **o interesse da previsibilidade e segurança jurídicas.**

Proteger o interesse público implica uma ponderação alargada dos interesses em presença, que abranja, também, a ponderação deste concreto interesse público, tendo em conta que o princípio da confiança legítima é um dos princípios comunitários da contratação pública que a jurisprudência comunitária aplica a este domínio (cfr. Bernardo Azevedo, *Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos, in Estudos de Contratação Pública (II)*, 1ª edição, 2010, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 236).

É à luz dos factores que densificam o critério de adjudicação que os concorrentes tomam a decisão de concorrerem a determinado procedimento no intuito de contratar e que ponderam o risco de se exporem a procedimentos concorrenciais apresentando propostas. Não pode, pois, haver arbitrariedades na hora da Administração decidir

não adjudicar propostas que correspondam da forma mais eficiente de todas ao critério de adjudicação anunciado.

Assim, entre limites excessivamente estreitos da autonomia decisória da Administração Pública inerentes a uma concepção do acto de adjudicação como **acto incondicionalmente devido e os actuais limites - em nossa perspectiva excessivamente largos e que subvalorizam dos interesses dos operadores económicos privados e o interesse nacional no investimento – deve ainda procurar-se uma solução mais equilibrada de ponderação dos interesses em presença.**

Pode também questionar-se se o artigo 79.º não pode ser visto como uma norma de excepção à regra geral do artigo 76.º que consagra o dever de adjudicar, em termos de inviabilizar novas ponderações do interesse público para lá das aí previstas, tendo em conta que o nosso Código Civil determina que as normas excepcionais não são passíveis de analogia. Tal via de entendimento joga contra as interpretações analógicas por vezes sugeridas para o artigo 79.º e que defendem que esta norma não é taxativa, sendo o acto de adjudicação um acto **condicionalmente** devido no sentido de estar sujeito às causas de não adjudicação previstas no art. 79.º, bem como a causas a elas análogas e à condição de não ir contra o interesse público.

Porém, em abono da não taxatividade do elenco do art. 79.º maioritariamente subscrito pela doutrina, creio existir um argumento forte: o facto de art. xv/5 do ACP - **o Acordo Sobre Contratos Públicos**, celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio de que fazem parte todos os Estados membros e cuja nova versão, aprovada em 2014, influenciou as novas Directivas - **expressamente consagrar a possibilidade de não-adjudicação por motivo de interesse público, pelo que**



não caberá aos Estados signatários cercear uma tal disposição mas antes respeitá-la.

A jurisprudência tem oscilado nesta matéria: cfr. Ac. STA de 7 de Julho de 2005 vs. Ac. TCA Sul de 10.10.2013 - **pelo que seria de todo desejável que o legislador trouxesse certeza a segurança jurídica em relação a esta questão controvertida.**

Para já, importa frisar que um travão ao uso abusivo ou mal ponderado desta discricionariedade decisória de não adjudicação e de invocação da caducidade da adjudicação está procedimentalmente assegurado, através da consagração legal expressa no ACCP da necessidade de fundamentação da decisão de contratar para todos os contratos, com requisitos adicionais, especialmente exigentes, para os contratos a celebrar de valor superior a 5 000 000€, com base numa avaliação custo-benefício (nova redacção do art. 36.º ACCP).

Como as decisões de não adjudicação carecem também – e já careciam - de ser fundamentadas (art. 79.º n.º 2 ACCP), baseando-se agora tais decisões na aplicação de conceitos indeterminados para cujo preenchimento de conteúdo o Código não dá quaisquer orientações, entendemos que esse **dever de fundamentação é *in casu* especialmente qualificado.**

Essa fundamentação tem de ter presente as razões que ditaram a decisão de contratar e indicar quais os interesses públicos específicos prevalentes que ditam a revogação dessa originária decisão. Concretamente, a fundamentação tem de incluir uma análise de **custo-benefício** da decisão, numa perspectiva integrada da salvaguarda do interesse público à luz das concretas consequências legais que uma tal decisão acarreta, designadamente:

- a) aos custos de dar início a um novo procedimento (cfr. art. 79.º n.º 3) e
- b) aos custos de indemnização dos concorrentes não excluídos (cfr. art. 79.º n.º 4).

Evidentemente que o uso abusivo ou mal ponderado da discricionariedade decisória que o ACCP vem atribuir à Administração em matéria de não adjudicação ou de invocação da caducidade da adjudicação goza dos meios gerais de tutela impugnatória e indemnizatória.

Efectivamente, a decisão de não adjudicação é um acto administrativo lesivo dotado de eficácia externa, tendo no limite o particular lesado direito à respectiva impugnação –administrativa e judicial.

Adicionalmente, há quem entenda na doutrina que o direito à indemnização consagrado no art. 79.º n.º 4 é aplicável por identidade de razão a qualquer dos casos de decisão de não adjudicação por razões de interesse público, e não apenas aos das alíneas aí referidas, desde que reunidos os pressupostos dos danos e nexos de causalidade (cfr. Bernardo Azevedo, Estudos, *Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública (II), 1ª edição, 2010, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 248).

Quanto à indemnização do adjudicatário face a uma decisão administrativa de invocação da caducidade da adjudicação, teceremos breve comentário infra.



II. Principais alterações em matéria de caducidade da adjudicação - artigos 86.º, 87.º e novo 87.º-A⁴

Neste âmbito, o ACCP mantém o artigo 86.º inalterado, relativo às “Causas de caducidade da adjudicação”. A norma pretende enquadrar os casos de *caducidade-sanção*, ie, caducidade por facto imputável ao adjudicatário. Duas breves notas acerca da aplicação prática deste regime.

Primeiro, por identidade de razão com o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1, a caducidade opera também nos casos de não apresentação dos documentos de habilitação no prazo limite fixado no artigo 161.º CCP para o concurso público urgente. cremos, porém, que neste caso há que ter preocupações de concordância prática entre a garantia de audiência prévia prevista no 86.º n.º 2 e o prazo de manutenção das propostas de 10 dias, que é não prorrogável nos termos do art. 159.º ACCP.

Segundo, relativamente à al. c) do n.º 1, sobre a não apresentação culposa dos documentos de habilitação em prazo ou redigidos em língua portuguesa;, a norma remete para o art. art. 82.º, que o anteprojecto revoga. Esta gralha deverá ser corrida por remissão para o 169.º n.º 2 do ACCP, onde se prevê a necessidade de tradução devidamente legalizada.

4 “Artigo 87.º-A Outras causas de caducidade da adjudicação

1 - Sem prejuízo de outras causas de caducidade previstas no presente Código ou resultantes de outra legislação aplicável, determina ainda a caducidade da adjudicação a ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica, extinção da entidade adjudicante ou do adjudicatário ou por insolvência deste.

2 - Quando as causas de caducidade da adjudicação referidas no número anterior respeitem ao adjudicatário, a entidade adjudicante deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente.

3 - O adjudicatário deve indemnizar a entidade adjudicante, nos termos gerais, pelos prejuízos que culposamente tenha causado.”

O ACCP mantém igualmente inalterado o artigo 87.º, referente à “Falsidade de documentos e declarações”, situação que a verificar-se, para além da caducidade da adjudicação, dá origem à intervenção da tutela penal (art. 256 CP).

As novidades surgem neste âmbito da caducidade da adjudicação por via da previsão de um novo artigo 87.º-A, sob epígrafe “*Outras causas de caducidade da adjudicação*”.

Para efeitos de análise, isolaremos vários segmentos do n.º 1 deste artigo, segundo a metodologia acima adoptada de respeito pela ordem sistemática das questões que a redacção das normas suscita:

a) N.º 1: “*Sem prejuízo de outras causas de caducidade previstas no Código ou resultantes de outra legislação aplicável (...):*”

Este intróito normativo aponta para uma necessária previsão legal das causas de caducidade, ie, para a necessidade de tipificação, ao arremisso do que pugna a maioria da doutrina neste domínio.

As causas de caducidade previstas dispersamente no próprio CCP são as seguintes:

- a) Art. 91.º/1: não prestação da caução em tempo e nos termos estabelecidos
- b) Art. 93.º/1: não confirmação de compromissos
- c) Art. 105.º/1: não comparência do adjudicatário para outorga do contrato
- d) Art. 180.º/1: revogação, a invalidade, a ineficácia ou a extinção da declaração bancária



- e) Art. 227.º (ex art. 234.º): caducidade da decisão de selecção dos trabalhos de concessão por não apresentação dos documentos comprovativos das habilitações profissionais específicas.

Fica, porém, a dúvida acerca de quais sejam as “Outras causas de caducidade” previstas na LEI a que se refere neste n.º 1 o legislador.

Uma vez mais, sendo a questão controvertida, o legislador perde de novo uma oportunidade de pugnar pela certeza e segurança jurídicas do regime jurídico aplicável neste domínio.

Em todo o caso, parece-nos que se abre aqui a porta para a aplicação das causas gerais de caducidade de actos administrativos (como defende Marco Caldeira, in, *Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública (IV), 1ª edição, 2013, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 459).

b) N.º 1: “(...) determina ainda a caducidade da adjudicação a ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica, extinção da entidade adjudicante ou do adjudicatário ou por insolvência deste.”

Teceremos quatro breves notas em relação a este trecho do n.º 1 do novo artigo 87.º-A.

Primeira nota, os casos de caducidade elencados nesta norma constituem meros exemplos de ocorrências supervenientes que inviabilizam a celebração do contrato, tendo em conta a utilização do vocábulo “designadamente”.

A situação de insolvência do adjudicatário já era um impedimento a ser candidato e concorrente, nos termos do disposto no art. 55.º a) do CPP. Podemos convocar como *outras causas* de caducidade a esta análogas a ocorrência ou o conhecimento superveniente por parte da entidade adjudicante de outros impedimentos subjectivos do adjudicatário designadamente os que estão previstos no mesmo artigo 55.º., como sejam:

- O da al. k): conhecimento superveniente de que o adjudicatário diligenciou no sentido de influenciar indevidamente a decisão de contratar do órgão competente, de obter informações confidenciais susceptíveis de lhe conferir vantagens indevidas no procedimento ou tenha prestado informações erróneas susceptíveis de alterar materialmente as decisões de exclusão, qualificação ou adjudicação;
- O da alínea l): conhecimento de que o adjudicatário está abrangido por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas do que a caducidade da decisão de adjudicação) exclusão.

Segunda nota, os exemplos incluídos nesta norma permitem concluir que “inviabilizar” a celebração do contrato é tornar impossível a sua celebração ou existência, não tornar inconveniente ou excessivamente onerosa essa celebração. Temos de estar diante um impedimento inamovível e definitivo, não transitório ou não temporário, que tanto pode ser uma causa objectiva, relativa ao objecto do contrato, como subjectiva, relativa às partes contratantes. As causas de *impossibilidade natural ou jurídica* estão devidamente tratadas na doutrina civilista, e no direito público em especial em torno do conceito de “causas legítimas de ine-



xecução de sentenças” (cfr. Cecília Anacoreta Correia, *A Tutela Executiva dos Particulares no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina/Instituto do Conhecimento AB, 2013, pág. 312 e seguintes).

Caso se torne gravemente prejudicial para o interesse público a celebração do contrato após a tomada da decisão de adjudicação, não cremos que exista aqui qualquer causa de caducidade dessa decisão. A questão terá ser avaliada à luz dos fundamentos legais de revogação de actos constitutivos de direitos, como é caso da decisão de adjudicação.

Por isso, se o objectivo desta norma é coroar o sentido de maior abertura ao interesse público do art. 79.º e positivar a tese dos autores que daqui pretendem extrair uma “cláusula geral de protecção do interesse público”, cremos que a redacção adoptada fica muito aquém do pretendido.

Os exemplos referidos nesta norma servem, todavia, de argumento para defender que se a adjudicação caduca nestes casos, por maioria de razão, ocorrendo estas circunstâncias num momento em que não esteja ainda tomada a decisão de adjudicar, há-de pelo menos poder não se adjudicar nestes mesmos casos. O que é mais um argumento lógico a favor do carácter não taxativo do elenco de causas de não adjudicação do art. 79.º.

Terceira nota, o n.º 1 do novo artigo 87.º-A refere como causa de caducidade da adjudicação a ocorrência superveniente de certas circunstâncias, não exigindo - como faz na al. c) do n.º 1 do art. 79.º ACCP relativamente às causas de não adjudicação-, que tal ocorrência seja imprevista, no sentido de não previsível segundo o nosso entendimento acima expomos.

Porém, importa ter presente que, quando a causa de impossibilidade de celebração do contrato seja provocada pela Administração de

forma dolosa, não haverá em princípio uma «*causa legítima*» de caducidade que a desonere do dever de indemnizar e desonere os concretos funcionários ou agentes em responsabilidade civil, penal e disciplinar, nos termos gerais de direito (seguindo aqui o raciocínio de Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Processo Executivo: algumas questões*, A reforma da Justiça Administrativa, Coimbra Editora, 2005, pág. 253).

Por isso, quando o art. 87.º-A n.º 3 refere que: “*O adjudicatário deve indemnizar a entidade adjudicante, nos termos gerais, pelos prejuízos que culposamente tenha causado*”, importa referir que o inverso também válido. Aplica-se, pois, neste domínio um regime de responsabilidade subjectivo (baseado na aferição da culpa) relativamente à parte a quem for imputável a ocorrência da causa de caducidade.



Catálogos electrónicos e sistemas de aquisição dinâmicos no anteprojecto de Revisão do CCP - breve nota¹

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

1. Catálogos electrónicos

1.1. Os catálogos electrónicos são apresentados como uma das novidades de *e-procurement* da reforma de 2014 do direito europeu dos contratos públicos³. Apesar disso, a primeira menção que recebem nas directivas é uma menção *recessa*. Os considerandos 55 e 57 da Directiva 2014/24 (equivalentes, praticamente *ipsis verbis*, aos considerandos 66 e 68 da Directiva 2014/25)⁴ constituem uma espécie de *reflexão global*

1 O presente texto serviu de base à intervenção do autor no Colóquio dedicado à revisão do CCP, realizado nos dias 14 e 15 de setembro de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e coordenado pela Prof.^ª Doutora Maria João Estorninho e pela Prof.^ª Doutora Ana Gouveia Martins, a quem renovamos o agradecimento pelo convite para participar. A origem do texto explica o seu carácter tópico e coloquial.

2 Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

3 Um dos casos pioneiros, ainda na parte final do século XX, foi o do catálogo contendo produtos de saúde, gerido pelo então Instituto de Gestão Informática e Financieira da Saúde, a partir da figura dos contratos públicos de aprovisionamento.

4 A Directiva 2014/23 (concessões) não se refere aos catálogos electrónicos, por razões fáceis de compreender: a celebração de contratos de concessão não é propria-

[Voltar ao índice](#)

sobre o modo como o legislador europeu pretende regular a introdução da tecnologia dos contratos públicos, em particular, sobre a exigência de interoperabilidade dos sistemas de informação nos diversos Estados Membros – algo que, como é compreensível, constitui uma grande preocupação do legislador europeu, na perspectiva de protecção do mercado interno. Aí aparecem, com efeito, os catálogos electrónicos, que são utilizados pelo legislador para ilustrar o que se pode ganhar em termos de eficiência na contratação, mas também o que se pode perder em integração do mercado. Aí se refere que ferramentas como os catálogos, se não forem devida e uniformemente reguladas, em termos de requisitos técnicos, possam colocar problemas de igualdade de tratamento dos operadores económicos.

De tom igualmente receoso se afiguram os considerandos dedicados *ex professo* ao tema dos catálogos: considerandos 68 da Directiva 2014/24 e 77 da Directiva 2014/25. O legislador parece sobretudo preocupado com a declaração e explicação dos *limites* que os catálogos devem, no seu entender, observar, para serem conformes com os princípios e regras do direito europeu dos contratos públicos; uma parte significativa daqueles considerandos serve, por exemplo, para uma di-

mente o campo de eleição para este instrumento. Contudo, vale a pena dizer que essa omissão não pode, a nosso ver, encarar-se como uma impossibilidade de utilização dos catálogos (que podem ser úteis, em alguns contextos concessórios que se caracterizem pela fragmentação territorial, como sucede, por exemplo, com os transportes colectivos de passageiros por via rodoviária). Com efeito, a omissão dessa matéria da Directiva 2014/23 prende-se, antes, com a diferente perspectiva regulatória adoptada por essa directiva quanto ao procedimento de formação de contratos de concessão. A Directiva 2014/23 deixa ao legislador nacional (maxime através do artigo 30º) uma margem de liberdade de conformação em matéria de procedimentos pré-contratuais que excede em muito aquela que é atribuída pelas Directivas clássica e dos sectores especiais. Por isso, nada obsta a que o legislador nacional habilite a utilização dos catálogos, também, para contratos de concessão.



gressão pelo tema dos “catálogos gerais por oposição a catálogos específicos”, que, apesar de algo heterodoxa (talvez mesmo bizantina), nos fornece, como se verá, uma ideia importante sobre *aquilo que para o legislador europeu é um catálogo electrónico*.

Para terminar a referência, ainda introdutória, às fontes europeias, cumpre referir que o instrumento de que falamos encontra a sua sede normativa em artigos autónomos (artigo 36º da Directiva 2014/24 e artigo 54º da Directiva 2014/25), inseridos no capítulo dedicado pelas directivas àquilo que chamam “técnicas e instrumentos para a contratação pública electrónica e agregada” e que inclui, além dos catálogos, os acordos quadro, os sistemas de aquisição dinâmicos e as modalidades de contratação centralizada e agrupada. Também esta localização sistemática nos parece importante para compreender a perspectiva do legislador europeu sobre os catálogos.

1.2. É preciso travar uma batalha árdua para extrair das normas e dos considerandos da directiva uma resposta à pergunta mais básica, que é a de saber *o que são, para o legislador europeu, os catálogos electrónicos*. Essa falta de clareza, a nosso ver, repercute-se nos diversos Estados Membros: a transposição *conservadora*, muito próxima da letra da directiva, que tem ocorrido em diversos países próximos do nosso (França e Itália, por exemplo), revela que os legisladores nacionais não estão propriamente confortáveis com a figura.

Em todo o caso, a partir de diversos elementos, entre os considerandos e o articulado das directivas, podemos ensaiar a autonomização de algumas notas definitórias dos catálogos electrónicos, adoptando ainda, reitera-se, a perspectiva do direito europeu.

a) Um primeiro ponto é resultante do disposto no artigo 36º, nº 1, da Directiva 2014/24 (e 54º, nº 1, da Directiva 2015/25), de onde se retira que os catálogos electrónicos, no modo como são encarados pelo legislador europeu, *não são procedimentos especiais*, mas sim *instrumentos compatíveis com qualquer procedimento*⁵.

b) Duas outras notas definitórias estão relacionadas entre si: a *uniformidade* e a *susceptibilidade de tratamento electrónico automático* da informação.

Com efeito, o considerando 68 da Directiva 2014/24 (e 77 da Directiva 2014/25) configura o catálogo electrónico como *“um formato para a apresentação e organização da informação de uma forma que é comum a todos os proponentes participantes e que se presta ao tratamento electrónico; exemplo disto poderão ser as propostas apresentadas sob a forma de folha de cálculo.”* Este elemento de uniformidade, de uma *linguagem comum* no seio do procedimento, que deve ser observada por todos os participantes, é confirmado no artigo 36º, nº 2, da Directiva 2014/24.

Esta linguagem comum, que todos os concorrentes partilham, está ao serviço da nota da *susceptibilidade de tratamento electrónico* da informação, também referida no mesmo Considerando e que, embora não referida expressamente no articulado, constitui pressuposto, por exemplo, do artigo 36º, nº 4, alínea b), da Directiva 2014/24⁶.

5 R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, La contratación pública electrónica, pp. 153-154: “os catálogos electrónicos devem considerar-se como sistemas de comunicação electrónica, mais concretamente, como um sistema de apresentação electrónica de propostas nos procedimentos de formação”; também notámos o ponto, em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise das novas directivas (Parte II)”, Revista de Contratos Públicos, (10), 2014 (mas 2015), pp. 131 ss., p. 160.

6 De facto, aquela alínea assenta na possibilidade de reutilização da informa-



Vale a pena reflectir sobre este elemento, pois o seu sentido não é imediato. É evidente que, num certo sentido (amplo), qualquer informação que se envie a outra pessoa é susceptível de tratamento electrónico. O que aqui se visa, porém, é dizer que a informação que um concorrente apresenta sobre os bens que ele oferece tem de “encaixar” no formato do catálogo definido; mais precisamente, a informação tem de vir em formato que possa ser *manipulado* sem necessidade de uma actividade relevante de processamento por parte de quem recebe essa informação. O exemplo da folha de cálculo, ainda que um pouco caricato, transmite a ideia: numa folha de cálculo, a informação tem de ser inserida em campos determinados, permitindo operações automáticas que movem a informação dali para outros sítios ou que a relacionam com informação semelhante, ou ainda, que permitem a sua replicação; tudo isso de forma automática. Isso permite, por exemplo, que o valor da célula A13 da folha de cálculo do concorrente “A” seja comparado com o valor da mesma célula da folha de cálculo do concorrente “B”, sem necessidade de intervenção humana. O mesmo não acontece, por exemplo, se os dois concorrentes enviam a mesma exacta informação, mas em folhas de papel impressas e digitalizadas: nesta modalidade mais rudimentar, pouco se avança face à via tradicional, pois terá, em princípio, de haver uma intermediação humana: uma pessoa terá de ler a folha e inserir a informação dela constante num outro formato.

Assim, facilmente se percebe os ganhos que podem surgir, do ponto de vista da celeridade dos procedimentos e da própria qualidade da avaliação no âmbito dos mesmos, sobretudo em procedimentos que tenham um volume de informação significativo (por exemplo, em que

ção, como nota R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, La contratación pública electrónica, p. 156, que, aliás, parece criticar a solução, injustificadamente, a nosso ver.

haja um número elevado de lotes), quando se pede a informação em formato que seja susceptível de tratamento electrónico – adjectivo que, assim, neste contexto, significa *automatizado*⁷. Em particular, cabe sublinhar que o caminho para um sistema onde a tecnologia não seja apenas meio de comunicação, mas possa também ser utilizada como meio de *avaliação* e até de *decisão* em procedimentos pré-contratuais, pressupõe que a informação seja uniforme e facilmente manipulável pelos sistemas informáticos.

c) Outra nota definitiva é aquilo a que poderemos chamar o carácter *específico-para-o-procedimento* dos catálogos.

Com efeito, mais adiante no mesmo Considerando 68, surge uma passagem que, como dissemos, acaba por ser relevante para compreender o conceito *tal como ele é regulado pelas directivas*: *“a possibilidade de utilização de catálogos electrónicos para a apresentação de propostas não deverá implicar que os operadores económicos se possam limitar a enviar o seu catálogo geral. Os operadores económicos deverão continuar a ser obrigados a adaptar os seus catálogos gerais tendo em vista o concurso específico.”* Esta ideia é confirmada pelo artigo 36º, nº 2, que diz que os catálogos *“são criados pelos candidatos ou proponentes com vista a participarem num determinado procedimento de contratação”*.

Os catálogos são, pois, realidades construídas para um procedimento. O legislador europeu não quer que os agentes económicos se limitem a “enviar o seu catálogo geral”, antes quer que haja adaptações: pretende catálogos concebidos de modo individualizado.

7 Fazendo a mesma associação, R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, La contratación pública electrónica, p. 154.



A razão de ser desta opção não é facilmente compreensível. Aliás, é mesmo contra-intuitivo, porque de imediato se percebe que o carácter específico é gerador de um *encargo* para o concorrente, expresso nos recursos humanos e materiais que irá utilizar na “adaptação” do seu “catálogo geral”⁸. Ainda do considerando 68, parece retirar-se que o legislador visou, com esta medida, que as propostas para um certo procedimento *só tenham bens que tenham sido solicitados naquele procedimento*. Além de uma ideia geral de adequação entre oferta e procura e de defesa da posição do concorrente, talvez se possa ver aqui uma tentativa de evitar a prática anti-concorrencial das chamadas “vendas ligadas”. Adicionalmente, poderá presumir-se que esta característica reforça a igualdade entre os participantes: todos eles têm de efectuar este esforço de adaptação.

d) Uma última nota não está presente em todos os casos, mas diríamos que é equacionada pelo legislador europeu – e bem – como uma espécie de *domínio de eleição* para a utilização dos catálogos electrónicos.

De facto, este instrumento assume a sua relevância máxima, e também a sua *diferenciação* máxima, quando combinado com algum dos mecanismos de agregação e racionalização das aquisições: acordos quadro e sistemas de aquisição dinâmicos⁹. Dos nºs 4 a 6 do artigo 36º

⁸ Assim, também, R. BICKERSTAFF, "E-procurement under the new EU procurement directives", p. 141.

⁹ Estabelecendo um nexo entre o nível de profissionalização exigido para a utilização eficiente de instrumentos de contratação electrónica e as competências das centrais de compras, cf. GABRIELLA M. RACCA/SILVIA PONZIO, "Nuovi modelli organizzativi per il «joint procurement» e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa", in PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (DIR.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, 2016, pp. 373 ss., p. 399. De facto, parece ocorrer uma associação natural entre compra centralizada e integração tecnológica; o caso italiano (cf. DANIELE MARONGIU, "Acquisti aggregati, automazione,

da Directiva 2014/24 (e do artigo 54º da Directiva 2014/25) retira-se que no contexto destas formas de *aquisição repetitiva*, um catálogo electrónico é susceptível de utilização de duas formas diferentes: com uma *reapresentação* dos catálogos (nº 4, alínea a)) ou através de uma forma de *composição, pela entidade adjudicante, de uma “proposta ideal”, que responderia à sua necessidade e que é posteriormente sujeita a validação pelo concorrente* (nº 4, alínea b)). Esta última possibilidade é depois objecto de detalhada regulação no nº 5 do artigo 36º da Directiva.

A compreensão da *ratio* da regulação desta aplicação dos catálogos electrónicos às formas de aquisição repetitiva beneficia, novamente, da leitura do considerando 68. Daí resulta que o propósito é o de permitir que a nova aquisição tome por base catálogos já existentes: a reutilização da informação, a que acima aludimos, ganha aqui relevância, em particular na situação do artigo 36º, nº 4, alínea b)), já que nesse caso quem toma a primeira iniciativa de composição de uma proposta hipotética é a entidade adjudicante.

Mesmo admitindo a situação da contratação com composição da proposta, o legislador europeu não abdica da ideia de obter um consentimento individualizado do concorrente: é isso que resulta do artigo 36º, nº 5, da Directiva 2014/24, ao estatuir que mesmo quando, num acordo quadro multiatributivo, se adopta a forma de composição de uma solução pela entidade adjudicante, esta tem de notificar *“os proponentes da data e da hora a que pretendem recolher as informações necessárias para constituir propostas adaptadas aos requisitos do con-*

transparenza e ruolo del software. L’esperienza italiana”, in P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (DIR.), *Compra conjunta y demanda agregada*, cit., pp. 439 ss., sobretudo 449 ss.) será o mais conhecido, mas também em Portugal essa associação pode ser verificada.



trato específico em questão (...)”, podendo os concorrentes recusar a proposta se existir algum erro.

1.3. Numa apreciação geral, o regime das directivas relativo aos catálogos electrónicos apresenta-se, desde logo, com um nível de regulação de grande detalhe. Pode perguntar-se se tal é justificado. Como notou Roger Bickerstaff, a utilização de catálogos electrónicos, embora não prevista nas directivas de 2004, já ocorria, na prática, sem que os Estados Membros e as suas entidades adjudicantes tivessem sentido que existia necessidade de qualquer habilitação da figura nas directivas, mesmo quando estivessem em causa contratos abrangidos pelas mesmas¹⁰. A afirmação é verdadeira também para Portugal, onde desde muito cedo, no âmbito da centralização de compras, se utilizam catálogos electrónicos¹¹, igualmente sem base expressa e sem que tenha havido dúvidas sobre a conformidade desse instrumento com as regras europeias de contratação pública.

O facto de o legislador europeu ter definido os catálogos electrónicos com o nível de detalhe com que o fez levanta algumas questões, desde logo face à prática de países como Portugal, que já tinham avançado com a contratação pública electrónica.

De facto, na prática administrativa portuguesa, quando se fala num

10 R. BICKERSTAFF, “E-procurement under the new EU procurement directives”, p. 141. O autor considera que era suficiente uma norma nas directivas a habilitar a utilização dos catálogos (para evitar dúvidas sobre a sua admissibilidade), acompanhada de uma outra que estabelecesse que o modo da sua utilização teria de observar os princípios da contratação pública.

11 Um dos casos pioneiros, ainda na parte final do século XX, foi o do catálogo contendo produtos de saúde, gerido pelo então Instituto de Gestão Informática e Financieira da Saúde, a partir da figura dos contratos públicos de aprovisionamento.

catálogo electrónico, a referência normalmente abrange a infraestrutura electrónica, autónoma, que é o *resultado da reunião e ligação de diversas propostas apresentadas por concorrentes num anterior procedimento* (normalmente um procedimento através do qual se celebrou um acordo quadro) *para um ou mais bens determinados*¹². Utilizado nesse sentido, o catálogo é uma ligação informática permanente entre os compradores públicos e os agentes económicos, que obedece fielmente à ideia de criar uma *rede* e que, por isso, permite que as interacções subsequentes sejam muito mais fluidas. Este sentido corresponde à realidade, mais complexa e estruturada, dos catálogos *associados a sistemas de compra agregada*, em especial, acordos quadro de centrais de compras: ou seja, à realidade a que se referem os nºs 4 e 6 do artigo 36º da Directiva 2014/24 (e do artigo 54º da Directiva 2014/25). Aqui, na verdade, o catálogo electrónico é uma infra-estrutura electrónica, gerida pela central de compras, que funciona, para todos os efeitos, como um *balcão único electrónico* em matéria de compras.

No entanto, como vimos, esta realidade mais estruturada é apenas uma parte do que, para o legislador europeu, é um catálogo electrónico. A referência europeia ao catálogo como uma *parte da proposta*, podendo ser uma simples *folha de cálculo*, desde que cumpra um formato pré-definido e permita o tratamento informático automatizado, é por isso susceptível de criar uma zona de alguma sobreposição com aquilo que *já hoje em dia é o modo normal de apresentação de propostas em plataforma electrónica em Portugal*. Em muitos casos, os concorrentes já

12 Comprove-se estas afirmações consultando o “Catálogo Nacional de Compras Públicas” da ESPAP e o “Catálogo Electrónico Compras na Saúde” gerido pela SPMS: trata-se, em ambos os casos, do resultado da reunião, num sistema integrado e coordenado, funcionando em modo electrónico, de todos os bens disponíveis para aquisição através dos acordos quadro celebrados por aquelas centrais de compras.



hoje são chamados a apresentar informação cumprindo esses critérios, sem que tal seja considerado como constituindo um catálogo. Seguramente, na parte em que o legislador europeu fala num catálogo electrónico como *parte da proposta*, isso parece não ter grande autonomia face ao que já acontece nos procedimentos que decorrem através de via electrónica (*maxime*, plataforma electrónica) em Portugal.

Assim, para um sistema, como o português, que já conhecia a prática dos catálogos electrónicos, a “mais-valia” do novo regime europeu parece ser relativa, e dir-se-ia que, para os países que já utilizavam aquela ferramenta, o legislador europeu veio *restringir* essa evolução espontânea do mercado, mais do que potenciá-la¹³.

Percorrendo os diferentes *graus de institucionalização* possíveis, em busca de alguma “mais-valia” para o ordenamento português, podemos dizer que quanto ao catálogo como “parte de proposta” (folhas de cálculo, etc., produzidas por cada um dos concorrentes), a novidade parece realmente não existir. Quanto ao catálogo como “forma de apresentação de proposta”, poderá existir alguma medida de novidade, se estivermos perante a presença, na plataforma electrónica de submissão de propostas, de algo que funcione como um formato uniforme, tipo formulário, em que os concorrentes preenchem campos pré-definidos, substituindo esse modo de apresentação a apresentação de ficheiros autónomos pelos concorrentes¹⁴. Por fim, quanto à realidade do catá-

13 No mesmo sentido, R. BICKERSTAFF, “E-procurement under the new EU procurement directives”, pp. 141, 142.

14 Diga-se que já parecem existir condições, no próprio regime das plataformas electrónicas (hoje contido na Lei nº 96/2015, de 17 de agosto), para implementação desta modalidade. Não por força do chamado “formulário principal”, cuja informação é muito restrita, mas sobretudo ao abrigo da norma constante do artigo 66º, nº 2 desse regime. Essa norma, apesar de discreta, já aponta para um modelo no qual os concor-

logo como “infra-estrutura autónoma”, associado às formas de compra agregada, mormente à centralização de compras, a novidade também é relativa¹⁵.

1.4. Consideremos agora de que forma, *constrangido* por estes condicionalismos que o legislador europeu impõe, o anteprojecto se propôs regular a matéria dos catálogos electrónicos.

a) O aspecto mais relevante a sublinhar é a proposta de aditamento ao CCP de uma disposição autónoma sobre o tema. Essa disposição (o artigo 62^o-A) surge, sistematicamente, logo após a disposição geral sobre apresentação de propostas, da qual resulta, como é sabido, a regra geral da submissão de propostas por via de plataforma electrónica (e que o anteprojecto estende a todos os procedimentos, embora com um período transitório alargado).

rentes podem, no limite, não produzir documentos autónomos, limitando-se a carregar a informação relevante. Ora, é precisamente aqui que a tecnologia pode ajudar: se um agente económico tiver a informação relevante sobre os bens que fornece, em formato que seja compatível com a infraestrutura da plataforma, pode, quase sem intervenção sua (ou mesmo, num futuro próximo, sem intervenção, dependendo da evolução da chamada “Internet das coisas” e dos sistemas de inteligência artificial), formular uma proposta. Note-se, porém, que apesar de, neste tipo de solução, a plataforma já se aproximar, claramente, de uma das formas possíveis de catálogos para o legislador europeu, é notório que o legislador da Lei nº 96/2015 não teve consciência disso, pois ao identificar, no seu artigo 1^o, nº 2, as normas que o diploma transpôs para o Direito português, referiu-se apenas aos artigos das Directivas 2014/23, 2014/24 e 2014/25, e respectivos anexos, que tratam das comunicações electrónicas.

¹⁵ De facto, mesmo a situação do artigo 36^o, nº 4, alínea b), da Directiva 2014/24, que é inovadora, já ocorre, no essencial, em alguns acordos quadro, nos quais o conteúdo dos bens incluídos no acordo quadro se pauta pela abertura e pela existência de opções. Sendo assim, a entidade adjudicante, em muitos casos, quando vai utilizar o acordo quadro, já constrói, de algum modo, à sua medida, o que pretende: para dar um exemplo simples, basta um acordo quadro ter duas hipóteses: compra com manutenção, ou compra sem manutenção, para que a entidade adjudicante consiga optar pela solução que lhe interessa.



O nº 1 deste artigo 62º-A, seguindo de perto a Directiva, enquadra a utilização dos CE “como forma de proposta” e como “parte de proposta”. Como se viu, trata-se de duas coisas diferentes e que podem subsumir-se, essencialmente, a dois graus diferentes de integração tecnológica e de fidelidade à ideia de rede.

Em termos normativos, o artigo 62º-A, nº 1, tem duas dimensões. Por um lado, é uma norma habilitante do uso de catálogos electrónicos, como “parte de proposta” ou como “forma de proposta”. Esta distinção confere às entidades adjudicantes autonomia para apenas estabelecer regras que permitam o simples tratamento informático automatizado das propostas, ou para estabelecer formas mais avançadas de integração da informação.

Por outro lado, a norma estabelece uma remissão para portaria. A remissão para portaria significa que o legislador equaciona pelo menos como necessário, ou, pelo menos, conveniente, o estabelecimento de requisitos técnicos para os catálogos, o que há-de explicar-se pelo mesmo tipo de preocupações do legislador europeu, no sentido de que não constituam base para discriminações entre os agentes económicos. Aspecto relevante nesta sede será a articulação com o regime das plataformas electrónicas, já que, como se viu, existe uma potencial área de sobreposição.

Por força do princípio da transparência, a entidade adjudicante, quando solicite a utilização de meios electrónicos deste tipo, teria sempre o dever de dar a conhecer de forma clara quais as especificações técnicas relativas ao seu funcionamento; o nº 2 deste preceito reafirma isso mesmo, neste ponto acompanhando as directivas.

b) A disposição do artigo 62º-A, nº 3 estatui que a EA “*pode recorrer a catálogos electrónicos existentes no mercado, quando se trate de adquirir bens móveis cujo valor estimado possibilite o recurso aos procedimentos de consulta prévia ou AD.*”

Como se verifica, neste ponto o anteprojecto fala de catálogo electrónico em sentido diferente do constante das directivas. Isso desde logo só é possível porque o âmbito de incidência da norma é o dos contratos *não abrangidos pela directiva* (em razão do valor).

O propósito do artigo 62º-A, nº 3, é então o de permitir que, quando seja possível a utilização do ajuste directo ou da consulta prévia, possam ser utilizados catálogos *existentes no mercado*. Com esta última expressão quer-se significar que, ao contrário do que resulta do conceito *européu* de CE, neste âmbito específico os catálogos não têm de ser “*custom-made*”, não têm de ser *específicos para aquele procedimento*. Isto significa que, se o mercado se organizar de modo a estabelecer “*mercados electrónicos*”¹⁶, isto é, locais virtuais onde a procura se encontra com a oferta, esses mercados podem ser objecto de utilização por parte das entidades adjudicantes. Tal utilização pode ocorrer no contexto de um ajuste directo (por exemplo: uma aquisição de bens poderia ser feita inteiramente na loja *online* do vendedor), mas também de uma consulta prévia: hoje o mercado disponibiliza uma série de *plataformas electrónicas de agregação de oferta*, que vão desde o mais simples “*fórum*” de prestadores de serviços *online*¹⁷ até plataformas de agregação de oferta

16 Falamos em mercados electrónicos no sentido de *electronic marketplaces*, que é bastante preciso e que a expressão portuguesa utilizada no texto, em última análise, não capta inteiramente.

17 Os serviços de programação informática, por exemplo, já são frequentemente contratados desta forma.



mais estruturadas, que permitem, com facilidade, a realização de procedimentos rápidos de natureza competitiva entre os agentes económicos presentes nessa plataforma¹⁸.

Na medida em que obedece ao propósito de procurar contribuir para que a rede entre os compradores públicos e o mercado possa ser mais fluida, tornando os processos aquisitivos menos complexos, a norma é de saudar. Isso não significa abstrair dos importantes desafios técnicos e organizacionais que o seu pleno aproveitamento traz às entidades adjudicantes. Com efeito, basta pensar que o funcionamento dos mercados electrónicos se pauta pela rapidez e pelo imediatismo na tomada de diversas decisões, ao passo que a contratação pública, sobretudo pela incidência das regras de autorização de despesa, introduz algumas fases e pausas bem determinadas. Além disso, existe a dificuldade do direito substantivo: os catálogos electrónicos genericamente disponíveis no mercado estão pensados para aplicar o direito comum, que é normalmente o aplicável às relações comerciais (essencialmente, direito civil, direito comercial e direito do consumidor), enquanto um contrato de aquisição de bens que seja outorgado por um *contraente público* fica sujeito ao regime constante da Parte III do Código para esse tipo contratual, sendo duvidoso que as partes possam afastar, no todo ou em parte, esse regime.

Estas considerações não afastam a relevância da solução do artigo 62º-A, nº 3, mas ajudam a delimitar, porventura de modo *restritivo*, o seu potencial de aplicação. De facto, embora a norma tenha a vantagem de dispensar a entidade adjudicante de *constituir, ela própria, um catá-*

18 Este último aspecto permite compreender a razão pela qual esta possibilidade aparece referida não apenas para os casos em que seria possível o ajuste directo, mas também para aqueles em que seria possível a consulta prévia.

logo, pela natureza das coisas a entidade adjudicante só poderá utilizar um catálogo existente desde que este seja sensível às particulares “características jurídicas” da entidade adjudicante (i.e, que esteja preparado, por exemplo, para permitir a aplicação dos artigos 437º e seguintes do CCP, se quem adquire for um contraente público).

Ainda sobre o artigo 62º-A, nº 3, um ponto de eventual evolução diz respeito aos tipos contratuais abrangidos: no anteprojecto, são apenas os contratos de aquisição de bens móveis; parece-nos que não existem razões para não estender a solução aos contratos de *locação* de bens móveis e aos de *aquisição de serviços*, já que são equacionáveis múltiplos casos de contratos de serviços de reduzido valor e complexidade.

c) Além da referida disposição geral do artigo 62º-A, os catálogos electrónicos são ainda referidos a propósito de alguns institutos específicos, observando a mesma ideia que, como se viu, norteia as directivas e que consiste em conceber os CE como especialmente adaptados a certo tipo de modos de contratação pública: os que podem ser globalmente referidos como mecanismos de compra agregada ou repetitiva.

Assim, o artigo 39º, nº 1, alínea d), estabelece que é possível a aquisição conjunta através de catálogos electrónicos por parte de agrupamentos de entidades adjudicantes; o artigo 242º afirma a possibilidade de combinação da ferramenta do CE com a ferramenta do leilão electrónico, no âmbito de sistemas de aquisição dinâmicos; o artigo 257º, nº 4, prevê a utilização de catálogos electrónicos no contexto dos procedimentos de celebração de contratos ao abrigo de acordo quadro¹⁹;

¹⁹ Faríamos duas sugestões de alteração na matéria: a forma como o preceito está redigido pode permitir suscitar a dúvida sobre se também será possível haver ca-



e, por fim, o artigo 261º, nº 1, alínea e), deixa claro que as centrais de compras podem instituir catálogos eletrónicos para utilização por parte das entidades adjudicantes.

Nestes casos, como se vê, o anteprojecto refere-se aos catálogos electrónicos como *infra-estrutura autónoma*, que assenta, como se disse acima, na criação de uma ligação electrónica de carácter duradouro entre os adquirentes públicos e os agentes económicos.

2. Sistemas de aquisição dinâmicos

2.1. Em Portugal e em diversos outros Estados Membros, o problema com os sistemas de aquisição dinâmicos (SAD) é simples: salvo raras e honrosas excepções, não são utilizados. Para as aquisições repetidas, as entidades adjudicantes manifestam clara preferência pela figura, próxima, do acordo quadro.

Por esta altura, porém, é de todos conhecido o relevante efeito que isso tem e que se prende com a principal diferença de regime entre SAD e acordos quadro. Estes funcionam num “sistema fechado”: uma vez celebrado, não há entrada de novos fornecedores durante todo o período de duração do acordo quadro²⁰. Já nos SAD, está garantida a entrada de

tálogo quando o acordo quadro seja monoatributivo. A nosso ver, é o caso, mas a redacção deixa dúvidas. Além disso, provavelmente o regime previsto nesta sede deveria ganhar maior detalhe, face ao disposto no artigo 36º, nº 5, da Directiva 2014/24 e 54º, nº 5, da Directiva 2014/25: são concretizações do princípio da transparência, mas talvez não sejam imediatas para os aplicadores.

20 Fariamos duas sugestões de alteração na matéria: a forma como o preceito está redigido pode permitir suscitar a dúvida sobre se também será possível haver catálogo quando o acordo quadro seja monoatributivo. A nosso ver, é o caso, mas a redacção deixa dúvidas. Além disso, provavelmente o regime previsto nesta sede deveria ganhar

novos fornecedores a todo o tempo. Os acordos quadro, quando associados à centralização de compras, criam assim, durante o período da sua vigência, uma espécie de mercado (fortemente) contingentado; já no caso dos SAD, o acesso é aberto.

Reconhecendo que os SAD são pouco utilizados²¹ e que haveria vantagem em difundi-los, designadamente por contraponto com os acordos quadro, as directivas propuseram-se valorizar a figura, introduzindo algumas alterações ao regime, que já tivemos oportunidade de abordar noutra local²² e das quais a mais relevante será a desnecessidade de os agentes económicos participantes apresentarem propostas indicativas aquando do registo no sistema, e a menos conseguida a regra segundo a qual o procedimento a utilizar para a instituição do SAD será o concurso limitado, por oposição ao concurso público.

Concentremo-nos, então, na apresentação e análise das principais alterações introduzidas ao regime dos SAD no anteprojecto de revisão do CCP, sabendo que, além dessas alterações directamente incidentes sobre o regime daquela figura, a maior utilização dos SAD também é promovida pelo anteprojecto de forma *indirecta*: esse é, desde logo, um dos propósitos do preceito contido no artigo 256º-A, que o anteprojecto propõe aditar²³.

maior detalhe, face ao disposto no artigo 36º, nº 5, da Directiva 2014/24 e 54º, nº 5, da Directiva 2014/25: são concretizações do princípio da transparência, mas talvez não sejam imediatas para os aplicadores.

21 R. BICKERSTAFF, “E-procurement under the new EU procurement directives”, p. 142.

22 M. A. RAIMUNDO, “Primeira análise das novas directivas (Parte II)”, pp. 159-160.

23 Com efeito, ao estabelecer nesse preceito que, em acordo quadro no âmbito de sistemas de compra centralizada vinculada, a entidade adjudicante pode excepcionar



2.2. Diremos, a começar, que a questão do âmbito de incidência da figura é provavelmente a mais controvertida. Na versão do anteprojecto, dispõe-se que *“A entidade adjudicante pode celebrar contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente, cujas especificações técnicas se encontram totalmente estandardizadas e que geralmente se encontram disponíveis no mercado, através de sistemas de aquisição dinâmicos.”*

a) A primeira questão a levantar diz respeito aos *tipos contratuais* abrangidos. A redacção proposta mantém o sistema apenas para aquisição ou locação de bens, e aquisição de serviços, excluindo, assim, as *empreitadas*, tal como sucede desde a versão originária do Código.

Talvez haja razões para repensar a solução. A solução dos SAD pode adaptar-se aos casos em que interesse às entidades adjudicantes ter um conjunto pré-seleccionado de fornecedores para pequenas obras, de reparação ou reabilitação, de baixa complexidade e muitas vezes baixo valor. A prática demonstra mesmo que, mesmo utilizando mecanismos contratuais tradicionais, já se chega a resultados equivalentes²⁴.

Seria, pois, positivo, a nosso ver, que se previsse a utilização dos SAD também para pequenas empreitadas de complexidade baixa. As directivas não o vedam: embora, de facto, o artigo 34º, nº 1, da Directiva 2014/24, ao delimitar o âmbito da figura, a refira apenas como sendo

essa vinculação desde que obtenha preço mais baixo “fora” do acordo quadro do que nele, o anteprojecto está a procurar criar, no acordo quadro (em contexto de centralização), uma pressão concorrencial semelhante à que existe, por natureza, no SAD. Um dos efeitos colaterais disso pode ser (e seria bom que assim fosse) que as entidades adjudicantes sejam conduzidas a uma maior utilização do SAD.

24 Designadamente com as figuras que na prática têm sido designadas como “empreitadas continuadas”.

[Voltar ao índice](#)

para “*compra de bens ou serviços de uso corrente geralmente disponíveis no mercado e cujas características satisfaçam as exigências das autoridades adjudicantes*”, introduzindo alguma ambiguidade, constata-se que o artigo 34º, nº 4, alínea c), se refere à “*divisão em categorias de produtos, obras ou serviços e as características que as definem*”. Novas referências a obras se encontram no artigo 34º, nº 6 e no artigo 37º, nº 1, a propósito da centralização de compras. A consideração de outras versões linguísticas da Directiva confirma a ideia de que as obras são susceptíveis de integrar o âmbito da figura.

O legislador nacional deveria aproveitar esta possibilidade, não se justificando, a nosso ver, receios de que os SAD sejam desadequados à contratação de empreitadas. Como se disse, desde que o *tipo* de empreitada seja definido de acordo com requisitos que atendam à lógica que preside aos SAD (contratos para objectos que não apresentam grau significativo de diferenciação, em que as obrigações de projecto são muito reduzidas ou nulas), esses receios não têm razão de ser.

b) Ainda em termos de âmbito de aplicação da figura, a redacção do anteprojecto apresenta ainda um aspecto que, provindo da redacção originária do CCP, importaria, a nosso ver, corrigir: falamos da identificação que se faz entre bens ou serviços de uso corrente e bens e serviços cujas especificações técnicas se encontram totalmente estandardizadas. Esta identificação resulta, no Código em vigor, da articulação entre os dois números do artigo 237º, e no anteprojecto mantém-se, agora no nº 1.

Em nosso entender, não é correcto definir bens de uso corrente como bens cujas especificações técnicas se encontram totalmente es-



tandardizadas, como faz o Código na redacção ainda em vigor. Semelhante identificação não existia nas directivas de 2004 e continua a não existir nas de 2014. No fundo aquela identificação expressa a tendência da versão originária do CCP para querer regular tudo com pormenor, incorrendo, a esse respeito, em alguns excessos bem conhecidos, de que este é um dos exemplos. Repare-se também que o uso corrente é uma categoria que apela a uma qualidade relacionada com o *tipo de utilização*, enquanto a estandardização é uma qualidade *ontológica* do bem. Pode haver bens totalmente estandardizados mas que não são de uso corrente (por exemplo: peças para naves espaciais), e bens que não são totalmente estandardizados mas são de uso corrente (por exemplo: maçãs).

A referência à estandardização procura traduzir, claro, uma ideia importante (que figura no artigo 34º, nº 1, da Directiva e importa transpor): a de que os SAD só podem ser utilizados para adquirir prestações cujas características, tal como geralmente disponíveis no mercado, satisfazem as necessidades das entidades adjudicantes²⁵. Porém, essa referência quer apenas abranger os bens “off-the-shelf”, aqueles que não carecem de *adaptação* específica às necessidades das entidades adjudicantes (por exemplo: canetas, gasóleo, tijolos). Contudo, parece claro que um bem, nos termos em que *genericamente* se encontra no mercado, pode satisfazer as necessidades de uma entidade adjudicante, sem que as suas “*especificações técnicas se encontrem totalmente estandardizadas*”.

25 Como diz a versão inglesa das Directivas, de forma mais precisa do que a versão portuguesa.

Deste modo, propõe-se a seguinte redacção para o preceito do artigo 237º, nº 1: *A entidade adjudicante pode celebrar contratos de empreitada de obras públicas de complexidade técnica reduzida²⁶, bem como de locação ou de aquisição de bens móveis, ou de aquisição de serviços, de uso corrente, cujas características e modos de execução genericamente disponíveis no mercado satisfaçam as suas necessidades, através de sistemas de aquisição dinâmicos.*

2.3. Como resulta das directivas, o procedimento de base que leva à instituição do SAD passa a ser o concurso limitado, opção transposta no artigo 237º, nº 3, do anteprojecto.

Assim, o sistema funciona agora como pura “pré-qualificação”, que fica “imobilizada” no momento da qualificação, ficando os agentes económicos na expectativa de futuras iniciativas de contratar ao abrigo do SAD, e sem que tenham o encargo de, aquando da adesão ao SAD, preparar e apresentar proposta indicativa. Não obstante, como é evidente, pela natureza das coisas, o anúncio do procedimento de instituição do SAD tem de dizer a matéria geral sobre que irão versar os contratos a celebrar ao seu abrigo.

Continuam a ser possíveis dois momentos de entrada de fornecedores: no momento da instituição do sistema e posteriormente, a qualquer altura (artigo 239º/2 do anteprojecto). Como se viu, este é um dos

26 A este propósito, deve notar-se que o Código já utiliza o conceito de empreitadas de baixa complexidade (a propósito da dispensa de forma escrita do contrato, artigo 95º, nº 1, alínea d), do CCP), pelo que o mesmo não seria novidade. Porém, caso se entenda que é inconveniente a presença, neste contexto, de um conceito indeterminado, poderia pensar-se em fixar um valor máximo para os contratos de empreitada que poderiam ser aqui incluídos, porventura por referência às categorias e subcategorias de obras e trabalhos previstas no regime da actividade de construção.



sistemas que poderá introduzir uma concorrência mais efectiva do que a resultante dos acordos quadro. A propósito, deve sublinhar-se que, se existisse, por parte das centrais de compras, no Código actual, alguma dúvida de que essas entidades têm a faculdade de instituir SAD que depois podem ser utilizados pelas entidades adjudicantes, tais dúvidas ficam definitivamente ultrapassadas com a nova redacção introduzida ao artigo 261º, nº 1, alínea d), e o mesmo se diga para os agrupamentos de entidades adjudicantes, por força do artigo 39º, nº 1, alínea c), do anteprojecto.

2.4. O anteprojecto mantém a opção dos quatro anos de duração máxima, salvo casos excepcionais, para os SAD, muito embora a directiva tenha eliminado esse prazo.

Como já tivemos oportunidade de defender noutro local²⁷, a opção poderia ser diferente, já que no SAD não existem os riscos de imobilização de mercado que existem nos acordos quadro. Nestes, não só o prazo máximo se justifica, como é essencial para garantir a concorrência; o mesmo não se pode dizer quanto aos SAD.

²⁷ M. A. RAIMUNDO, "Primeira análise das novas directivas (Parte II)", pp. 159-160.

Agrupamentos de entidades adjudicantes, centrais de compras, acordos-quadro¹

CLÁUDIA MONGE

Sumário:

I. Introdução: Pontos em comum e objetivos; II. Agrupamento de entidades adjudicantes; III. Centrais de compras; IV. Acordos-quadro; V. Conclusões

A presente análise reflete a apresentação subordinada ao tema **Agrupamentos de entidades adjudicantes, Centrais de compras, Acordos-quadro** no passado dia 15 de setembro de 2016 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em conferência dedicada ao «**Debate Público sobre o anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos**», sob a coordenação científica da Senhora Professora Doutora Maria João Estorninho e Senhora Professora Doutora Ana Gouveia Martins, a quem agradecemos o honroso convite.

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogada.



I. Introdução: Pontos em comum e objetivos

Como nota preliminar, cumpre salientar que todos estes mecanismos - agrupamento de entidades adjudicantes, centrais de compras, acordos-quadro - a par dos sistemas de aquisição dinâmicos e dos catálogos eletrónicos, constituem instrumentos de maior celeridade e eficácia na prossecução do interesse público e de maior eficiência na gestão da despesa pública. Na expressão da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE², estes mecanismos são «técnicas e instrumentos para a contratação pública eletrónica e agregada»³.

Em linha com o Considerando (2) da Diretiva 2014/24/UE, importa notar que «A contratação pública desempenha um papel fundamental na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada «Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo» («Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo») e que um dos objetivos da nova Diretiva foi precisamente o de «aumentar a eficiência da despesa pública» e de «permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns».

Atentos os trabalhos de transposição das novas diretivas de contratação pública, será sumariamente analisado o anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos (de ora em diante, também CCP) nas matérias identificadas: *Agrupamentos de entidades adjudicantes, Centrais de compras, Acordos-quadro*.

2 Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 94/65, de 28.3.2014.

3 Cf. Capítulo II da Diretiva 2014/24/UE, artigos 33.º a 39.º.

II. Agrupamentos de entidades adjudicantes

1. O artigo 38.º da Diretiva 2014/24/UE prevê *iniciativas conjuntas de aquisição ocasionais*.

O atual CCP regula já o agrupamento de entidades adjudicantes, no seu artigo 39.º, como um instrumento de agregação em face de necessidades comuns ou interesses a satisfazer, com vista à formação de um contrato cuja execução seja do interesse de todas as entidades ou de um acordo quadro de que todas possam beneficiar (alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 39.º do CCP na sua redação atual).

No anteprojeto é aditada a previsão de que haja lugar a agrupamento de entidades adjudicantes com vista à **«gestão conjunta de sistemas de aquisição dinâmicos»** e à **«aquisição conjunta utilizando catálogos eletrónicos»** (cf. alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 39.º de acordo com o anteprojeto; negritos nossos).

O aditamento destas duas alíneas ao n.º 1 não tem, porém, reflexos nas restantes disposições do artigo 39.º, entendendo-se que deveria ter, designadamente para efeitos da tomada das decisões nos termos do n.º 3 do artigo 39.º, o que é relevante *v.g.* atento o regime constante do aditado n.º 6 de acordo com o anteprojeto, em matéria de responsabilidade solidária.

2. Além do aditamento das alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 39.º para prever o agrupamento de entidades adjudicantes com vista à «gestão conjunta de sistemas de aquisição dinâmicos» e à «aquisição conjunta utilizando catálogos eletrónicos», o anteprojeto apresenta ainda alteração na redação da alínea a) do n.º 1, nos seguintes termos: Onde se lê no CCP «com vista à formação de a) **Um contrato** cuja execução



seja do interesse de todas», passa a ler-se, acordo com o anteprojecto, «com vista à: a) Formação **de contratos** cuja execução seja do interesse de todos» (negritos nossos).

Esta alteração, que podia aparentemente ser tida como de pormenor, parece responder a um problema doutrinariamente controvertido: o de saber se pode o agrupamento de entidades adjudicantes celebrar apenas *um* contrato que satisfaça todos os “agrupados” ou se é admissível a celebração de tantos contratos como o número de “agrupados”, o que pode permitir «uma gestão autónoma do contrato (ou seja, da respectiva necessidade pública) por parte de cada uma das entidades adjudicantes e de furtar também cada uma delas às consequências do incumprimento do contrato por parte de outra», como refere MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA⁴.

A dúvida tem sido assim colocada precisamente em face da redacção da alínea a) do n.º 1 do artigo 39.º do CCP, que refere apenas “um contrato”⁵. Se era já possível afirmar que todavia não parecia ter tido o legislador o propósito de restringir a possibilidade de os agrupamentos de entidades adjudicantes apenas celebrarem um contrato, pelo que «poderia admitir-se assim o recurso a esta figura mesmo quando o

4 Cf. Mário Esteves de Oliveira, *Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública*, in *Estudos de Contratação Pública - II*, Coimbra, 2010, página 106; cf. ainda Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra, 2011, páginas 393 e 394.

5 Nas palavras de Mário Esteves de Oliveira a referida alternativa, de cada parceiro celebrar um contrato respeitante à sua parcela, «não tem cobertura legal expressa», dado que «a alínea a) do art. 39.º/1 do Código apenas se refere à hipótese de celebração de um único contrato (cuja execução seja do interesse de todas as entidades agrupadas» (cf. *Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública*, *ob. cit.*, páginas 106 e 107).

procedimento unitário de adjudicação desembocar na celebração de contratos por cada uma das entidades adjudicantes, respeitantes à sua parcela no interesse comum que levou à unificação do procedimento»⁶, a questão ficaria sanada com a alteração de redação da alínea a) do n.º 1 do artigo 39.º do CCP constante do anteprojeto de revisão.

3. É mantida a redação do n.º 2 do artigo 39.º do CCP, quanto à designação do representante do agrupamento de entidades adjudicantes. Mantém-se, assim, a solução legal de que os agrupamentos de entidades adjudicantes «não pressupõem qualquer tipo de associação jurídica entre as entidades adjudicantes que os integram, seja durante ou após o termo do procedimento»⁷.

Esta solução revela-se a adequada face à redação do artigo 38.º da Diretiva 2014/24/UE quando disciplina as «Iniciativas conjuntas de aquisição **ocasionais**» (negrito nosso).

O requisito essencial é o da aferição prévia de um interesse comum às várias entidades, correspondendo o agrupamento a uma correta satisfação do interesse público em presença, aferição essa que deve ficar expressa na decisão de contratar tomada conjuntamente a que se refere o n.º 3 do artigo 39.º.

4. A redação apresentada no anteprojeto para o n.º 3 do artigo 39.º do anteprojeto procede a uma articulação com o novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) e prevê que as decisões conjuntas

6 Cf. Mário Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, página 107.

7 Como referem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra, 2011, página 395.



das entidades adjudicantes sejam tomadas «eventualmente através de conferência procedimental, nos termos gerais».

Deve, assim, ser considerado o regime das conferências procedimentais, novidade introduzida pelo CPA aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. A modalidade de conferência procedimental que se nos afigura mais adequada para efeitos do artigo 39.º do CCP é a de exercício de competências em comum ou «conferência deliberativa» nos termos do artigo 77.º do CPA (cf. n.º 3 alínea a)), como «destinada ao exercício conjunto das competências decisórias dos órgãos participantes através de um único ato de conteúdo complexo, que substitui a prática, por cada um deles, de atos administrativos autónomos»), embora não seja de excluir que a deliberação possa ser tomada através de «Conferência de coordenação».

5. Para além do referido, o n.º 3 do artigo 39.º no anteprojeto de revisão sofre outra alteração de pormenor: a inclusão no elenco dos “atos comuns” das decisões de aprovação das peças do procedimento e de designação do júri.

6. O n.º 4 do artigo 39.º, nos termos previstos no anteprojeto, apenas sofre alteração, nos termos do anteprojeto, para incluir a alusão ao procedimento por consulta prévia, ao qual é conferida «novamente autonomia» na expressão utilizada no preâmbulo do anteprojeto.

7. A redação do n.º 5 do artigo 39.º e a importante regra nela consagrada (na adequada proteção do princípio da concorrência), quanto à escolha do tipo de procedimento, de que apenas pode ser adotado um procedimento em razão de um dos critérios materiais

quando tal critério se verifique relativamente a todas as entidades que constituem o agrupamento, são mantidas.

8. À luz da atual redação do artigo 39.º do CCP era igualmente debatido o regime de responsabilidade pelas prestações assumidas no contrato celebrado pelo agrupamento de entidades adjudicantes, se responsabilidade conjunta ou responsabilidade solidária.

Para fazer face a essa questão, era possível recomendar que, nas peças do procedimento do contrato visado, no caderno de encargos, fosse estabelecido: a) «em primeiro lugar, como se distribuem por cada uma das entidades adjudicantes as várias parcelas da prestação a realizar pelo adjudicatário»; b) «em segundo lugar, menções não só à medida da responsabilidade de cada uma [das entidades adjudicantes] pela contraprestação devida, mas também se se trata de uma responsabilidade conjunta ou solidária»; c) e, «finalmente, aos eventuais reflexos no agrupamento do incumprimento do contrato por parte de um seu membro»⁸.

9. Sobre a matéria do agrupamento de entidades adjudicantes, importa ainda atender à redação do artigo 38.º da Diretiva 2014/24/UE, que, por simplicidade de análise, se transcreve: ***1. Duas ou mais autoridades adjudicantes podem acordar em executar conjuntamente determinadas aquisições. 2. Quando um procedimento de contratação é efetuado na totalidade conjuntamente em nome e por conta de todas as autoridades adjudicantes em causa, estas ficam solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações que lhes incumbem***

8 Cf. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Concursos e outros ..., ob. cit., página 398.



por força da presente diretiva. Tal aplica-se também nos casos em que uma autoridade adjudicante gere o procedimento, agindo em seu próprio nome e em nome das outras autoridades adjudicantes em causa. Quando um procedimento de contratação não é efetuado na totalidade conjuntamente em nome e por conta das autoridades adjudicantes em causa, estas ficam solidariamente responsáveis apenas pelas partes efetuadas em conjunto. Cada autoridade adjudicante é integralmente responsável pelo cumprimento das obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva no que respeita às partes que efetua em seu nome e por sua conta (negritos nossos).

O n.º 6 do artigo 39.º do anteprojeto é, assim, aditado para refletir a solução vertida no n.º 2 do artigo 38.º da Diretiva 2014/24/UE (6 - As entidades adjudicantes membro do agrupamento só são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações por si assumidas quando tais obrigações o sejam na sua totalidade pelo conjunto dos seus membros), em termos que se revelam, pois, conformes com o texto da Diretiva 2014/24/UE.

10. A Diretiva 2014/24/UE regulou ainda, no seu artigo 39.º, dos «contratos que envolvem **autoridades adjudicantes de vários Estados-Membros**», sendo esta uma novidade importante, pois, até então, qualquer cooperação administrativa interestadual exigia a manifestação clássica da vontade soberana dos Estados envolvidos através de acordo internacional, nos termos do artigo 197.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Esta novidade revela-se essencial para Estados-Membros de pouca densidade populacional como Portugal, pois pode assim o nosso país beneficiar na satisfação de necessidades públicas de aquisições e preços mais facilmente prestados por determinados operadores económicos em razão de um certo volume de bens a fornecer.

A transposição desse regime é visada com os n.ºs 7 a 9 do artigo 39.º do anteprojeto de revisão do CCP e no n.ºs 4 e 5 do artigo 260.º do mesmo (estes últimos em matéria de centrais de compra e com vista à transposição do disposto no segundo parágrafo do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 39.º da Diretiva 2014/24/UE).

11. Em sede de análise dos n.ºs 7 a 9 do artigo 39.º do anteprojeto de revisão do CCP, importa, em termos prévios, apontar como sendo porventura adequada a previsão das afirmações genéricas, nos termos estabelecidos no artigo 39.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, de admissibilidade de autoridades adjudicantes de vários Estados-Membros poderem adjudicar conjuntamente os seus contratos públicos e de proibição de recorrer a tais meios com vista a evitar a aplicação de disposições de direito público obrigatórias em conformidade com o direito da União às quais estejam sujeitas no respetivo Estado-Membro, e que não têm integral reflexo nos n.ºs 7 a 9 do artigo 39.º em conjugação com o n.ºs 4 e 5 do artigo 260.º do anteprojeto de revisão.

12. O n.º 7 do artigo 39.º do anteprojeto de revisão do CCP, ao regular o conteúdo mínimo essencial do acordo prévio das entidades adjudicantes de diferentes Estados-Membros da União Europeia, dá cumprimento ao disposto no n.º 4 parte final do artigo 39.º da Diretiva n.º 2014/24/UE.

13. Sem prejuízo da apreciação do n.º 8 do artigo 39.º do anteprojeto, refira-se que a expressão «*também*» aposta no n.º 7 do artigo 39.º do anteprojeto de revisão gera dúvidas, dado que deve ser admitido que o agrupamento seja feito entre apenas uma entidade adjudicante nacional e entidades adjudicantes de outros Estados-Membros.



14. Entende-se ainda por adequado que fosse expressamente afirmado que esse agrupamento com entidades adjudicantes de Estados-Membros diferentes pode visar a adjudicação de um contrato público, a celebração de um acordo-quadro, a gestão de um sistema de aquisição dinâmico.

15. O artigo 39.º da Diretiva n.º 2014/24/UE admite, nos referidos termos genéricos previstos no seu n.º 1, o agrupamento de entidades adjudicantes para adjudicação de um contrato público, a celebração de um acordo-quadro, a gestão de um sistema de aquisição dinâmico sem que exija a constituição formal de *uma entidade jurídica comum*, o que os n.ºs 7 e 8 do artigo 39.º do anteprojeto numa análise conjugada parecem admitir, o que se entende dever ser revisto em sede do n.º 7, estabelecendo-se apenas, nos termos do n.º 8, a constituição de uma entidade jurídica comum para os casos em que a gestão conjunta é de caráter regular.

16. Estabelece o n.º 9 do artigo 39.º do anteprojeto de revisão do CCP que: *Para efeitos do disposto nos números anteriores, as entidades adjudicantes participantes devem definir, através de decisão do órgão competente da entidade jurídica comum, a legislação nacional aplicável em matéria de contratos públicos de entre: a) Legislação do Estado onde a entidade jurídica comum tem a sua sede social; b) Legislação do Estado onde a entidade jurídica comum desenvolve suas atividades.* Assim se entende para cumprimento do n.º 5 do artigo 39.º da Diretiva n.º 2014/24/UE. No entanto, entende-se que em vez de «efeitos do disposto nos números anteriores» deveria dizer-se «efeitos do disposto no n.º 8» dado que o n.º 7 não parece exigir a constituição de uma entidade jurídica comum, bastando um agrupamento de entidade adjudicantes,

a designação de um seu representante, assim consideramos, e a celebração do acordo nos termos do n.º 4 do artigo 39.º da Diretiva 2014/24/UE.

17. Cabe ainda apontar a necessidade de definição sobre se o acordo produzirá efeitos por um período indeterminado ou se é limitado a um período específico, a determinados tipos de contratos ou à adjudicação de um ou mais contratos específicos, em conformidade com a parte final do n.º 5 do artigo 39.º da Diretiva n.º 2014/24/UE.

III. Centrais de compras

1. Cumpre, em traços gerais, estabelecer o confronto do atual CCP com as soluções do anteprojeto de revisão. Assim, enuncia-se genericamente que são mantidos os n.ºs 1 a 3 do artigo 260.º do CCP e que é apresentado pelo anteprojeto o aditamento dos n.ºs 4 e 5 ao mesmo.

2. Estabelecem os n.ºs 4 e 5 do artigo 260.º apresentados pelo anteprojeto que: *4 - As entidades adjudicantes nacionais podem recorrer a atividades de compras centralizadas oferecidas por centrais de compras situadas noutros Estados da União Europeia sempre que estas ofereçam condições mais vantajosas do que as oferecidas pelas centrais de compras previstas no n.º 1. 5 - Os contratos celebrados pelas centrais de compras situadas noutros Estados da União Europeia regem-se pelas disposições nacionais do respetivo Estado.*

3. Ora, veja-se que, ao invés da solução estabelecida no n.º 9 do artigo 39.º no anteprojeto, que permite às entidades adjudicantes



participantes em agrupamento com entidades adjudicantes de outros Estados-Membros determinar qual a legislação aplicável, o n.º 5 do artigo 260.º dita desde logo que a legislação aplicável é a do Estado-Membro da central de compras ao abrigo da qual a entidade adjudicante de outro Estado-Membro recorre.

O n.º 5 do artigo 260.º resolve, assim, *per se*, uma questão de aplicação da lei no espaço ao determinar que serão aplicáveis as regras vigentes no Estado-Membro da central de compras ao abrigo da qual a entidade adjudicante de outro Estado-Membro recorre.

A ser mantida a redação destes dois números, n.ºs 4 e 5, a sua aplicação conjugada faz propor uma interpretação restritiva dado que não parecer admissível que um Estado-Membro possa recorrer a uma aquisição ao abrigo da central de compras de outro Estado-Membro se tal permitir ao primeiro com isso não observar regras legais vigentes no seu Estado quanto a especificações técnicas ou requisitos dos bens ou serviços a adquirir.

Assim, propõe-se que seja aposta ressalva no n.º 4 que determine que a entidade adjudicante nacional apenas possa recorrer a atividades de compras centralizadas oferecidas por centrais de compras situadas noutros Estados da União Europeia se de tal recurso não resultar subtração às regras nacionais vigentes e conformes com o Direito da União Europeia.

Desta forma, apresenta-se a seguinte proposta de alteração para o n.º 4 do artigo 260.º; assinala-se a negrito a proposta de alteração: **4 -As entidades adjudicantes nacionais podem recorrer a atividades de compras centralizadas oferecidas por centrais de compras situadas noutros Estados da União Europeia sempre que estas ofereçam condições**

mais vantajosas do que as oferecidas pelas centrais de compras previstas no n.º 1 e desde que de tal recurso não possa resultar subtração à aplicação de regras vigentes no seu Estado e conformes com o Direito da União Europeia.

4. Ao artigo 261.º (*Principais atividades das centrais de compras*) são aditadas pelo anteprojeto duas atividades, com muita pertinência e já reclamadas na promoção da concorrência e da adequada prossecução do interesse público, duas alíneas que expressamente admitem (o que entendíamos já admissível) como atividades das centrais de compras as de: *d) Instituir sistemas de aquisição dinâmicos para utilização por parte das entidades adjudicantes pelos mesmos abrangidos; e) Instituir catálogos eletrónicos para utilização por parte das entidades adjudicantes.*

A alteração assim proposta ao artigo 261.º dá expressão ao reforço das atividades das centrais de compras preconizado pela Diretiva 2014/24/UE: *as centrais de compras deverão ser capazes de funcionar como grossistas para a compra, armazenagem e revenda ou, como intermediários para a adjudicação de contratos, a gestão de sistemas de aquisição dinâmicos ou a celebração de acordos-quadro a serem utilizados pelas autoridades adjudicantes* (cf. Considerando 69), 2º e artigo 37.º). E está igualmente harmonizada com o estabelecido no n.º 3 do artigo 37.º da Diretiva, em articulação com o artigo 22.º, quando dita que «Todos os procedimentos de contratação realizados por uma central de compras devem ser executados através de meios eletrónicos de comunicação, em conformidade com os requisitos previstos no artigo 22.º», e com o artigo 36.º, n.º 1, que prevê que «Quando é exigida a utilização de meios eletrónicos de comunicação, as autoridades adjudicantes podem exigir que as propostas sejam apresentadas sob a forma de um catálogo eletrónico ou incluam um catálogo eletrónico».



4. São as seguintes as alterações em confronto, quanto ao artigo 252.º, entre a atual redação do CCP e o anteprojeto de revisão:

Solução atual CCP artigo 252.º	Anteprojeto revisão CCP artigo 252.º
<p>1 - As entidades adjudicantes só podem celebrar acordos-quadro:</p> <p>a) Com uma única entidade, quando neles estejam suficientemente especificados todos os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo que sejam submetidos à concorrência pelo caderno de encargos;</p> <p>b) Com várias entidades, quando neles não estejam totalmente contemplados ou não estejam suficientemente especificados os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo que sejam submetidos à concorrência pelo caderno de encargos</p>	<p>1 - As entidades adjudicantes só podem celebrar acordos-quadro:</p> <p>a) Com uma <u>ou várias entidades</u>, quando neles estejam suficientemente especificados todos os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo;</p> <p>b) Com várias entidades, quando neles não estejam totalmente contemplados ou não estejam suficientemente especificados os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo.</p>

5. Assim, quanto às modalidades de acordos-quadro, é o seguinte o sentido da revisão: aumentar o leque opções às entidades adjudicantes e conformação com o regime da Diretiva 214/24/UE.

Da tipologia dos acordos-quadro prevista no artigo 33.º da Diretiva: (i) acordo-quadro com um só operador económico com todos os termos regulados; (ii) acordo-quadro com um só operador económico sem regulação de todos os termos; (iii) acordo-quadro com mais de um operador económico com todos os termos regulados; (iv) acordo-quadro com mais de um operador económico sem regulação de todos os termos. Destaca-se que a atual redação do CCP só admite as hipóteses (i) e (iv) e de acordo com o anteprojeto passa a admitir também a hipótese (iii). Continua, pois, a não admitir (quando a Diretiva 2014/24/UE - e a anterior - o admite) a modalidade do acordo-quadro com um único operador económico sem fixação de todos os termos dos futuros

contratos a celebrar. Passa a admitir-se que possa ser sempre com mais do que uma entidade.

6. Ainda quanto às modalidades de acordo-quadro, o critério de destrição das duas modalidades deixa de ser estabelecido por referência especificação de todos os aspetos «da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo que sejam **submetidos à concorrência**» para passar a referir-se a todos os aspetos «da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo». No entanto, as epígrafes dos artigos 258.º e 259.º que respetivamente se conjugam com as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 252.º não sofrem alteração, continuando, pois, a referir-se a aspetos submetidos à concorrência, como assim se transcreve: *Artigo 258.º Celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro **cujos termos abrangam todos os seus aspectos submetidos à concorrência.** Artigo 259.º Celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro **cujos termos não abrangam todos os seus aspectos submetidos à concorrência.***

Questiona-se, assim, se deve ser visada, com alteração dos artigos 258.º e 259.º, a uniformização da terminologia.

7. Em especial a conjugação das alterações apresentadas ao n.º 1 do artigo 258.º com a alteração da alínea a) do n.º 1 do artigo 251.º suscitam dúvidas quanto à sua aplicação prática. Poder-se-ia perguntar se o acordo-quadro é celebrado com várias entidades e estão suficientemente especificados todos os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo como é escolhido o ente a contratar ao abrigo do acordo-quadro mediante um procedimento de consulta prévia entre as várias entidades com as quais se firmou contrato de acordo-quadro?



Sem prejuízo do disposto no artigo 27.º-A visado pelo anteprojeto, e sem prejuízo do disposto no artigo 25.º, n.º 1, alínea c) (preceito este para o qual se apresenta infra proposta de alteração), e sem prejuízo ainda do previsto no n.º 3 do artigo 252.º na redação do anteprojeto do qual consideramos que já assim resulta, entende-se que deve ser clarificado que, se no acordo-quadro celebrado de acordo com a modalidade prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º o mesmo tiver sido celebrado com mais de uma entidade (e ainda que com menos de três), o procedimento admissível é o de consulta prévia.

Nesse sentido, apresenta-se a seguinte proposta de aditamento como n.º 2 do artigo 258.º: *Para a formação de contratos a celebrar ao abrigo de acordos-quadro na modalidade prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º celebrado com mais de uma entidade deve ser adotado procedimento por consulta prévia.*

Entende-se que, se todos os aspetos estão regulados no acordo-quadro celebrado com várias entidades adjudicantes, se o n.º 3 dita que o conteúdo dos contratos a celebrar ao abrigo do acordo-quadro tem de corresponder às condições contratuais neste estabelecida e o n.º 4 que apenas posso solicitar aos cocontratantes que «pormenorizem aspetos», deve ser, não obstante o n.º 3 do artigos 252.º apresentado no anteprojeto dispor que 3 - *O caderno de encargos do acordo-quadro com várias entidades deve indicar as regras para os procedimentos a realizar ao abrigo do mesmo, incluindo os critérios objetivos para a seleção do ou dos cocontratantes a convidar por consulta prévia*, neste âmbito clarificado, como escolher, através de um procedimento por consulta prévia e com respeito pelas regras de concorrência, uma, entre as várias com as quais foram celebrado acordo-quadro, para em concreto contratar ao abrigo do acordo-quadro.

Entende-se, com apoio no n.º 2 do artigo 258.º nos termos do anteprojeto, que devem ser os instrumentos do procedimento tendente à formação do acordo-quadro a definir quais os critérios de adjudicação dos procedimentos a celebrar ao abrigo do acordo-quadro e, não obstante todos os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo estejam no acordo-quadro definidos, estabelecer que há aspetos que podem ser submetidos à concorrência para que, através de um procedimento por consulta prévia, possa ser escolhida uma entre as várias entidades com as quais foi celebrado acordo-quadro.

Quanto aos acordos-quadro com várias entidades quando estejam suficientemente especificados todos os aspetos da execução do contrato, deve ser clarificado em que podem consistir «as condições objetivas para determinar qual dos operadores económicos parte no acordo-quadro será responsável pelo respetivo fornecimento, que devem constar da documentação relativa ao concurso» na expressão da alínea a) do n.º 4 do artigo 33.º da Diretiva 2014/24/UE, sendo certo, como refere a parte final dessa disposição da Diretiva e o n.º 2 do artigo 258.º do texto do anteprojeto, «estas condições devem constar dos documentos do concurso para o acordo-quadro». Os n.ºs 3 e 4 do artigo 258.º fazem considerar que aspetos de conteúdo não podem ser alterados e que os aspetos constantes do acordo-quadro não podem ser melhorados, quando será necessário estabelecer critérios no caderno de encargos do acordo-quadro para escolher através do procedimento de consulta prévia qual das entidades deve prestar os bens ou serviços entre aqueles que integram o acordo e, portanto, aspetos de conteúdo acabarão por ter de ser considerados e intervir, nos termos que sejam previamente fixados nos instrumentos de concurso do acordo-quadro, no processo de escolha através da consulta prévia.



Em conformidade, entendemos que deve ser considerada a seguinte proposta de alteração para os atuais n.ºs 3 e 4 do artigo 258.º do anteprojeto: nos termos assinalados de seguida a negrito: **3 – Do conteúdo dos contratos a que se refere o número anterior não podem resultar para a entidade adjudicante condições menos vantajosas do que condições contratuais estabelecidas no acordo-quadro, não sendo necessária a elaboração de um caderno de encargos.**

4 - Caso tal se revele necessário, a entidade adjudicante pode solicitar ao cocontratante ou cocontratantes do acordo-quadro que pormenorizem aspetos constantes da sua proposta ou melhorem aspetos fixados no acordo-quadro com vista à seleção mediante procedimento de consulta prévia da entidade a adjudicar ao abrigo do acordo-quadro celebrado com várias entidades de acordo com os critérios estabelecidos no caderno de encargos do acordo-quadro, nos termos do n.º 2 do presente artigo 2 do n.º 3 do artigo 252.º.

E considerada a proposta de aditamento de um n.º 5 ao artigo 258.º em conformidade com a alínea d) do n.º 5 do artigo 33.º da Diretiva 2014/24/UE e de acordo com o referido escopo de clarificação: **5 - As entidades adjudicantes atribuem cada contrato a celebrar ao abrigo do acordo-quadro com várias entidades ao contratante que tiver apresentado a melhor proposta no procedimento de consulta prévia com base nos critérios de adjudicação estabelecidos nos documentos de concurso do acordo-quadro.**

8. Ainda quanto às soluções adotadas em matéria de acordos-quadro, salienta-se que no artigo 25.º, n.º 1, do anteprojeto de revisão que regula da admissibilidade da adoção do procedimento de **consulta prévia ou ajuste direto** no caso de contratos de empreitada de obras

públicas, na alínea c), onde se lê: «*Se trate de realizar uma obra ao abrigo de um acordo-quadro celebrado **com uma única entidade**, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º*», deve ser garantida a conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º e com o artigo 258.º, n.º 1, estabelecendo-se, pois, que pode ser adotado o procedimento de consulta prévia ou o procedimento de ajuste direto consoante se trate de acordo-quadro celebrado com uma ou várias entidades, na modalidade de acordo-quadro prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º.

A redação do artigo 27.º, n.º 1, alínea h), do anteprojeto de revisão ao referir apenas «*Se trate de adquirir serviços ao abrigo de um acordo-quadro, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º*» e ao não empregar a expressão «*com uma única entidade*», é mais conforme.

Assim, é de propor que a expressão «*com uma única entidade*» seja suprimida da alínea c) do n.º 1 do artigo 25.º do anteprojeto de revisão, com vista a garantir a conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º e com o artigo 258.º, n.º 1, estabelecendo-se, pois, que pode ser adotado o procedimento de consulta prévia ou o procedimento de ajuste direto consoante se trate de acordo-quadro celebrado com uma ou várias entidades, na modalidade de acordo-quadro prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º.

9. Por fim, por referência ao artigo 256.º, como mera clarificação do sentido e alcance do disposto no n.º 4 e em conformidade com o considerando (62) da Diretiva 2014/24/UE, apresentamos proposta de aditamento de um n.º 5 a esse artigo com o seguinte teor: **5 - Nos termos do número anterior, os contratos celebrados ao abrigo de um acordo-**



quadro devem ser adjudicados antes do fim do período de produção de efeitos do acordo-quadro mas a duração dos contratos celebrados ao abrigo de acordo-quadro não tem de coincidir com o período de produção de efeitos desse acordo-quadro, podendo ser mais longa ou mais curta consoante o caso.

V. Conclusões

Em jeito de conclusão, deixamos apenas duas notas ou reflexões:

1. As alterações ao CCP apresentadas pelo anteprojeto de revisão em discussão pública em matéria de agrupamentos de entidades adjudicantes, centrais de compras e acordos-quadro refletem a «alteração do quadro legal europeu dos contratos públicos» e traduzem igualmente modificações, no sentido da «correta interpretação e aplicação de normas legais», em face de aspetos de aplicação do regime suscitados pela doutrina e pela prática nacionais.

2. Deve o regime legal ser favorável à promoção dos mecanismos de agrupamento de entidade adjudicantes, centrais de compras, acordos-quadro, bem como de sistemas de aquisição dinâmicos e catálogos eletrónicos, instrumentos de maior celeridade e eficácia na prossecução do interesse público e de maior eficiência na gestão da despesa pública.

A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos

ANA GOUVEIA MARTINS¹

1. Introdução

É consabido que o regime eurocomunitário da contratação pública se circunscrevia originariamente à disciplina da fase de formação do contrato porquanto se entendia que o regime da execução do contrato não apresentava qualquer relevância nem incidência no estabelecimento e funcionamento do mercado interno dos contratos públicos. Todavia, a prática cedo demonstrou que de pouco ou nada adiantava impor uma disciplina detalhada, rigorosa e minuciosa do procedimento pré-contratual se fosse possível a livre introdução de modificações na fase da execução do contrato, desvirtuando e reduzindo a letra morta o regime legal do seu procedimento concorrencial de formação.

Tornou-se, assim premente empreender um esforço de compatibilização do Direito da União europeia em matéria de contratação públi-

¹ Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Centro de Investigação de Direito Público. Advogada.



ca com o regime clássico da execução dos contratos administrativos, assim como o regime dos contratos privados reconduzíveis ao conceito de contrato público, retirando as devidas implicações da sua prévia sujeição a um regime pré-contratual enformado pelos princípios da igualdade e da transparência.

Coube à jurisprudência comunitária, secundada pela *soft law* das instituições da União europeia, o principal papel na construção paulatina de um regime que estabelece as condições e limites à modificação do contrato². Exemplo paradigmático é o da celebração de contratos adicionais a contratos adjudicados na sequência de um procedimento pré-contratual, em que o tradicional princípio da livre modificação do contrato por acordo das partes sofreu a incidência dos princípios comunitários, passando a estar sujeito a novos limites. O objecto do contrato, expressão de um núcleo contratual irreduzível imune às modificações, que constituía um limite clássico do poder de modificação unilateral decorrente da natureza consensual do vínculo contratual funcionalizado à tutela dos direitos do co-contratante (*'scope of the contract'*) é erigido num instrumento ao serviço do princípio da livre concorrência, princípio estruturante quer do Direito comunitário quer do Direito nacional,

2 A construção do regime comunitário das modificações dos contratos públicos foi realizada pela jurisprudência, secundada pela *soft law* comunitária. Começou por ser abordada *a latere* na Comunicação Interpretativa sobre as Concessões em Direito Comunitário, de 24 de Fevereiro de 1999, que se baseou no acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE), Comissão/França, de 5 de Outubro de 2000 (C-337/98). Foi desenvolvida, em particular, pelo acórdão do TJUE, *Succhi di Fruta* (C-496/99) de 29 de Abril de 2004, no *Livro Verde sobre as Parcerias Público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, de 30 de Abril de 2004, na *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI)*, de 12 de Abril de 2008, no acórdão *Presstext* de 19 de Junho de 2008 (C-454/06) e no acórdão *Wall AG*, de 13 Abril 2010 (C-91/08).

destinando-se a controlar se a modificação defrauda os objectivos do procedimento selectivo pré-contratual (*'scope of competition'*), independentemente de a modificação revestir a forma de acordo ou resultar do exercício de poderes unilaterais.

O acórdão *Presstext*, de 19 de Junho de 2008 (C-454/06) constitui um marco no estabelecimento dos critérios pertinentes que permitem distinguir as modificações admitidas e as modificações proibidas. A questão fulcral é a de “saber se [a modificação em causa] deve ser considerada uma alteração substancial do contrato inicial”, que “comporte o risco de falsear a concorrência em detrimento de novos potenciais proponentes”.

A grande relevância do acórdão *Presstext* resulta de o TJUE ter procurado enunciar alguns índices ou critérios para aferir se se verifica, ou não, uma alteração substancial do contrato. Estabeleceu-se, assim, que a modificação de um contrato público vigente “pode ser considerada substancial”³ se:

- (i) “introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente do inicialmente aceite”;
- (ii) “alarga o contrato, numa medida importante, a serviços não inicialmente previstos”;

3 Sublinhado nosso.



(iii) “modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário (...) de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”

Aquando da aprovação do Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP) já se fez refletir esta linha jurisprudencial e doutrinal, funcionando a tutela do objecto do contrato não apenas à tutela dos direitos do co-contratante mas também, e sobretudo, à tutela da concorrência garantida nos procedimentos adjudicatórios, estabelecendo-se limites à modificação. O art. 313º, n.º 1 do CCP, estabelece que a “modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato” acrescentando, porém, um novo limite: nem “configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”.

2. A modificação nas Directivas de 2014

2.1. Enquadramento geral

As Directivas n.º 2014/23/UE, n.º 2014/24/UE e n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014⁴, que regulam, respetivamente, os contratos de concessão, os contratos públicos e dos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (doravante, referida como Directiva dos sectores especiais), vieram

⁴ Publicadas no Jornal Oficial da União Europeia (JO L 94) em 28 de Março de 2014

pela primeira vez regular expressamente o regime da modificação dos contratos. A positivação desta matéria reveste-se da maior importância desde logo porque vem garantir uma maior segurança jurídica quanto ao regime substantivo aplicável. Mas sobretudo abre, definitivamente, a possibilidade de controlo do seu respeito por via dos mecanismos estabelecido nas Directivas “recursos”⁵, com directas implicações em matéria de delimitação do âmbito aplicativo do “contencioso pré-contratual” urgente previsto no Código de Processo dos Tribunais administrativos, que deverão ser clarificadas pelo legislador.

Pese embora os considerandos das Directivas n.º 2014/23/UE (concessões), da Directiva n.º 2014/24/EU (contratos públicos) e da Directiva n.º 2014/25/EU (contratos públicos nos sectores especiais), do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, afirmarem que o regime das modificações aos contratos é delineado “tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia”⁶, a verdade é que as Directivas não se limitaram a positivar os critérios definidos na linha jurisprudencial *supra* assinalada.

São consagradas uma série de soluções claramente inovadoras⁷ marcadas essencialmente por uma maior abertura à ad-

5 Directiva n.º 89/665/CEE e Directiva n.º 92/13/CEE do Conselho, na redacção que lhes foi dada pela Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007 e pelas Directivas de 2014.

6 *Vide* Considerando (75) da Directiva 2014/23, Considerando (107) da Directiva 2014/24 e Considerando (113) da Directiva 2014/25

7 No sentido de que o regime das modificações aos contratos nas novas Directivas de 2014 traz inovações e é mais flexível que o existente até agora, permitindo uma maior margem de liberdade às entidades adjudicantes, cfr. X CODONA GARCIA ANDRADE, “*Urgencias e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudência y nuevas Directivas*», in Revista española de derecho administrativo. (REDA), n.º 163, 2014, pp. 297-298; JOSÉ MARIA GIMENO FELIÚ, “*Presente y futuro de la regulación de la modificación*



missibilidade de modificação⁸, numa postura mais generosa a que não são de todo alheias as preocupações veiculadas pelos operadores económicos e algumas instituições comunitárias durante o procedimento da sua aprovação no sentido da necessidade de uma abordagem mais flexível nesta matéria.

O regime da modificação dos contratos nas três Directivas de 2014 é muito semelhante, conhecendo apenas algumas variações de pormenor na Directiva sobre concessões e na Directiva relativa aos contratos nos sectores especiais, pelo que na exposição subsequente tomaremos como modelo o regime previsto na Directiva relativa aos contratos públicos, sem prejuízo de irmos dando conta das especificidades de regime das outras Directivas, quando tal se justifique.

de los contratos del sector público”, in Jornadas sobre el impacto de las nuevas Directivas de contratos de la Unión europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público, 2 de Maio de 2016, Faculdade de Direito da Universidade da Catalunha, in www.obcp.es; JAN BRODEC/VÁCLAV JANECEK, “How does the substantial modification of a public contract affects its legal regime?”, in Public Procurement Law Review (PPLR), n.º 3, 2015, p. 94. Considerando, pelo contrário, que as Directivas se limitaram a uma codificação dos critérios jurisprudências, sem trazerem soluções inteiramente inovadoras, cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA/CARLA MACHADO, “Modificação e rescisão do contrato”, in Revista dos Contratos Públicos, n.º 12, 2016, p. 79.

8 Outras inovações igualmente relevantes, embora em sentido mais restritivo, residem: (i) no esclarecimento de que o âmbito de aplicação da construção dos limites à modificação se estende aos acordos-quadro, (ii) a cristalização dos critérios fixados no acórdão *Presstext* não como simples presunções da substancialidade da alteração mas como factores seguros que estabelecem uma presunção inilidível de alteração proibida, (iii) a consagração da regra segundo a qual a substituição da identidade do adjudicatário é por regra proibida, a que acrescem (iv) afinamentos do critérios fixados no acórdão *Presstext*, sendo de destacar o alargamento do universo dos interessados no procedimento adjudicatório inicial a ter em consideração aos potenciais e hipotéticos concorrentes no art. 72º, n.º 4, alínea a) da Directiva 2014/24, art. 42º, n.º 4, a) da Directiva 2014/23 e art. 89º, n.º 4, a) da Directiva 2014/25.

O artigo 72º da Directiva 2014/24, de 26 de Fevereiro⁹, sob a epígrafe ‘Modificação de contratos durante o seu período de vigência’, estabelece o seguinte:

“1. Os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos:

- a) Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços) ou opção claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro;
- b) Se houver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares por parte do contratante original que não tenham sido incluídos no contrato inicial, caso a mudança de contratante não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes, adquiridos ao abrigo do contrato inicial, e
 - i) seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante.

⁹ Corresponde ao artigo 43º da Directiva sobre concessões (Directiva n.º 2014/23/UE, de 26 de Fevereiro) e ao artigo 89º da Directiva relativa aos sectores especiais (Directiva n.º 2014/25/UE, de 26 de Fevereiro).



Todavia, o aumento de preço não pode exceder 50 % do valor do contrato original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva;

c) Se se verificarem todas as seguintes condições:

- i) a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não possa prever,
- ii) a modificação não altera a natureza global do contrato,
- iii) o aumento de preço não ultrapassa 50 % do valor do contrato ou acordo-quadro original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva;

d) Se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos:

- i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, em conformidade com a alínea a),
- ii) transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações

[Voltar ao índice](#)

substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou

iii) assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71.º;

e) Se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4.

Depois de modificarem um contrato nos casos previstos nas alíneas b) e c) do presente número, as autoridades adjudicantes publicam um anúncio da modificação ou modificações no Jornal Oficial da União Europeia. Os anúncios incluem as menções previstas no Anexo V, parte G, e são publicados em conformidade com o artigo 51.º.

2. Além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os seguintes valores:

i) os limiares estabelecidos no artigo 4.º, e

ii) 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras.

Contudo, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Em caso de várias modificações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas.



3. Para efeitos do cálculo do preço mencionado no n.º 2 e no n.º 1, alíneas b) e c), o preço atualizado é o valor de referência sempre que o contrato contenha uma cláusula de indexação.

4. A modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do n.º 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições:

- a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;
- b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;
- d) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d).

5. As modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 obrigam a novo procedimento de contratação nos termos da presente diretiva.”

1.2. Âmbito do regime jurídico da modificação dos contratos

As Directivas de 2014 vieram esclarecer, se dúvidas subsistissem, que o regime das modificações dos contratos é também aplicável aos acordos-quadro.

Por outro lado, importa destacar que, na esteira da jurisprudência comunitária, é adoptada uma acepção amplíssima do conceito de modificação de contratos.

Nos considerandos das Directivas, esclarece-se que o Direito comunitário exige “um novo procedimento de contratação em caso de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas”¹⁰. Significa isto que, aparentemente, apenas as alterações ‘materiais’ ao contrato, seriam visadas.

Todavia, cumpre frisar que também estão sujeitas a limites nas Directivas as impropriamente mas frequentemente designadas modificações ‘subjectivas’, *i.e.*, as alterações que respeitam à identidade do cocontratante. A modificação é entendida num sentido amplo, abrangendo não apenas as alterações das obrigações contratuais, como também a alteração da identidade das partes, ainda que não impliquem quaisquer

10 Sublinhado nosso.



“alterações materiais ao contrato inicial”, *i.e.*, ao “ âmbito de aplicação e conteúdo dos direitos e obrigações das partes”¹¹.

1.3. Admissibilidade da modificação do contrato sem necessidade de novo procedimento pré-contratual: princípio geral ou regime excepcional?

Uma das questões cruciais que se suscita é a de saber se logrou vencimento a opção de conferir à admissibilidade de modificações dos contratos o estatuto de princípio geral, ou, ao invés, deve antes ser configurada como uma excepção.

Na proposta de Directiva de 2011¹², o artigo 72º parecia apontar no sentido de consagrar o princípio geral de que qualquer modificação substancial do contrato era equiparada à celebração de um novo contrato, postulando necessariamente um novo procedimento pré-contratual. As situações em que esta era admissível eram previstas nos números 3 e 4, pelo que estas aparentavam configurar desvios ou excepções ao princípio geral.

Na redacção final que foi aprovada assiste-se, pelo contrário, a uma inversão desta lógica, começando por afirmar-se que os “contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos [...]” (n.º 1 do artigo 72º da Directiva de 2014). Dentro destas constelações de casos cumpre destacar a admissibilidade de quaisquer

11 *Vide* preâmbulo das Directivas referido *supra*.

12 *Vide* proposta de Directiva do Parlamento europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, de 20 de Dezembro de 2011 (COM/2011/ 896 FINAL),

modificações, independentemente do seu valor, que não forem substanciais (alínea e) do n.º 1 do artigo 72º), a que acrescem, “além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d)”, as situações em que se admite a modificação fundada em critérios meramente quantitativos (n.º 2 do art. 72º).

Parte relevante da doutrina considera que a lógica comunitária aponta no sentido de que a disposição constante do art.72º, n.º 5, segundo a qual uma modificação de um contrato público durante o seu período de vigência, desde que não se reconduza às modalidades de modificação expressamente reguladas nos números 1 e 2 do artigo 72º da Directiva, obriga a um novo procedimento de adjudicação, corporiza o princípio geral, malgrado estar prevista, numa sistematização criticável, no último número do artigo 72º (n.º 5)¹³.

No pólo oposto, há quem sustente que não só a modificação dos contratos não deve ser qualificada como revestindo um estatuto excepcional, como ainda que não se pode ver no elenco das situações em que a modificação é admitida uma enumeração taxativa e fechada¹⁴,

13 Neste sentido, cfr. ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, “*La modificación La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública*”, Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), 2015, p. 132 e p. 134; JOSÉ MARIA GIMENO FELIÚ, “*Presente y futuro...*”, op. cit., p. 52; PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, p. 573, embora enfatizando que são admitidas quaisquer alterações não substanciais, independentemente do valor. No sentido de que a disposição do n.º 5 do artigo 72º constitui o ‘ponto de partida’ da grelha de leitura do preceito, devendo ser interpretada como a regra geral, constituindo os outros números e alíneas exceções a esta, embora dada a extensão das situações neles previstas a questão acabe por não ter grande relevo prático ou teórico, cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “*Uma Primeira Análise das Novas Directivas (Parte II)*”, in Revista de Contratos Públicos nº 10, 2014, pp. 164-165.

14 Pronunciando-se no sentido de que o artigo 72º, n.º 5 não constituiu uma



admitindo-se modificações do contrato em outras constelações de casos não expressamente previstos.

Em nosso entender, a intenção do Direito comunitário foi a de descrever, com o maior detalhe possível, as condições em que a modificação do contrato é admissível, sem necessidade de lançamento de um novo procedimento selectivo. A modificação do contrato é apresentada como um instrumento de adaptação do contrato perfeitamente legítimo, reunidos que estejam determinados pressupostos e respeitados certos limites.

Salvo uma inflexão da jurisprudência comunitária, não parece, porém, que seja admitida a modificação do contrato fora dos casos expressamente previstos. A verdade é que a amplitude com que é reconhecida a admissibilidade da modificação dificilmente permite uma afirmação categórica do seu estatuto excepcional, pelo menos no que respeita à sua relevância prática. Com efeito, a acrescer às constelações de casos especificamente reconhecidas no n.º 1, alínea a), b), c), d) e no n.º 2 do artigo 72º, toda e qualquer modificação é admitida, desde que não seja substancial, nos termos do n.º 1, alínea e) do artigo 72º.

Assim sendo, o conceito de alteração substancial constitui a trave mestra do regime geral da modificação do contrato, sendo erigido como o limite das modificações que dispensam a necessidade de abertura de um novo procedimento pré-contratual selectivo do co-contratante. O

regra mas apenas uma declaração de princípio, cfr. STEEN TREUMER, “*Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive*” in *Public Procurement Law Review*, nº 3, 2014, pp. 148-149. Também SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – regulation in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3ª edição, 2014, p. 602, vem sustentar que o elenco de modificações admitidas não deve ser considerado exaustivo, nomeadamente, no que respeita a situações que ainda não foram objecto de apreciação pela jurisprudência.

sentido, alcance e conteúdo atribuído ao conceito de alteração substancial condicionará, por conseguinte, a extensão da admissibilidade de modificações aos contratos.

1.4. O regime jurídico da modificação nas Directivas de 2014

1.4.1. As seis constelações de casos de modificações admitidas nas Directivas

As Directivas de 2014 admitem a modificação do contrato em seis constelações de casos:

- 1) Art. 72º, n.º 1, alínea a): Modificações (i) previstas nas peças do procedimento, em cláusula de revisão ou opção claras, precisas e inequívocas, (ii) independentemente do seu valor, (iii) desde que não alterem natureza global do contrato (limite qualitativo).
- 2) Art. 72º, n.º 1, alínea b): Modificações que se traduzam em (i) prestações adicionais ou complementares, não previstas no procedimento inicial, (ii) caso a celebração de um contrato autónomo com outro operador não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como, por exemplo, requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou obras e instalações existentes adquiridos ao abrigo do contrato inicial, (iii) por se revelar altamente inconveniente ou provocar uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante, (iv) desde que se atenha dentro do limite quantitativo máximo de 50% do valor do contrato por cada modificação



(limite quantitativo)¹⁵ (vi) e não constitua uma forma de defraudar o procedimento pré-contratual (cláusula geral de proibição de fraude à lei). Acresce ainda a exigência de uma condição procedimental: a necessidade de publicação de um anúncio da modificação no Jornal Oficial da União Europeia (art. 72º, n.º 1, último parágrafo).

- 3) Art. 72º, n.º 1, alínea c): Modificações ditadas por (i) circunstâncias imprevisíveis por uma entidade adjudicante diligente, desde que (ii) não alterem a natureza global do contrato (limite qualitativo), (iii) e não excedam 50% do valor do contrato (limite quantitativo)¹⁶. Acresce ainda a exigência de uma condição procedimental: a necessidade de publicação de um anúncio da modificação no Jornal Oficial da União Europeia (art. 72º, n.º 1, último parágrafo).
- 4) Art. 72º, n.º 1, alínea e): Modificações não substanciais, independentemente do seu valor.
- 5) Art. 72º, n.º 2: Modificações fundadas num critério meramente quantitativo são admitidas, sem aferir se modificação é substan-

15 Este limite não está previsto relativamente às modificações fundadas em prestações complementares no art. 89º, n.º 1, alínea b) da Directiva n.º 2014/25/EU, relativa aos contratos públicos nos sectores especiais. Na Directiva n.º 2014/23/UE, sobre os contratos de concessão, este limite condiciona a modificação das concessões por uma ‘autoridade adjudicante’ que tenham um objecto diferente das actividades referidas no anexo II (art. 43º, n.º1, alínea b), último parágrafo da mesma Directiva).

16 Este limite não está previsto relativamente às modificações fundadas em circunstâncias no art. 89º, n.º 1, alínea c) da Directiva n.º 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos nos sectores especiais. Na Directiva n.º 2014/23/UE, sobre os contratos de concessão, este limite condiciona a modificação das concessões por uma ‘autoridade adjudicante’ que tenham um objecto diferente das actividades referidas no anexo II (art. 43º, n.º1, alínea c), inciso iii) da mesma Directiva).

cial, desde que o valor da modificação (i) não exceda os limiares comunitários fixados para a adjudicação dos contratos (limite quantitativo), (ii) seja inferior a 10% do valor do contrato em geral¹⁷ ou 15% do valor do contrato no caso de empreitada de obra pública (limite quantitativo) e (iii) não seja alterada a natureza global do contrato (limite qualitativo).

- 6) Art. 72º, n.º 1, alínea d): Modificações que envolvam a substituição do co-contratante em caso de (i) cláusula de revisão ou opção inequívoca e precisa, (ii) transmissão da posição do co-contratante, total ou parcial na sequência de operações de reestruturação ou de uma insolvência, desde que não acompanhada de outras modificações substanciais, (iii) ou assunção pelo contraente público das obrigações do co-contratante para com os subcontratados.

1.3.2. Alteração da natureza global do contrato versus alteração substancial do contrato

O conceito de ‘alteração da natureza global do contrato’ não é densificado nas Directivas de 2014, ao contrário do que sucede com a noção de ‘modificação substancial do contrato’, que é objecto de uma definição material no corpo do n.º 4 do art. 72º,

Com efeito, a ‘modificação substancial’ do contrato é definida no art. 72º, n.º 4 como a modificação que torna “o contrato materialmente

¹⁷ O art. 43º, n.º2, inciso ii) da Directiva n.º 2014/23/UE, sobre os contratos de concessão, fixa igualmente um valor de modificação inferior a 10% do valor da concessão inicial.



diferente do contrato ou acordo quadro celebrado inicialmente”¹⁸, definição essa que é complementada por diversos critérios densificadores nas alíneas a) a d) desta disposição, cuja verificação determina a sua qualificação como substancial.

Por sua vez, no considerando (107) da Directiva relativa aos contratos públicos¹⁹, que se reporta indubitavelmente ao conceito de modificação substancial consagrado no art. 72º, n.º 4, conjugado com o n.º 5, esclarece-se que o Direito comunitário exige “um novo procedimento de contratação em caso de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas”

A única referência ao conceito de modificação da natureza global do contrato surge na parte final do considerando (109) da Directiva relativa aos contratos públicos²⁰, quando o legislador comunitário ilustra alguns casos em que uma modificação colide com este limite, “por exemplo,

18 Na proposta de Directiva relativa aos contratos públicos de 2011, a modificação era considerada substancial “quando tornar o contrato substancialmente diferente do contrato celebrado inicialmente” (art. 72º, n.º 2 da proposta), definição que pecava por incluir o termo a definir na própria definição.

19 Corresponde ao considerando (75) da Directiva relativa aos contratos de concessão e ao considerando (113) da Directiva relativa aos contratos públicos nos sectores especiais.

20 Corresponde ao considerando (76) da Directiva relativa aos contratos de concessão e ao considerando (115) da Directiva relativa aos contratos públicos nos sectores especiais.

substituindo obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de contrato, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja alterado”.

Coloca-se, assim, a questão de saber se o conceito de ‘alteração da natureza global do contrato é distinto ou deve ser equiparado à noção de ‘modificação substancial do contrato’.

Alguns autores sustentam que o conceito de ‘alteração da natureza global do contrato se reconduz e é sinónimo da noção de ‘modificação substancial do contrato’²¹, entendimento que, como veremos, foi seguido pelo legislador do Anteprojecto do código dos contratos públicos de Agosto de 2016.

Consustanciam, porém, limites de ordem distinta. Determinante, a nosso ver, é o facto de o próprio n.º 4 do art. 72º ressaltar expressamente as constelações de casos previstas no número 1 e 2 quando disciplina as situações em que uma modificação é considerada substancial²². Mais, o n.º 2 do art. 72º (modificações fundadas em critérios me-

21 Cfr. J.M.BAÑO LEÓN, “*Del ius variandi a la libre concurrencia. La prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos*”, in Anuário de Derecho Local, 2012, p. 144. No sentido de que a referência no art. 72º, n.º 1, a) ao limite de não alteração da natureza global do contrato “já resultaria também da definição legal de ‘alteração substancial’, prevista no n.º 4 do artigo 72º, no que se refere à determinação geral de que a modificação do contrato (ou do acordo-quadro) não pode tornar o contrato materialmente diferente do que foi inicialmente celebrado”, cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA/CARLA MACHADO, “*Modificação...*”, op. cit., p. 82, nota 23, procedendo a idêntica equiparação dos conceitos na p. 87, nota 37, a propósito do limite constante da subalínea ii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 72º. Também MIGUEL RAIMUNDO, “*Uma primeira análise...*”, op. cit. p. 165, refere-se a um critério explícito, por vezes implícito, de alteração substancial do contrato que é aflorado nas diversas referências à natureza global do contrato ou à diferença substancial face ao contrato inicial, considerando-as, portanto, expressões sinónimas.

22 Estabelece o Art. 72º, n.º 4 : (...) “Em qualquer caso, sem prejuízo dos nºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições: (...)”. Sublinhado nosso.



ramente quantitativos) expressamente corrobora este entendimento ao estabelecer que, “além disso”, *i.e.*, além dos casos previstos no n.º 1, “e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alínea a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de um novo procedimento de contratação” reunidas que estejam as condições nele previstas, entre as quais se destaca a proibição de a modificação corporizar uma alteração da natureza global do contrato.

Importa, assim, reconhecer que nas constelações de casos previstas nas alíneas a) a d) do n.º 1 e no n.º 2 do art. 72º se admite que a modificação implique uma modificação substancial do contrato inicial, sem necessidade de um novo procedimento de adjudicação, desde que não seja afectada a natureza global do contrato²³. Constata-se, assim, que o regime de modificações da Directiva é mais generoso do que aquele que decorreria da pura positivação da linha jurisprudencial referenciada, tendo-se realizado uma opção consciente no sentido de restringir o princípio da concorrência em prol da tutela de outros interesses públicos relevantes, dispensando-se o controlo da substancialidade da modificação nos casos especificamente elencados.

Concluimos, por conseguinte, pela necessária distinção da noção de ‘alteração da natureza global do contrato’ e do conceito de ‘alteração substancial do contrato’, sendo que o primeiro visa habilitar modificações que seriam consideradas substanciais, nos termos gerais do n.º 4 do art. 72º, desde que não se assista a uma total subversão do conteúdo contratual que prejudique a cognoscibilidade do tipo contratual ou das

23 Neste sentido, ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, “*La modificación ...*” op. cit., pp. 28 e ss.; JAN BORDEC/VÁCLAV JANECEK, “*How...*”, op. cit., pp. 94-95.

principais prestações que identificam o contrato submetido à concorrência (desnaturalização do contrato).

Importa, assim, distinguir:

1. Modificações substanciais permitidas, que comportam uma alteração de elementos essenciais do contrato, desde que não tenham por alcance uma modificação radical do figurino contratual (limite da alteração da natureza global do contrato) (art. 72º, n.º 1 e 2);
2. Modificações não substanciais, que são admitidas (art. 72º, n.º1, alínea e))
3. Modificações substanciais proibidas, que impõem a abertura de um novo procedimento adjudicatório (art. 72º, n.º 5)

3. A modificação no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos

3.1. Âmbito do regime dos limites à modificação e de cessão da posição contratual e subcontratação

3.1.1. Extensão do âmbito aplicativo dos limites à modificação, cessão da posição contratual e subcontratação aos contratos públicos (art. 280º, n.º 3 do APCCP)

A matéria da modificação dos contratos e dos seus limites vem actualmente regulada na Parte III, aplicável supostamente apenas aos contratos administrativos (art. 1º, n.º 5 do CCP) e não já aos contratos públicos que não revistam essa natureza. A inserção sistemática desta matéria, assim como a da cessão da posição contratual, da subcontratação, das alterações societárias e da invalidade do contrato em sede da



Parte III compreende-se tendo presente que é uma questão suscitada na fase da execução do contrato e não na fase pré-contratual. A verdade, porém, como já tivemos anteriormente oportunidade de defender²⁴, é que este regime, funcionalizado a garantir o respeito pelas regras da contratação pública, terá aplicação, por via de uma aplicação conforme com o Direito da União europeia, sempre que estejamos perante um contrato público adjudicado na sequência de um procedimento de formação regulado pela Parte II do CCP, independentemente da natureza administrativa do contrato.

Merece, assim, o nosso aplauso a introdução no art. 280º, n.º 3 do Anteprojecto do CCP (doravante, APCCP), que procede a uma extensão do âmbito aplicativo das “disposições do presente capítulo relativas aos regimes de invalidade, de limites à modificação, de cessão da posição contratual e subcontratação” aos “contratos sujeitos à Parte II que não configurem relações contratuais administrativas”.

Todavia, seria de todo conveniente inserir esta extensão do âmbito aplicativo no preceito que versa sobre a delimitação do campo de aplicação do CCP, a saber, no art. 1º por razões de coerência e simplificação sistemática e não no n.º 3 do art. 280º que concerne ao Direito aplicável às relações jurídicas administrativas.

Por força desta extensão, não faz qualquer sentido que inúmeras normas da Parte III do APCCP tenham passado a referir-se aos contratos públicos (v.g., art. 283º, n.º 2, 284º, n.º 3, art. 285º, n.º 2 e 3, respeitante à invalidade do contrato e art. 313º, n.º 1, que se reporta aos limites à modificação), devendo manter-se a expressão simples de contratos

24 Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, “*Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, volume II, Coimbra editora, Coimbra, 2010, pp. 99-100.

(ou contratos administrativos), até porque em alguns casos, como por exemplo, o regime de invalidade previsto no art. 285º, respeitará apenas aos contratos administrativos.

Regista-se ainda um manifesto lapso na norma do art. 280º, n.º 3 quando faz referência às “disposições do presente capítulo” (Capítulo I, que respeita apenas às disposições gerais do Título I) quando se pretendia, tal como nos números anteriores, referir-se ao presente título (Título I da Parte III, relativo aos contratos administrativos em geral).

3.1.2. Proposta de alteração

- (i) Propõe-se uma nova inserção sistemática da disposição constante do n.º 3 do art. 280º num número novo do art. 1º (n.º 7) relativo ao âmbito de aplicação do Código dos contratos Públicos;
- (ii) Eliminação consequente do art. 280º, n.º 3;
- (i) Substituição da referência no art. 280º, n.º 3 (ou, como consideramos preferível, num novo art. 1º, n.º 7) ao “presente capítulo” pela referência à “Parte III”;
- (ii) Eliminação de todas as referências na parte III ao conceito de contratos públicos (*v.g.*, art. 283º, n.º 2, 284º, n.º 3, art. 285º, n.º 2 e 3, respeitante à invalidade do contrato e art. 313º, n.º 1, que se reporta aos limites à modificação), adoptando a expressão simples de contratos.



3.2. Modificações previstas nas peças do procedimento

3.2.1. As modificações (objectivas) previstas no anteprojecto (art. 312.º do APCCP)

O art. 312.º do APCCP, sob a epígrafe “Fundamentos”, estabelece o seguinte:

“O contrato pode ser modificado com fundamento nas condições nele previstas²⁵ e ainda com os seguintes fundamentos:

a) (...)

b) (...)”

a) Justificação das alterações propostas

Antes de mais, a modificação, ainda que estipulada contratualmente por antecipação, deve sempre fundar-se em razões de interesse público ou numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, o que deve ser claramente expresso na redacção do art. 312.º do APCCP.

Por outro lado, a singela referência à modificação nas condições previstas no contrato no art. 312.º do APCCP revela-se manifestamente insuficiente porquanto não respeita as condições fixadas a nível comunitário para admitir modificações antecipadamente previstas nas peças do procedimento.

Não basta que a possibilidade de modificação esteja prevista no contrato. O art. 72.º, n.º 1, alínea a) da Directiva relativa aos contratos

25 Sublinhado nosso.

públicos²⁶ estabelece que podem ser modificados os contratos e acordos quadro, sem necessidade de abertura de um novo procedimento de adjudicação, se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nas peças procedimentais em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços) ou cláusulas de opções claras, precisas e inequívocas.

As referidas cláusulas devem indicar “o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas” (art. 72º, n.º 1, alínea a)). Significa isto que não basta prever nas peças do procedimento a possibilidade de uma futura modificação. Tal como decorre do Considerando (111) da Directiva n.º 2014/24/UE, as modificações previstas nas peças do procedimento não deverão conferir um “poder de apreciação ilimitado”. As cláusulas de revisão ou de opção deverão ser “redigidas de forma suficientemente clara, poderão, por exemplo, ser previstas indexações de preços” ou destinar-se a assegurar, designadamente, que “o equipamento de comunicações a entregar ao longo de um determinado período continue a ser adequado, mesmo que haja mudanças nos protocolos de comunicações ou outras mudanças tecnológicas” e ainda prever as adaptações do contrato que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção”, abrangendo quer a “manutenção normal como as intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público”.

Apenas quando as cláusulas de revisão ou de opção estiverem redigidas de forma precisa, detalhada e minuciosa quer no que respeita ao

²⁶ Corresponde à alínea a) do n.º 1 do art. 43º da Directivas de 2014 sobre concessões e à alínea a) do n.º 1 art. 89º, da Directiva relativa aos contratos públicos nos sectores especiais.



tipo de modificações a introduzir e ao seu alcance, quer no que concerne às condições e circunstâncias que legitimam a sua aplicação, é que o princípio da concorrência e da transparência não são postos em causa.

As modificações previstas nas peças do procedimento não estão sujeitas a quaisquer limites de ordem quantitativa. Porém, não podem ser previstas “modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato” (art. 72º, n.º 1, alínea a) *in fine*), limite crucial que não foi consagrado. A redacção proposta corresponde, assim, às condições e limitações expressamente exigidas nas Directivas.

Poderá, ainda pensar-se na exigência de fixação de um **limite máximo de valor admitido**, tal como sucede na legislação espanhola, pois só assim será possível assegurar que os interessados na adjudicação do contrato inicial tiveram oportunidade de conhecer, de forma transparente, todas as virtualidades advenientes da celebração do contrato. Com efeito, o art. Artículo 106º da *Ley de Contratos del Sector Público*, aprovada pelo Real Decreto Legislativo n.º 3/2011, de 14 de novembro, na redacção que lhe foi dada a 31 de dezembro de 2015, sob a epígrafe ‘*Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación*’ determina o seguinte:

“Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.”

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”.

b) Proposta de alteração do art. 312º:

- (i) Aditar um n.º 2 que regule as condições em que as modificações previstas são admissíveis.
- (ii) Alterar o n.º 1 em conformidade

Artigo 312.º

Fundamentos

1. O contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos:
(eliminar nas condições nele previstas e ainda)

- a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato;
- b) Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.



2. O contrato pode ser modificado com os fundamentos referidos no número anterior desde que as modificações estejam previstas nas peças do procedimento em cláusulas de revisão ou cláusulas de opção que indiquem de forma clara, precisa e inequívoca o âmbito e a natureza das eventuais modificações, designadamente a percentagem máxima de valor do contrato que pode ser atingida ou a quantidade máxima de prestações a aditar, bem como as condições e circunstâncias em que podem ser aplicadas, não podendo, em caso algum, alterar a natureza global do contrato.

3.2.2. A cessão e subcontratação pelo cocontratante no anteprojecto (corpo do art. 318.º do APCCP)

O art. 318.º do APCCP, sob a epígrafe “Cessão e subcontratação pelo cocontratante” estabelece o seguinte:

“1 - A possibilidade de cessão da posição contratual deve constar expressamente do contrato, em cláusula de revisão ou opção inequívoca, salvo quando se verifique uma das seguintes condições:

(...)”

a) Justificação das alterações propostas

Impõe-se idêntica necessidade de respeitar o Direito comunitário, densificando e concretizando o conceito de modificação prevista, nos mesmos termos previstos no art. 312º, n.º 2.

b) Proposta de alteração

Aditar as condições em que a cessão da posição contratual deve estar prevista nas peças do procedimento.

Artigo 318º

Cessão e subcontratação pelo cocontratante

“1 - A possibilidade de cessão da posição contratual deve constar expressamente do contrato, em cláusula de revisão ou opção inequívoca, nos termos previstos no art. 312º, n.º 2, salvo quando se verifique uma das seguintes condições:

(...)”

3.2.3. O fundamento de cessão contratual previsto no art. 318º, n.º 1, alínea a) do anteprojecto e a falta de previsão da insolvência como pressuposto da cessão

No anteprojecto do CCP, o art. 318º, n.º 1, alínea a), está redigido nos termos seguintes:

Artigo 318º

Cessão e subcontratação pelo cocontratante

“1 – (...)

- a) Quando haja transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante, na sequência de reestruturação societária, nomeadamente, oferta pública de aquisição, aquisição ou fusão, a favor de cessionário que satisfaça os requisitos míni-



mos de habilitação e de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira exigidos ao cocontratante;

b) (...)”

a) Justificação das alterações propostas

O art. 72º, n.º 1, alínea d), da Directiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos²⁷ admite a “substituição” da posição contratual do adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato por um novo adjudicatário, em qualquer uma das seguintes situações:

- i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, como previsto na alínea a),
- ii) transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da diretiva;
- iii) assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes,

²⁷ Corresponde ao art. 43º, n.º 1, alínea d) da Directiva sobre concessões e ao art. 89º, n.º 1, alínea d) da Directiva relativa aos sectores especiais.

se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71º.

Qualquer outra modalidade de substituição²⁸ do co-contratante, que não seja expressamente admitida nos termos aqui previstos, é considerada uma modificação substancial do contrato, tal como resulta do disposto no art. 72º n.º 4, alínea d)²⁹.

A possibilidade de cessão da posição contratual em caso de insolvência do co-contratante inicial está expressamente prevista no art. 72º, n.º 1, alínea d), inciso ii)). Desconhece-se se a falta de previsão desta *factispecies* no art. 312º, n.º 1, alínea a), que procede à transposição desta faculdade, se deve a um mero lapso ou se constitui uma omissão intencional do legislador.

O art. 333º, n.º 2, alínea h) do CCP, que não foi objecto de qualquer alteração, confere ao contraente público o poder de resolver o contrato, a título sancionatório, no caso de o co-contratante se apresentar à insolvência ou esta seja declarada pelo tribunal. A resolução sancionatória do contrato terá por efeito a extinção do contrato e, eventualmente, no caso de o interesse público postular a continuidade da satisfação da

28 A este propósito convém realçar que não é abrangida no conceito de modificações 'subjectivas' a subcontratação, apesar de não estar expressamente ressalvada neste preceito e de a jurisprudência comunitária já ter decidido que a subcontratação podia consubstanciar uma alteração de um dos elementos essenciais do contrato. O art. 72º n.º 4, alínea d) proíbe apenas a "substituição do adjudicatário" nos casos não previstos, sendo certo que a subcontratação não implica a transmissão das obrigações das partes. Assim se justifica que a matéria da subcontratação seja disciplinada num preceito da Directiva distinto (art. 71º) daquele que regula os limites às modificações do contrato durante o seu período de vigência (art. 72º).

29 Corresponde ao art. 43º, n.º 4, alínea d) da Directiva sobre concessões e ao art. 89º, n.º 4, alínea d) da Directiva relativa aos sectores especiais.



necessidade subjacente ao contrato resolvido, a abertura de um novo procedimento concorrencial para seleccionar o futuro adjudicatário

A possibilidade de cessão contratual da posição contratual do co-contratante não parece ser uma solução de afastar porquanto permite, em caso de insolvência, uma solução expedita para garantir a manutenção da execução do contrato pela entidade cessionária.

Porventura terá o legislador do anteprojecto pensado que em caso de insolvência estaria verificado necessariamente o incumprimento do co-contratante, caso em que a cessão da posição contratual estaria acautelada pelo novo art. 318º-A do APCCP. Todavia, a verdade é que a insolvência não gera automaticamente um incumprimento por parte do co-contratante, sendo plausível que, pese embora as dificuldades financeiras com que se debata, não se verifique o incumprimento das suas obrigações relativamente ao particular contrato em causa³⁰.

b) Proposta de alteração (ou de reflexão)

- (i) Aditar as situações de insolvência ao elenco de fundamentos que habilitam a cessão da posição contratual sem necessidade de novo procedimento de adjudicação.

30 O que será reforçado no caso de uma situação económica difícil ou de insolvência iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação. Nestes casos é possível que não haja lugar à aprovação de um plano de insolvência destinado à liquidação do património mas, antes, a um plano de recuperação, de acordo com o processo especial de revitalização, que pressupõe o normal desenvolvimento das actividades da empresa, inclusive no período que antecede a aprovação do plano especial de revitalização.

Artigo 318º

Cessão e subcontratação pelo cocontratante

“1 – (...)

a) Quando haja transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante, na sequência de reestruturação societária, nomeadamente, oferta pública de aquisição, aquisição ou fusão, ou de uma insolvência, a favor de cessionário que satisfaça os requisitos mínimos de habilitação e de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira exigidos ao cocontratante;

3.2. Os limites gerais à modificação dos contratos no anteprojecto

No anteprojecto do CCP, o art. 313º, sob a epígrafe ‘Limites’ dispõe o seguinte.

“1 - A modificação de qualquer contrato público, com os fundamentos previstos no artigo anterior, encontra-se sujeita aos seguintes limites:

- a) Não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato;
- b) Não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência;
- c) Não é permitida quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos e desde que objetivamente demonstrável, teriam ocasionado a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas;



d) O aumento total de preço originado pelas eventuais modificações *não pode ultrapassar 25%* do preço contratual inicial, no caso da alínea a) do artigo anterior, e 10% do preço contratual inicial, no caso da alínea b) do artigo anterior;

e) Não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido.

2 - A modificação dos contratos especialmente regulados no Título II da Parte III do presente Código fica ainda sujeita aos limites aí previstos.

3 - Nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa.

4 - As modificações que não respeitem os limites estabelecidos no presente Código determinam a adoção de um novo procedimento de formação de contrato, caso a entidade adjudicante mantenha a decisão de contratar.”

a) Justificação da proposta de eliminação da referência à modificação de contratos “públicos” no corpo do art. 313º, n.º 1

A eliminação da referência à modificação de contratos “públicos” no corpo do art. 313º, n.º 1 justifica-se uma vez que o art. 280º, n.º 3 do APCCP (ou, de acordo com a nossa proposta, o art. 1º, n.º 7) já procede à extensão de aplicação da norma relativa a limites da modificação aos contratos públicos.

Por outro lado, esta disposição legal aplica-se igualmente aos contratos administrativos, sendo que alguns deles não são contratos públicos, razão pela qual o emprego da expressão contratos públicos se revela redutor do âmbito aplicativo dos limites à modificação.

A este propósito, importa salientar que no caso de contratos administrativos que não sejam qualificados como contratos públicos, não faz qualquer sentido a aplicação dos limites que se prendem com a tutela da concorrência mas apenas aqueles funcionalizados à protecção dos interesses do co-contratante (a clássica proibição de alteração substancial do objecto do contrato e do equilíbrio económico do contrato em desfavor do contratante).

Deverá, assim, este preceito, na falta de um esclarecimento neste sentido pelo legislador, ser objecto de uma interpretação restritiva relativamente a estes contratos.

b) Justificação da proposta de eliminação da referência aos “fundamentos previstos no artigo anterior” constante do corpo do art. 313º, n.º 1 do APCCP

A eliminação da referência aos “fundamentos previstos no artigo anterior” constante do corpo do art. 313º, n.º 1 revela-se crucial.



Com efeito, parte da doutrina nacional considera que não faz sentido a aplicação dos limites previsto no art. 313º relativamente às modificações subsequentes a uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias - um dos fundamentos referidos no artigo anterior para o qual o corpo do art. 313º, n.º 1 remete (artigo 312º, alínea a)). Os limites aplicar-se-iam apenas a modificações voluntárias e intencionais do próprio conteúdo do contrato (modificações fundadas no interesses público) e não já quando a modificação for ditada por circunstâncias externas ao contrato de natureza anormal e imprevisível, tanto no caso de esta alteração ser imputável ao contraente público (facto do príncipe – art. 314º, n.º 1, alínea a)) como no caso de não lhe ser imputável (teoria da imprevisão – art. 314º, n.º 2)³¹.

Sucedem que a jurisprudência e as instituições comunitárias não parecem fazer qualquer distinção entre as várias teorias relativas à modificação do contrato³². Até agora assiste-se aparentemente a uma total indiferença às causas ou fundamentos da modificação, embora se constate

31 Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos contratos públicos*, Almedina, 2015, pp. 573-574. Funda-se para tanto no fundamento específico desta figura e no facto de a modificação determinada por uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias “não suscitar qualquer problema concorrencial”. Já anteriormente chamara a atenção para o facto de os limites relacionados com a protecção da concorrência fixados em geral no art. 313º, n.º 1 não fazerem sentido quando aplicáveis a uma alteração anormal das circunstâncias. Cfr. “*Gestão de contratos públicos em tempo de crise*”, in AAVV, *Estudos de Contratação Pública*, III, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, p. 48. Aparentemente no mesmo sentido, cfr. AROSO DE ALMEIDA, *Teoria geral do Direito administrativo (O novo regime do Código do procedimento administrativo)*, Almedina, 2016, 3ª edição, p. 458 quando afirma que os limites previstos no art. 313º valem (apenas) para o caso de a modificação ser determinada por acto unilateral do contraente público e por acordo entre as partes.

32 Para uma análise aprofundada dos diversos institutos de modificação do contrato, ANA GOUVEIA MARTINS, *Contributo para uma desconstrução dogmática da teoria do facto do príncipe*, dissertação de doutoramento, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012 (em vias de publicação).

uma maior abertura e flexibilização perante a ocorrência de circunstâncias imprevisíveis, o que já vinha sendo assinalado e preconizado por relevante doutrina estrangeira. É por essa razão que no regime das novas Directivas se admite, como fundamento autónomo de modificação de um contrato, a ocorrência de “circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não possa prever” (72º n.º 1, alínea c) da Directiva n.º 2014/24/EU).

Circunstâncias imprevisíveis serão, por conseguinte, tanto as circunstâncias imprevisíveis em sentido restrito – no sentido de ser não ser, de todo, possível a sua previsão (impossibilidade objectiva de previsão) - como as circunstâncias, que embora objectivamente previsíveis, não pudessem ser previstas por uma entidade adjudicante diligente aquando da preparação do procedimento em concreto³³.

Trata-se de uma das principais novidades da Directiva, sobretudo tendo presente que uma modificação radicada neste pressuposto pode envolver uma alteração substancial do contrato, estando apenas condicionada pelo limite da não subversão da natureza global do contrato e por um limite quantitativo (não exceder 50% do valor do contrato inicial).

Ora, constata-se que há quem considere que o pressuposto da modificação fundada em circunstâncias imprevisíveis regulado nas Directivas

33 Tal como resulta do Considerando (109) da Directiva 2014/42/EU, o “conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a factos que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível”.



de 2014 se destina principalmente a acomodar as constelações de casos abrangidas pela teoria da imprevisão e pelo facto do príncipe³⁴.

Sublinhe-se que a consequência de uma modificação que tenha por fundamento uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não imputável a qualquer das partes (teoria da imprevisão) confere, nos termos do n.º 2 do art. 314º do CCP, o direito a uma modificação do contrato (*maxime*, uma modificação das suas cláusulas financeiras) ou a uma compensação financeira, segundo “critérios de equidade”. Ora, esta modificação poderá ser qualificada como uma modificação substancial por envolver uma alteração do equilíbrio financeiro a favor do co-contratante, a aplicar-se rigidamente o critério consagrado no Acórdão *Presstext*, positivado nas Directivas comunitárias de 2014 e a no art. 313º, n.º 1, alínea e) do APCCP. Manter no corpo do art. 313º a remissão para este fundamento traduz-se em dificultar, senão mesmo impossibilitar, qualquer modificação fundada numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

Idêntica consequência pode ser vaticinada para a aplicação da teoria do facto do príncipe da qual emerge um direito ao equilíbrio financeiro em benefício do co-contratante.

Por elementares razões de cautela e de abertura ao ulterior desenvolvimento jurisprudencial e doutrinal é aconselhável, por conseguinte,

34 Cfr. ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, “*La modificación...*”, op. cit., pp. 148-149. ALBERT SANCHEZ GRAELLS, “*What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?*”, in *European Public Private Partnerships Law Review*, 6 de Julho de 20102, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101712, p. 11, critica a falta de expressa regulação na Directiva da matéria do equilíbrio financeiro das concessões, avançando com a hipótese de colmatar tal lacuna com a possibilidade de lançar mão da modificação fundada em circunstâncias imprevisíveis, embora salientando o risco de se vir a entender que as alterações do quadro legal sejam consideradas previsíveis por uma entidade adjudicante diligente.

deixar de se fazer qualquer referência no art. 311º, que disciplina os limites da modificação, aos fundamentos previstos no artigo anterior.

c) Justificação para uma total reformulação do art. 313º do APCCP dado proceder a uma nefasta e incongruente cumulação de limites

Independentemente da ampla liberdade de opção política que deve ser naturalmente reconhecida ao legislador, importa que se proceda a uma séria reflexão sobre as consequências deste regime, uma vez que, a manter-se como está, torna (quase) impossível a modificação do contrato, rigidificando uma matéria a que as próprias Directivas pretenderam conferir maior flexibilidade do que aquela que resultaria da estrita positivação da jurisprudência comunitária³⁵.

As Directivas admitem a modificação do contrato em seis constelações de casos:

- 1) Modificações (i) previstas nas peças do procedimento, de modo detalhado e preciso, independentemente do seu valor, (ii) desde que não alterem natureza global do contrato (limite qualitativo);
- 2) Prestações complementares, não previstas no procedimento quando a celebração de um contrato autónomo com outro operador não possa ser efetuada por (i) razões económicas ou técnicas, tais como como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes, adquiridos ao abrigo do contrato inicial, (ii)

³⁵ Oportunidade que foi aproveitada em diversos Estados-membros, como, por exemplo, o Reino Unido, a França e a Espanha, mediante a transcrição quase literal dos preceitos das Directivas.



seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante; (iii) e desde que cada modificação *de per se* não atinja o valor máximo de 50% (limite quantitativo) (iv) e, no caso de modificações sucessivas, não constitua uma forma de defraudar o procedimento pré-contratual (limite de fraude à lei)

- 3) Modificações ditadas por (i) circunstâncias imprevisíveis por uma entidade adjudicante diligente; (ii) desde que não alterem natureza global do contrato (limite qualitativo); (iii) não excedam 50% do valor do contrato (limite quantitativo) (iv) e, no caso de modificações sucessivas, não constitua uma forma de defraudar o procedimento pré-contratual (limite de fraude à lei).
- 4) Modificações não substanciais, independentemente do seu valor.
- 5) Modificações que envolvam a substituição do co-contratante em caso de (i) cláusula de revisão ou opção inequívoca e precisa; (ii) transmissão da posição do cocontratante, total ou parcial na sequência de operações de reestruturação ou de uma insolvência, desde que não acompanhada de outras modificações substanciais, (iii) assunção pelo contraente público das obrigações do co-contratante para com os subcontratados.
- 6) Modificações fundadas num critério meramente quantitativo: sem aferir se modificação é substancial, modificações que (i) não excedam os limiares comunitários; (ii) não excedam 10% do valor do contrato em geral (incluindo os contratos de concessão) e 15% do valor do contrato no caso de empreitada de obra pública; (iii) não alterem a natureza global do contrato.

O legislador nacional não está, de modo algum, vinculado pelas Direi-to comunitário a prever todo o amplo leque de modificações admitidas. No exercício da função legislativa, está apenas condicionado a não estabelecer um regime menos exigente para a modificação dos contratos visados pelas Directivas comunitárias, sem prejuízo de legitimamente poder optar por um regime mais rigoroso.

Sucedo, porém, que o artigo 313º do anteprojecto de CCP sujeita a modificação contratual, independentemente da sua causa ou fundamento:

- i) ao limite qualitativo mais exigente (a modificação não pode ser substancial nos termos do art. 313º, n.º 1, alínea a) do APCCP) e, cumulativamente,
- ii) submete-a a limites quantitativos inexistentes nas Directivas comunitárias (ainda que a modificação não seja substancial ou esteja detalhadamente prevista nas peças do procedimento)
- iii) e, nos casos em que estas fixam determinados limites quantitativos, estabelece limites manifestamente mais exigentes e reduzidos do que os limites comunitários.

Com efeito, tanto nos casos em que as Directivas fixam para a modificação um tecto máximo inferior a 50% do valor do contrato inicial (modificações fundadas na necessidade de prestações complementares e modificações imprevistas) como em geral, para toda e qualquer modificação, fixa-se o limite inferior a 10% do preço contratual inicial, quando esta radique em razões de interesse público (art. 313º, n.º 1, alínea d), 2ª parte do APCCP) e de 25%, no caso de ser uma consequência de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (art. 313º, n.º 1, alínea d), 1ª parte do APCCP).



Não se consegue discernir a razão pela qual foi fixado um limite para a modificação radicada em razões de interesse público em 10%, valor manifestamente reduzido. As Directivas, de facto, prevêm o limite de 10% do valor do contrato inicial mas como regra *de minimis*, no contexto de um critério indiferente às razões que estão na origem da modificação, fundado em critérios meramente quantitativos e que habilita a alterações substanciais do contrato, com lesão da concorrência, desde que não seja subvertida a natureza global do contrato (*vide* art. 72º, n.º 2 da Directiva n.º 2014/24/UE). Já se a alteração não for substancial ou estiver prevista no contrato não está sujeita a qualquer limite quantitativo.

Mais grave ainda, a modificação nos contratos de empreitada, dos contratos de serviços e dos contratos de concessão, está ainda, cumulativamente, sujeita às condições e limites fixados no art. 370º (Trabalhos complementares), no art. 420º-A (Modificações das concessões) e no art. 454º (Serviços complementares) do APCCP.

A opção de dificultar em extremo a modificação dos contratos implica adoptar um modelo jurídico de tirania da tutela do princípio da concorrência sobre o princípio do interesse público. Além do mais, faz tábua rasa da figura do contrato administrativo como figura que se autonomizou historicamente por permitir a permanente e actualizada adequação do seu conteúdo à emergência de novas necessidades ou simplesmente a uma reponderação do interesse público. Figura que deve ser admitida porquanto imposta não apenas pelo princípio do interesse público, que constitui a estrela polar da actividade administrativa, como pela própria garantia da alternatividade democrática. A ser aprovado o art. 313º, n.º 1, alínea d) tal como resulta do anteprojecto, o clássico poder de modificação unilateral do contrato, tal como a modificação por acordo das

partes, ainda que a alteração não seja substancial, seja objectivamente demonstrável que não teria qualquer impacto no universo concorrencial, não altere o equilíbrio financeiro a favor do co-contratante nem alargue consideravelmente o âmbito do contrato, apenas é admitida se o seu valor não ultrapassar 10% do valor do contrato inicial.

Afigura-se crucial que o legislador esteja ciente das gravosas consequências decorrentes do estabelecimento de um regime de modificações ao contrato marcado por uma grande rigidez e inflexibilidade. Por um lado, impede-se que se procedam atempadamente às modificações necessárias para garantir a qualidade e continuidade do desempenho da função administrativa ou do desenvolvimento de actividades económicas ainda que não desfigurem o contrato nem envolvam qualquer alteração substancial do seu objecto, por mera reverência a limites quantitativos.

Por outro, ao impor-se como regra o lançamento de um novo procedimento concorrencial, tal implicará frequentemente que seja extinto/resolvido o contrato anterior por este ser insusceptível de modificação, o que gera uma desnecessária duplicação dos custos contratuais. A administração terá que pagar ao co-contratante inicial a justa indemnização pela resolução do contrato por razões de interesse público (art. 335º do CCP), que envolve o pagamento não só dos danos emergentes mas também dos lucros cessantes pelo interesse contratual positivo (margem de lucro que auferiria caso executasse o contrato e não fosse necessária a modificação) e pagará novamente ao novo adjudicatário o preço contratualmente fixado (pagando novamente os custos e a margem de lucro).

Acresce que neste cenário é também possível que a administração se conforme com uma insuficiente prestação contratual - não exigindo, por exemplo, a actualização do *software* ou a utilização de materiais ou



bens de melhor qualidade ou amigos do ambiente - ou se resigne a uma prestação de um contrato de serviços inapta ou a uma construção de uma obra desadequada para evitar um aumento substancial de custos e/ou a morosidade do novo procedimento adjudicatório.

Ou, mais paradoxal ainda, pode suceder que no fim de contas o contrato a celebrar venha a ser adjudicado ao co-contratante inicial, uma vez que este muitas vezes reunirá as condições mais vantajosas para tanto. Isto verificar-se-á tanto nos casos em que poderá praticar preços naturalmente mais atractivos visto que já recebeu uma justa indemnização, como nas situações em que a modificação não implique a extinção do contrato original. O co-contratante que já está a executar o contrato dispõe, pela própria natureza das coisas, de um maior conhecimento das necessidades da entidade adjudicante e total domínio sobre o contexto factual e jurídico contratual, pelo que dispõe inelutavelmente de uma posição de vantagem de facto sobre os outros concorrentes.

Acresce que as instituições comunitárias foram particularmente sensíveis aos graves inconvenientes de sobreposição de dois co-contratantes na execução de um contrato, prescindindo, nomeadamente, da condição da imprevisibilidade e da separabilidade técnica ou económica para a admissibilidade de prestações complementares quando razões técnicas ou económicas não se coadunem com a mudança de co-contratante.

Não é por acaso que o legislador do Anteprojecto optou por disciplinar especialmente em termos mais flexíveis as modificações fundadas na necessidade de prestações complementares nos contratos de empreitada de obras públicas, nos contratos de concessão e nos contratos de aquisição de serviços, na esteira de uma tradição que já vem de longa data e resulta da experiência. Admite-se que, no caso de ocorrência de

circunstâncias imprevisíveis, o limite não seja fixado num valor inferior a 10% mas antes num valor mais generoso, correspondente a um valor inferior a 25% (art. 420º-A, n.º 2 do APCCP, relativo às prestações complementares de obras e serviços nas concessões) ou mesmo a um valor inferior a 40%. (art. 370º, n.º 4, alínea b), relativo aos trabalhos complementares e art. 454º, n.º 3, alínea b) do APCCP, concernente aos serviços complementares).

d) Justificação de um aditamento de uma definição de alteração substancial do contrato, sua concretização de modo conforme às Directivas e sua distinção do limite da ‘alteração da natureza global do contrato’

Nos termos previstos no art. 72º, n.º 5 da Directiva relativa aos contratos públicos, as modificações de contratos e de acordos-quadro que não se enquadrem nos pressupostos de modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 do 72º não são admitidas, sendo indispensável a abertura de novo procedimento de contratação sempre a modificação em causa comporte uma alteração substancial do contrato.

Em particular, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições (art. 72º, n.º 4³⁶):

- a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;

36 Corresponde ao art. 43º, n.º 4 da Directiva relativa aos contratos de concessão e ao art. 89º, n.º 4 da Directiva respeitante aos sectores especiais.



- b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;
- d)) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d).

Trata-se em larga medida de uma positivação dos critérios jurisprudenciais fixados no acórdão *Pressetext* mas com diferenças assinaláveis e não despiciendas. Enquanto naquele aresto estes tópicos surgiam como indícios que permitiam concretizar o conceito de modificação substancial, são agora fixados como *factispecies* que estabelecem uma presunção inilidível de alteração proibida. Regista-se ainda um notável alargamento do universo dos interessados no procedimento adjudicatório inicial a ter em consideração para efeitos de ajuizar da substancialidade da modificação nos termos do art. 72º, n.º 4, alínea a) aos potenciais e hipotéticos concorrentes. Por último, a substituição do co-contratante fora dos casos expressamente previsto passa a constituir automaticamente uma alteração substancial proibida, sem atender ao circunstancialismo do caso concreto.

Afigura-se, assim, fundamental aditar um número 2 ao art. 313º do APCCP em que se densifique o conceito de alteração substancial, apresentando como exemplos típicos de alteração substancial as três situações previstas nas Directivas. (*vide* art. 72º, n.º 4, alínea a), b) e c) da Directiva 2014/24).

Primo, a alínea c) e alínea e) do n.º 1 do art. 313º do APCCP correspondem a duas situações típicas em que se presume *de iure et de iure* a verificação de uma alteração substancial do contrato (art. 72º, n.º 4, alínea a) e alínea b)) mas são tratadas como condições independentes do conceito de alteração substancial consagrado na alínea a) do APCCP, quando, na verdade, se limitam a concretizar aquele conceito.

Secundo, omite-se qualquer referência ao critério que se prende com as situações em que a “modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou acordo-quadro” (cfr. art. 72º, n.º 4, alínea c) da Directiva n.º 2014/24/UE), um dos três critérios concretizadores de alteração substancial que constam da Directiva e cuja relevância fulcral já decorreria da jurisprudência comunitária

Tertio, importa ainda dar nova redacção à alínea c) do n.º 1 do art. 313º do APCCP uma vez que se estabelece que a modificação não é permitida “quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos e desde que objetivamente demonstrável, teriam ocasionado a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas”, sendo conveniente clarificar e aditar “ ou de outras candidaturas ou teriam atraído mais participações no procedimento”, uma vez nas Directivas de 2014 se ampliou consideravelmente o critério fixado no acórdão *Pressetex*.

Quarto, o aditamento de uma referência ao limite da ‘alteração da natureza global do contrato’ justifica-se porquanto se trata de um limite distinto da ‘alteração substancial do contrato’ uma vez que implica uma desfiguração do tipo contratual ou a sua substituição por outro contrato³⁷. Este aditamento deveria conhecer uma consagração autónoma nos

37 Remete-se para a distinção *supra* efectuada.



números ou alíneas que disciplinam os pressupostos que convocam a aplicação deste limite mais ténue e generoso e isentam do respeito pela alteração substancial do objecto do contrato.

e) Justificação da proposta de uma nova redacção da disposição que fixa limites quantitativos (art. 313º, n.º 1, alínea d) do APCCP)

O art. 312º, n.º 1, alínea d) do APCCP, que disciplina os limites quantitativos à modificação dos contratos, fixa um tecto inferior a:

- (i) **25%** do preço contratual inicial, em caso de ocorrência de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (limite idêntico de 25% é fixado para as prestações complementares nos contratos de concessão, nos termos do art. 420º-A do APCCP)
- (ii) **10%**, quando a modificação radique em razões de interesse público.

Pelo contrário, no contrato de empreitada de obras públicas e no contrato de aquisição de serviços admitem-se trabalhos e serviços complementares até **40%** do preço contratual no caso de ocorrência de circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto (art. 370º, n.º 4, alínea b) e art. 454º, n.º 3, alínea b) do APCCP, respectivamente)³⁸.

Julgamos que deve ser ponderada uma alteração da disposição constante do art. 313º, n.º 1, alínea d) do APCCP:

³⁸ No caso de modificações fundadas em circunstâncias não previstas é também fixado um tecto máximo na ordem de um valor inferior a 10% do preço contratual.

- (i) quer se opte por permitir modificações fundadas num critério meramente quantitativo, com o limite de 10%, desde que respeitados os limiares comunitários e não alterada a natureza global do contrato, na esteira das Directivas comunitárias (*vide* art. 72º, n.º 2 da Directiva n.º 2014/23/UE),
- (ii) quer se mantenha a opção de não admitir esta modalidade de modificação e se vise estabelecer um limite quantitativo máximo geral para toda e qualquer modificação.

Neste último caso, caso não se pretenda definir como limite máximo o valor inferior a 50%, tal como permitido pelas Directivas em determinados casos (prestações complementares e circunstâncias imprevisíveis), deve reflectir-se sobre a conveniência de estabelecer um limite quantitativo mais generoso no caso de ocorrência de circunstâncias imprevisíveis (*v.g.*, 40%) e explicitar que, nesse caso, não é necessário que respeite o limite de a modificação não ser substancial, bastando, para tanto, que não atente contra a natureza global do contrato.

De qualquer modo, deve abandonar-se como critério de discriminação de diferentes ordens de limites quantitativos (25% ou 10%) o fundamento da modificação, consoante assente numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (art. 313º, n.º 1, alínea a)) ou em razões de interesse público (art. 313º, n.º 1, alínea b)).

Na verdade, ao contrário do que aparenta pressupor o legislador do anteprojecto, não existe qualquer equiparação entre a figura da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias e o conceito de circunstâncias imprevisíveis (ou que uma autoridade adjudicante diligente não poderia prever) que constituem *facto habilitante* de modificações nas Directivas comunitárias (*v.g.*, art. 72º, n.º 1, alínea c) da Directiva n.º 2014/24/UE).



O conceito de circunstâncias imprevistas tanto nas Directivas como no Direito nacional é bastante mais amplo. Não se requer o grau de anormalidade e imprevisibilidade que caracteriza a teoria da imprevisão no Direito civil e no Direito administrativo de vários Estados-membros. Tanto é assim que a modificação fundada em razões de interesse público pode decorrer de “necessidades novas” (art. 312, alínea b) do CCP), necessidades essas que podem corresponder, naturalmente, à emergência de circunstâncias imprevistas no decurso da execução do contrato.

Deste modo, devem ser eliminadas as remissões efectuadas na alínea d), do n.º 1, do art. 313º para a alínea a) (alteração anormal e imprevisível das circunstâncias) e a alínea b) do art. 312º (razões de interesse público) para efeitos de fixação de distintos valores máximos quantitativos de modificação consoante o fundamento da mesma. A pretender manter-se a destrição de valores neste preceito, o legislador deve utilizar a expressão modificações devidas a “circunstâncias não previstas” e modificações devidas a “circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade diligente não pudesse ter previsto”, tal como foi a opção utilizada na redacção do art. 370º (trabalhos complementares) e do art. 454º (serviços complementares) do APCCP, até para garantir a necessária uniformização de critérios como determinam as regras da legística.

f) Justificação da necessidade de esclarecer e/ou de eliminar referência “ao aumento total de preço originado pelas várias modificações” no art. 311º, n.º 1, alínea d) do APCCP

É crucial, por razões de segurança jurídica, que se explicita se os limites quantitativos máximos previstos valem para cada modificação *per se*, tal como permitem as Directivas (salvo fraude à lei) ou se, no caso de sucessivas modificações, se deve proceder ao cálculo do valor acumulado, tal como indicia a redacção do art. 313º, alínea d) quando

se refere ao “aumento total de preço originado pelas eventuais modificações (...)”³⁹.

Efectivamente, quer no caso de modificações fundadas na necessidade de prestações complementares (art. 72º, n.º 1, alínea b), último parágrafo, da Directiva relativa aos contratos públicos) quer no caso de modificações fundadas na ocorrência de circunstâncias imprevisíveis (art. 72º, n.º 1, alínea c), inciso iii)) é estabelecido um limite de ordem quantitativa. O aumento de preço não pode exceder, em qualquer caso, 50 % do valor do contrato original⁴⁰.

Uma das principais novidades é o facto de se explicitar que, no caso de várias modificações sucessivas, o umbral dos 50% aplica-se ao valor de cada modificação. O que significa que durante a execução de um contrato será possível introduzir ao longo do tempo diversas modificações consistentes no aditamento ou substituição de prestações que envolvam um aumento exponencial do valor inicial do contrato, podendo, no limite, o valor acumulado das modificações superá-lo largamente.

É esta permissividade que justifica que se estabeleça que tais modificações sucessivas estão sujeitas ao limite de não alteração da natureza global do contrato e que não podem, em caso algum, ter por objetivo a não aplicação das disposições da Directiva, *i.e.*, que não constituam uma forma de contornar os limites à admissibilidade de modifi-

39 Sublinhado nosso.

40 Para efeitos do cálculo do valor/preço mencionado no n.º 1, alínea b) e c) o art. 72º o valor/preço actualizado é o valor de referência sempre que o contrato contenha uma cláusula de indexação (art. 72º, n.º 3). Nos contratos de concessão, prevê-se que se não estiver prevista uma cláusula de indexação, o valor actualizado é calculado tendo em conta a média de inflação do Estado-membro da entidade adjudicante. (art.43º, n.º 3 *in fine* da Directiva relativa às concessões)



cações ao contrato sem necessidade de um novo procedimento adjudicatório. Trata-se, assim, de consagrar uma cláusula geral de proibição de fraude à lei.

Deve o legislador nacional indicar expressamente se os limites quantitativos fixados no art. 313º, n.º 1, alínea d) do APCCP são limites máximos totais de modificação do contrato ou se, pelo contrário, se aplicam a cada modificação, analisada isoladamente.

Neste último caso, deve ser logicamente revisto o art. 315º, n.º 1 do APCCP que fixa o limite a partir do qual a publicitação das modificações é obrigatória no portal dos contratos públicos (modificações que “representem um valor acumulado superior a 10% do preço contratual), como se demonstrará.

g) Justificação da eliminação no n.º 2 do art. 313º da exigência de que a modificação dos contratos especialmente regulados no Título II da Parte III fica “ainda” sujeita aos limites aí previstos

Acresce que, verificadas que estejam as condições exigidas para a admissibilidade de modificação para prestações complementares, há uma presunção inilidível de que a modificação não é substancial. Não faz qualquer sentido impor que, para além de todas as condições de ordem qualitativa ou quantitativa que condicionam em termos rigorosos a modificação relativamente a prestações complementares nos contratos de empreitada de obras públicas (art. 370º do APCCP), nos contratos de concessão (art. 420º- A do APCCP) e nos contratos de aquisição de serviços (art. 454º do APCCP), seja ainda necessário demonstrar que a modificação não é substancial e sujeitá-la a ordens de limites quantitativos mais reduzidos. Afigura-se, assim, imprescindível eliminar do n.º 2 do art. 313º a exigência de que a modificação dos contratos

especialmente regulados no Título II da Parte III fica “ainda” sujeita aos limites aí previstos.

h) Justificação da necessidade de aditar uma referência a todos os contratos administrativos no art. 311º, n.º 3 do APCCP e de substituir a remissão (errónea) para as modificações fundadas na alínea b) por uma remissão para as modificações fundadas na alínea a)

É de todo conveniente aditar ao art. 313º, n.º 3 do anteprojecto uma referência aos demais contratos administrativos uma vez que nenhum contrato administrativo, ainda que não tenha por objecto o exercício de poderes públicos, pode ser modificado quanto ao seu conteúdo por decisão judicial ou arbitral sob pena de violação do princípio da separação de poderes e da margem de livre apreciação e decisão da administração.

Por outro lado, existe um manifesto lapso na restrição da aplicação deste limite à modificação com fundamento na alínea b) (razões de interesse público) porquanto este limite está pensado para as modificações com fundamento na alínea a) (alteração anormal e imprevisível das circunstâncias). É consabido que o juiz nunca poderia impor uma modificação por razões de interesse público, tal como resulta expressamente do art. 3º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, na redacção dada pelo DL n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, que veda aos tribunais administrativos julgar da conveniência ou oportunidade da actuação da Administração. Só relativamente à modificação radicada numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias é que poderia ser discutível o poder de o juiz, na falta de acordo das partes, impor uma modificação do contrato em termos análogos ao que sucede no âmbito da teoria da imprevisão do Direito civil.



i) Proposta de alteração

Propõe-se a revisão total do art. 313º porquanto omite determinados limites, duplica limitações num manifesto erro técnico e justapõe diversas condições exigindo a sua verificação cumulativa para a admissibilidade da modificação, quando, na verdade, estas são estabelecidas nas Directivas de 2014 como condições autónomas e independentes entre si.

- (i) Eliminação da referência à modificação de contratos “públicos” no corpo do art. 313º, n.º 1.
- (ii) Eliminação da referência aos “fundamentos previstos no artigo anterior” no corpo do art. 313º, n.º 1.
- (iii) Aditar um número 2 em que se densifique o conceito de alteração substancial, apresentando como exemplos típicos de alteração substancial as três situações previstas nas Directivas (vide art. 72º, n.º 4 da Directiva 2014/24), sendo que uma delas foi omitida e outra está redigida em termos defeituosos, mais restritivos do que aquele que resulta das Directivas.
- (iii) Dar nova redacção ao preceito contido no art. 313º, n.º 1, alínea d) do anteprojecto, respeitante aos limites quantitativos à modificação, no sentido de:
 - Introduzir a admissibilidade de modificação por circunstâncias imprevisíveis com um limite quantitativo mais generoso, *v.g.* de 40%.
 - aditar que a modificação por circunstâncias imprevisíveis nestes casos apenas está condicionada ao limite da não alteração da natureza global do contrato, que constitui um limite distinto da ‘alteração substancial do contrato’.

[Voltar ao índice](#)

- Em qualquer caso, eliminar as remissões para a alíneas a) (alteração anormal e imprevisível das circunstâncias) e a alínea b) do art. 312º (razões de interesse público) para efeitos de fixação de diversos valores máximos quantitativos de modificação consoante o fundamento da mesma, substituindo-a por uma distinção baseada nas modificações devidas a “circunstâncias não previstas” e modificações devidas a “circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade diligente não pudesse ter previsto”,
- Explicitar se os valores quantitativos máximos valem para cada modificação *per se*, tal como permitem as Directivas, salvo fraude à lei ou se deve proceder-se ao valor acumulado no caso de sucessivas modificações.

(vii) Eliminar do actual n.º 2 do art. 313º a expressão “ainda”.

(viii) Aditar ao art. 313º, n.º 3 do anteprojecto uma referência aos demais contratos administrativos e corrigir remissão para a alínea b) do art. 313º, substituindo-a por uma remissão para a alínea a) (ou nem sequer fazer qualquer referência aos fundamentos, como parece preferível)

Artigo 313.º

Limites

1 - A modificação de qualquer contrato (eliminar: com os fundamentos previstos no artigo anterior) encontra-se sujeita aos seguintes limites:

- a) Não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato.



b) Não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência;

2. Para efeitos do disposto na alínea a) no número anterior, considera-se que existe uma alteração substancial quando a modificação tornar o contrato materialmente diferente do contrato celebrado inicialmente, designadamente quando se se verificar uma ou mais das seguintes condições:

a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial e desde que objetivamente demonstrável, teriam ocasionado a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a admissão de outras propostas ou de outras candidaturas ou teriam atraído mais participações no procedimento”;

b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido. (corresponde à alínea e) do n.º 1 do art. 313º do APCCP);

c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;

3. Além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no número 1, a modificação é admitida quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições:

a) o valor da mesma seja inferior aos limiares estabelecidos no artigo 474º do presente Código;

Voltar ao índice

b) o valor da mesma seja inferior a 10% do valor do contrato inicial , no caso de contratos públicos em geral e a 15% do valor do contrato inicial, no caso de contrato de empreitada de obra pública, sendo este valor avaliado, no caso de várias modificações sucessivas, com base no valor líquido acumulado dessas modificações;

c) não seja alterada a natureza global do contrato.

OU/E

j) O aumento de preço originado por cada modificação (ou, em alternativa, o aumento total do preço da modificação, incluindo modificações sucessivas) não pode ultrapassar

a) 10% / 25% do preço contratual inicial no caso de a modificação ser devida a circunstâncias não previstas, desde que respeitados os limites previstos no número 1 (eliminar “no caso da alínea a) do artigo anterior, e 10% do preço contratual inicial, no caso da alínea b) do artigo anterior”),

b) 25%/40% do preço contratual inicial, no caso de modificações devidas a circunstâncias não imprevisíveis para um contraente diligente, desde que não seja alterada a natureza global do contrato

4 - A modificação dos contratos especialmente regulados no Título II da Parte III do presente Código fica sujeita (eliminar «ainda») aos limites aí previstos.

5 - Nos contratos sobre o exercício de poderes públicos, bem como nos demais contratos administrativos, o fundamento previsto na alí-



nea a) do n.º 1 do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa.

6 – (...)

3.3. As consequências da modificação no Anteprojeto (art. 314º, n.º 1 e n.º 3 do APCCP)

O art. 314.º do APCCP, sob a epígrafe “Consequências” da modificação prescreve o seguinte:

“1 - O cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja, para além de outras especialmente previstas na lei:

(...)

2.(...)

3 - Quando a modificação do contrato tenha por fundamento as circunstâncias previstas na alínea a) do n.º 1 do artigo 312.º, o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.”

[Voltar ao índice](#)

a) Justificação da necessidade de alteração da redacção do corpo do art. 314º, n.º 1 do APCCP

O legislador do anteprojecto do CCP deve esclarecer a razão pela qual no número 1 do art. 314º se aditou a referência a outros fundamentos especialmente previstos na lei que conferem o direito à reposição do equilíbrio financeiro. Este aditamento contradiz o disposto no art. 282º, n.º 1 do CCP que admite que, para além dos casos previstos na lei, haja, a título excepcional, o direito à reposição do equilíbrio financeiro com fundamento no clausulado do contrato. Pretende-se modificar o art. 282º, n.º 1, passando agora a exigir-se uma base legal e não meramente contratual para o reconhecimento do direito à reposição do equilíbrio financeiro ou trata-se de um lapso?

Deve ainda ser corrigido um erro gramatical uma vez que se emprega o género feminino quando, atendendo ao sujeito em causa, deveria empregar-se o género masculino: (...) sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja, para além de outros fundamentos especialmente previstos na lei (...)."

b) Justificação da eliminação do n.º 3 do art. 314º

Deve, em nosso entender, ser eliminado o n.º 3 do art. 314º. Por um lado, não se vislumbra a sua utilidade porquanto se limita a reproduzir o preceito constante do artigo 282º, n.º 2 do CCP (pressupostos legais do direito ao reequilíbrio financeiro).

Por outro lado, e mais relevante, o n.º 3 do APCCP colide directamente com o disposto no número 2 do art. 314º. Se a alteração das circunstâncias não imputável ao contraente público apenas confere direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, de acordo com a equidade, nos termos da teoria da imprevisão (art. 314º, n.º 2) e



não um direito ao reequilíbrio financeiro, contrariamente às situações previstas no n.º 1 do art. 314º, é aberrante vir o n.º 3 prever que nessas situações afinal há direito ao reequilíbrio financeiro. Ou se elimina este n.º 3 ou a remissão deve ser realizada não para a alínea a) do n.º 1 do art. 312º mas antes para o art. 314º, n.º 1, alínea a) (alteração das circunstâncias imputável ao contraente público – facto do príncipe), embora nada se acrescente ao que já resulta do art. 314º, n.º 1 a) e do art. 282º, n.º 2 do CCP.

c) Proposta de alteração

- (i) Esclarecer a razão pela qual no n.º 1 do art. 314º do APCCP se aditou a referência a outros fundamentos especialmente previstos na lei que conferem o direito à reposição do equilíbrio financeiro. Este aditamento contradiz o disposto no art. 282º, n.º 1 do CCP que admite que, para além dos casos previstos na lei, haja a título excecional, o direito a reposição do equilíbrio financeiro com fundamento no clausulado do contrato. Pretende-se que só os fundamentos com base legal passem a ser relevantes?
- (ii) Corrigir erro gramatical neste preceito.
- (iii) Eliminar o n.º 3 do art. 314º ou dar-lhe uma nova redacção, substituindo a remissão para o disposto na alínea a) do art. 312º por uma remissão para a alínea a) do n.º 1 do mesmo preceito (314º, n.º 1, alínea a))

Artigo 314.º
Consequências

“1 - O cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja, para além de outros fundamentos especialmente previstos na lei e no contrato:

(...)

2.(...)

3 – (Eliminar, ou, em alternativa, adoptar a seguinte redacção): Quando a modificação do contrato tenha por fundamento as circunstâncias previstas na alínea a) do n.º 1 o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.”

3.4. Publicidade das modificações (art.. 315º, n.º 1 e n.º 3 do APCCP)

a) A publicidade das modificações no art. 315º do anteprojecto

O art. 315º do APCCP, sob a epígrafe “Publicidade das modificações”, dispõe o seguinte:

“1 - As modificações objetivas do contrato que representem um valor acumulado superior a 10% do preço contratual devem ser publi-



citadas, pelo contraente público, no portal dos contratos públicos, até cinco dias após a sua concretização, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato.

2 - A publicitação referida no número anterior é condição de eficácia dos atos administrativos ou acordos modificativos, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.

3 - Tratando-se de contratos celebrados na sequência de procedimento com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, devem ainda ser divulgadas neste jornal oficial, mediante anúncio de modelo próprio, as modificações objetivas que tenham como fundamento o previsto no n.º 3 do artigo 370.º ou no n.º 2 do artigo 420.º-A.”

b) Justificação das alterações propostas e dúvidas suscitadas

É necessário esclarecer o sentido e o alcance do n.º 1 do art. 315º do APCCP quando impõe a publicitação no portal dos contratos públicos das modificações aos contratos apenas quando o seu “valor acumulado” seja “superior a 10% do preço contratual”.

Por regra, o art. 313º, n.º1, alínea d), 2ª parte do APCCP estipula que o “aumento total do preço originado pelas eventuais modificações” fundadas em razões de interesse público nunca poderá ultrapassar “10% do preço contratual”, o que significa que estas modificações nunca serão objecto de qualquer publicação.

Ou, na melhor das hipóteses, só serão publicadas quando o seu “valor acumulado” for superior a 10% (art. 315º, n.º 1 do APCCP). Esta última possibilidade pressupõe o entendimento de que cada modificação não pode ascender aos 10%, podendo, porém, o seu valor acumulado ultrapassar esse limite. A verdade é que tal interpretação não se

coaduna com o elemento literal do art. 313º, n.º1, alínea d), 2ª parte do APCCP. Nesta disposição, a fixação de limites quantitativos máximos é estabelecida tendo em consideração o “aumento total do preço originado pelas eventuais modificações”, pelo que aqueles limites parecem reportar-se ao preço acumulado de várias modificações.

Em sede de trabalhos e serviços complementares, optou-se - conscientemente ou não - por manter o somatório das várias modificações (valor acumulado) – solução que vem do regime anterior - quando é certo que as Directivas determinam que quando a modificação se funda na necessidade de prestações complementares ou em circunstâncias imprevisíveis o limite máximo - que é de 50% - aplica-se ao valor de cada modificação, não se procedendo ao cálculo do seu valor acumulado com modificações anteriores, salvo situações de fraude à lei.

Importa, assim, esclarecer se os limites quantitativos máximos das modificações constantes do art. 313º e do art. 420º-A valem para cada modificação, *per se*, ou se o que é relevante é o seu valor acumulado, questão que está em aberto e deve ser resolvida expressamente pelo legislador. Deve ainda, neste contexto, reflectir-se sobre a opção de manutenção do valor líquido acumulado das modificações nos trabalhos e serviços complementares.

Registe-se ainda que a imposição de uma obrigação de publicação no portal dos contratos públicos apenas nos casos em que o valor da modificação supere 10% do preço contratual não é claramente promotora do princípio da transparência, embora pareça corresponder a uma opção política que se funda na ideia de que só se justifica impor a publicação quando sejam atingidos determinados limiares.

Contudo, pelas razões expostas, apenas conhecerá aplicação, na prática, quando a modificação se funde em circunstâncias imprevisíveis,



pois só nesses casos poderá o seu valor ultrapassar a percentagem de valor fixada. Consequentemente, aquela opção equivale a não exigir a publicação quando se trate de uma modificação fundada em circunstâncias perfeitamente previsíveis por uma entidade adjudicante diligente, *i.e.*, exactamente nas situações que oferecem um maior risco de favorecimento ilegítimo do co-contratante.

A mesma opção foi tomada no que respeita aos trabalhos complementares, serviços complementares e prestações complementares nos contratos de concessão. Quando fundados em circunstâncias não previstas mas previsíveis por uma entidade adjudicante diligente, nunca podem atingir o valor de 10% do preço contratual (art. 370º, n.º 2, alínea b), art. 420º-A, n.º 1, alínea b) e art. 454º, n.º 2, alínea b) do APCCP), o que significa que as modificações nunca serão publicadas no portal dos contratos públicos. Neste caso, uma vez que tanto o art. 370º, n.º 2 alínea b) como o art. 454º, n.º 2, alínea b) determinam que se some o preço dos trabalhos e serviços complementares aos de anteriores trabalhos e serviços complementares para efeitos de se verificar se não excedem 10% do preço contratual, não há dúvidas que nunca haverá qualquer publicação destas modificações.

Já as modificações dos contratos em geral fundadas numa “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias” (*rectius*, em circunstâncias imprevisíveis) poderão ascender até quase 25% (art. 313º, n.º1, alínea d), 1ª parte do APCCP), pelo que poderão ser objecto de publicação nos casos em que sejam, em concreto, superiores a 10%.

Também a modificação dos contratos especialmente regulados no título II da Parte III (prestações complementares nos contratos de empreitada, concessões e serviços) quando fundada em circunstâncias imprevisíveis, uma vez que pode ascender a um valor inferior a 25%

nos contratos de concessão (art. 420º-A, n.º 2 do APCCP) ou a 40% nos contratos de empreitada e contratos de serviços (art. 370º, n.º 4 e art. 454º, n.º 3 do APCCP) poderá vir a ser alvo de publicação no portal dos contratos públicos (ou não, se, no caso concreto, o seu valor for inferior a 10%).

A questão já se coloca de modo inteiramente diferente no que respeita à publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

A publicação de um anúncio da modificação no Jornal Oficial da União Europeia, nos termos previstos no art. 315º, n.º 3 do APCCP, apenas abrange as modificações objectivas que tenham por objecto o fundamento previsto “no n.º 3 do art. 370º ou no n.º 2 do art. 420º-A”, *i.e.*, quando se fundem em circunstâncias imprevisíveis.

Desde logo o legislador esqueceu-se de remeter para a modificações fundada em prestações complementares nos contratos de serviços (falta uma remissão para o art. 454º, que versa sobre os serviços complementares).

Por outro lado é ostensivamente violador do Direito comunitário circunscrever esta obrigação de publicação no JOUE aos casos em que a modificação radica em circunstâncias imprevisíveis. Com efeito, quer as modificações que resultem da necessidade de prestações complementares baseadas em circunstâncias previsíveis como aquelas que se fundem em circunstâncias imprevisíveis estão submetidas a publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia⁴¹ Portanto, quer no caso

41 Cfr. último paragrafo do n.º 1 do art. 72º da Directiva n.º 2014/24/EU, que impõe a publicação de anúncio da modificação, independentemente do seu valor, nos casos previstos nas alíneas b) (prestações complementares) e na alínea c) (circunstancias imprevisíveis).



em que a modificações seja devida a circunstâncias previsíveis, caso em que foi fixado um limite inferior a 10% (art. 370º, n.º 2, alínea b), art. 420º-A, n.º 1, alínea b) e art. 454º, n.º 2, alínea b) do APCCP) quer no caso em que seja devida a circunstâncias imprevisíveis, em que a lei nacional estabeleceu um limite inferior a 25% (art. 420º-A, n.º 2) ou a 40% (art. 370º, n.º 4 e art. 454º, n.º 3), é sempre obrigatória a publicação no JOUE.

Uma vez que as Directivas impõem a publicação no Jornal Oficial naquelas duas constelações de casos, independentemente do valor da modificação, o art. 315º, n.º 3 viola manifestamente o Direito comunitário.

c) Proposta de alterações

- (i) Reflectir sobre as consequências em termos de falta de promoção do princípio da transparência da manutenção da norma prevista no art. 315º, n.º 1, na parte em que impõe publicitação no portal dos contratos públicos apenas quando valor da modificação seja superior a 10% do preço contratual.
- (ii) Esclarecer em que termos em que se articula a norma estabelecida no art. 315º, n.º 1 quando se refere a “valor acumulado” superior a 10%, com a disposição constante do art. 313º, n.º 1, alínea d) que se refere ao ‘aumento total do preço originado pelas eventuais modificações’, sendo imperativo esclarecer se os limites máximos fixados nesta última se reportam a cada modificação *per se*, ou, pelo contrário, respeitam ao valor líquido acumulado das eventuais modificações sucessivas.

- (iii) Aditar ao art. 315º, n.º 3 uma remissão para o art. 454º (serviços complementares), sob pena de violação do Direito comunitário.
- (iv) Corrigir remissão do art. 315º, n.º 3 para o art. 370, n.º 3 (que, além do mais, foi revogado) e para o n.º 2 do art. 420º-A, remetendo apenas para o art. 370º e art. 420º-A, de modo a evitar uma violação clamorosa do Direito comunitário ao negar a obrigação de publicação às modificações que não atinjam determinados valores, pese embora se tratem de prestações complementares.

Artigo 315.º

Publicidade das modificações

1 - As modificações objetivas do contrato que representem um valor (eliminar “acumulado”) igual ou superior a 6% ou 8%/ ou 9% do preço contratual devem ser publicitadas, pelo contraente público, no portal dos contratos públicos, até cinco dias após a sua concretização, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato.

2 – (...)

3 - Tratando-se de contratos celebrados na sequência de procedimento com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, devem ainda ser divulgadas neste jornal oficial, mediante anúncio de modelo próprio, as modificações objetivas previstas no artigo 370º, no artigo 420º-A e no art. 454º.



3.6. Os limites às modificações fundadas na necessidade de prestações complementares: art. 370º, art. 420ºA e art. 454º do APCCP

O art. 370º do APCCP, sob a epígrafe “Trabalhos complementares” dispõe o seguinte:

“1 - São trabalhos complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato.

2 - Quando os trabalhos complementares fiquem a dever-se a circunstâncias não previstas, pode o dono da obra ordenar a sua execução ao empreiteiro desde que, de forma cumulativa:

- a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra;
- b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevistas, não exceda 10% do preço contratual; e
- c) O somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos complementares não exceda os limites previstos na alínea d) do artigo 19º, quando o procedimento adotado tenha sido o ajuste direto, na alínea c) do artigo quando o procedimento tenha sido o da consulta prévia ou na alínea b) do artigo 19.º quando o procedimento adotado tenha sido o concurso público ou o concurso limitado sem publicação do respetivo anúncio no Jornal Oficial da União Europeia;
- d) [Revogada].

3 - [Revogado].

[Voltar ao índice](#)

4 - Quando os trabalhos complementares se ficarem a dever a circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, pode o dono da obra ordenar a sua execução desde que, de forma cumulativa:

- a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra; e
- b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não exceda 40% do preço contratual.

5- Os trabalhos complementares que excedam os limites previstos no presente artigo e no artigo 313.º devem ser adjudicados na sequência de novo procedimento.⁴²

Por sua vez, o artigo 454.º do APCCP, sob a epígrafe “Serviços complementares” prescreve que:

“1 - São serviços complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato.

2 - Quando os serviços complementares ficarem a dever-se a circunstâncias não previstas, pode o contraente público ordenar a sua execução ao cocontratante desde que:

- a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos;

42 Sublinhado nosso.



- b) O preço desses serviços, incluindo o de anteriores serviços complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevistas, não exceda 10% do preço contratual; e
- c) O somatório do preço contratual com o preço atribuído aos serviços complementares não exceda os limites previstos na alínea b) do artigo 19.º, quando o procedimento adotado tenha sido o concurso público ou o concurso limitado sem publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, na alínea c) do mesmo artigo, quando o procedimento adotado tenha sido a consulta prévia, ou na alínea d) do mesmo artigo, quando o procedimento adotado tenha sido o ajuste direto;
- d) [Revogada].

3 - Quando os serviços complementares se ficarem a dever a circunstâncias imprevisíveis, ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, pode o contraente público ordenar a sua execução ao cocontratante desde que:

- a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos; e
- b) O preço desses serviços, incluindo o de anteriores serviços complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não exceda 40% do preço contratual.

4- [Revogado].

5- Caso não se verifique alguma das condições previstas no n.º 2, os serviços complementares devem ser objecto de contrato celebrado

na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I da parte II.

6- [Revogado].”⁴³

O artigo 420.º-A do APCCP, sob a epígrafe “Modificações ao contrato” de concessão de obras públicas e de serviços públicos, estabelece que:

“1 - O concedente apenas pode ampliar a quantidade de obras ou serviços abrangidos pelo contrato, com fundamento em circunstâncias não previstas, se:

- a) As mesmas não puderem ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves ou que impliquem um aumento considerável de custos para concedente;
- b) O valor dessas obras ou serviços não exceder 10% do valor do contrato.

2 - Quando a modificação do contrato se fundar em circunstâncias imprevisíveis, o valor da modificação não pode ultrapassar 25% do valor do contrato.”⁴⁴

43 Sublinhado nosso.

44 Sublinhado nosso.



a) Justificação da proposta de alteração dos pressupostos e dos trabalhos complementares, serviços complementares e obras e serviços complementares nas concessões e a introdução do limite da natureza global do contrato no art. 420º-A, n.º 2.

Constata-se que o legislador do anteprojecto procurou fixar o critério das prestações complementares mantendo a redacção constante do anterior fundamento do procedimento negociado sem prévia publicação de anúncio constante do art. 31º, n.º 4, alínea a) da Directiva 2004/18/CE, relativa aos contratos públicos, que é diversa.

Nestas disposições assiste-se, por conseguinte, a uma transposição defeituosa dos pressupostos previstos para as prestações complementares no art. 72º, n.º 1, alínea b) da Directiva n.º 2014/24/EU⁴⁵. Com efeito, manteve-se a condição da inseparabilidade económica e técnica dos trabalhos complementares com o objecto do contrato que constava deste preceito da Directiva de 2004 e, mercê da sua transposição, do art. 370, n.º 1, alínea b), 1ª parte do CCP (*v.g.* art. 370º, n.º 2, alínea a) 1º parte e art. 370º, n.º 4, alínea a) do APCCP) quando esta condição foi flexibilizada na Directiva.

Com efeito, agora o pressuposto e o parâmetro da admissibilidade da modificação determinada pela necessidade de prestações complementares são os efeitos resultantes da mudança de co-contratante, sempre que acarretem graves inconvenientes do ponto de vista técnica ou económico ou um aumento substancial de custos e não a separabilidade do objecto do contrato. Para cúmulo, revogou-se a parte em que se preceituava que também seriam admitidos trabalhos a mais quando “embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da

⁴⁵ Corresponde ao art. 43º, n.º 1, alínea b) da Directiva sobre concessões e ao art. 89º, n.º 1, b) da Directiva relativa aos contratos públicos nos sectores especiais.

obra” (art. 370, n.º 1, alínea b) 2ª parte do CCP), que seria, apesar de tudo, mais adequada.

É positiva, por outro lado, a opção pela expressão “aumento considerável de custos”⁴⁶ em vez da transposição acrítica da redacção constante da versão portuguesa das Directivas de “duplicação de custos”, de modo a frisar que não se trata de um simples operação aritmética de cálculo mas de um juízo valorativo sobre o grau de intensidade do aumento dos custos exigível.

b) Em especial, os pressupostos e limites do art. 420º-A do APCCP

No que respeita às prestações complementares no contrato de concessão, constitui um factor de perturbação perfeitamente dispensável o facto de o n.º 2 do art. 420º-A do APCC, se referir apenas à modificação do contrato fundada em “circunstâncias imprevisíveis”, não acrescentando, ao contrário do que sucede no art. 370º, n.º 4 e art. 454º, n.º 4 do APCCP, “ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto”, pelo que tal esclarecimento deve ser aditado.

O corpo do art. 420º-A, n.º 1 determina que o “concedente apenas pode ampliar a quantidade de obras ou serviços abrangidos pelo contrato” nas condições fixadas. Sucede que o pressuposto comunitário das prestações complementares permite quer a ampliação quer a substituição das obrigações a cargo do co-contratante, pelo que se afigura demasiado restritiva a redacção deste preceito.

46 Corresponde à redacção constante da versão francesa (“*augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur*”) e espanhola (“*un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador*”) da Directiva.



Denota-se ainda que no n.º 2 do art. 420º-A, afastando-se da opção acolhida no art. 370º, n.º 4 e art. 454º, n.º 4, se consagra a admissibilidade de modificações fundadas em circunstâncias imprevisíveis sem a condicionar aos pressupostos dos trabalhos complementares. Trata-se de uma opção perfeitamente legítima. Todavia, deve ser acrescentado que essa modificação, além de se ater dentro dos limites quantitativos, não pode implicar uma alteração da natureza global do contrato.

Caso a intenção do legislador seja, ao invés, de condicionar a modificação também aqui aos pressupostos das prestações complementares, deve ser revista a redacção da mesma. Todavia, em virtude da especial complexidade das concessões, julgamos que deve ser mantida a possibilidade de modificação nos termos mais amplos previstos nas Directivas neste tipo de contratos.

b) Justificação da proposta de eliminação da remissão para os limites previstos no art. 313º ex vi art. 370º, n.º 5 do APCCP

Por outro lado, o pressuposto que habilita à modificação fundada na necessidade de prestações complementares foi conjugado com o pressuposto das circunstâncias imprevisíveis e o pressuposto de limites quantitativos máximos. Não se justifica, por conseguinte, sujeitar ainda cumulativamente aos limites da modificação não substancial limites quantitativos previstos nas diversas alíneas do n.º 1 do art. 313º (*vide supra*), pelo que deve ser eliminada a remissão para o disposto neste preceito.

c) Justificação da proposta de uma redacção uniforme do art. 370º, n.º 5 e art. 454º, n.º 5, de correção da remissão operada por este último e de aditamento de norma idêntica no art. 420º-A

O art. 454º, n.º 5 do APCCP prescreve que caso “não se verifique alguma das condições previstas no n.º 2, os serviços complementares devem ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I da parte II”. Por manifesto lapso, manteve-se a remissão para as condições previstas no n.º 2 constante do art. 454º do CCP, quando se pretendia remeter quer para o n.º 2 quer para o n.º 4 do art. 454º do APCCP.

Por outro lado, consideramos preferível à nova redacção do n.º 5 do art. 370º do APCCP (“Os trabalhos complementares que excedam os limites previstos no presente artigo (...) devem ser adjudicados na sequência de novo procedimento”) manter a actual redacção do n.º 5 do art. 370º do CCP, até porque foi conservada no n.º 5 do art. 454º do APCCP, logrando-se assim uma uniformização postulada pelas mais elementares razões de legística (“devem ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I da parte II”).

Uma norma com a mesma redacção deve ser aditada ao art. 420º-A, relativo às prestações complementares nas concessões.

d) Justificação da elevação do limite quantitativo da modificação fundada em circunstâncias imprevisíveis por uma entidade adjudicante razoavelmente diligente no art. 420-A, n.º 2 do APCCP para 40%

É, no mínimo, estranho que a modificação das concessões, contratos de natureza complexa e natureza duradoura, onde com maior acuidade



se coloca a necessidade de introdução de alterações, seja objecto de um tratamento mais desfavorável do que os contratos de empreitada e contratos de prestação de serviços.

É certo que o legislador comunitário, no que concerne ao pressuposto de modificação fundada em critérios meramente quantitativos, fixa como limite máximo do valor da modificação dos contratos de concessão um valor inferior a 10% do valor da concessão inicial (art. 43º, n.º 2, inciso ii) da Directiva n.º 2014/23/EU), sem sequer ter o cuidado de elevar este limite para os 15% no caso se de tratar de um contrato de concessão de obras, à semelhança do que determinou para o contrato de empreitada de obras públicas (v.g. art. 72º, n.º 2, inciso ii, parte final da Directiva n.º 2014/24/UE).

Mas a verdade é que a Directiva de 2014 relativa às concessões fixa um tecto máximo único muito superior - 50% do valor da concessão inicial - tanto no que concerne às modificações fundadas na necessidade de prestações complementares (art. 43º, n.º 1, alínea b), último parágrafo da Directiva n.º 2014/23/EU), como é o presente caso, como no que respeita às modificações fundadas em circunstâncias imprevisíveis (art. 43º, n.º 1, alínea c), inciso iii) da Directiva n.º 2014/23/EU), pressuposto que também foi tomado em consideração pelo legislador nacional na disciplina das prestações complementares. O limite quantitativo das prestações complementares de obras e serviços nas concessões deve *a fortiori* face aos contratos de empreitada e de serviços, ser elevado, outrossim, para os 40% no âmbito das concessões.

e) Proposta de alteração

Artigo 370.º

Trabalhos complementares

1 - São trabalhos complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato.

2 - Quando os trabalhos complementares ficarem a dever-se a circunstâncias não previstas, pode o dono da obra ordenar a sua execução ao empreiteiro caso a mudança de contratante, de forma cumulativa:

- a) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, e
- b) seja altamente inconveniente ou provoque um aumento considerável dos custos para a autoridade adjudicante
- c) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisas, não exceda 10% do preço contratual;
- d) (...)

4. Quando os trabalhos complementares ficarem a dever-se a circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, pode o dono da obra ordenar a sua execução ao empreiteiro caso a mudança de contratante, de forma cumulativa:

- a) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, e
- b) seja altamente inconveniente ou provoque um aumento considerável dos custos para a autoridade adjudicante;



- c) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não exceda 40% do preço contratual.

5 -Os trabalhos complementares que excedam os limites previstos no presente artigo (eliminar “ e no artigo 313.º) devem ser objeto de contrato celebrado na sequência de procedimento adotado nos termos do disposto no Título I da Parte II.

Artigo 454.º

Serviços complementares

1 - São serviços complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato.

2 -Quando os serviços complementares fiquem a dever-se a circunstâncias não previstas, pode o contraente público ordenar a sua execução ao cocontratante caso a mudança de contratante, de forma cumulativa:

- a) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, e
- b) seja altamente inconveniente ou provoque um aumento considerável dos custos para a autoridade adjudicante
- c) O preço desses serviços, incluindo o de anteriores serviços complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevistas, não exceda 10% do preço contratual; e
- d) O somatório do preço contratual com o preço atribuído aos serviços complementares não exceda os limites previstos na alínea b) do artigo 19.º, quando o procedimento adotado tenha sido o concurso público ou limitado sem publicação de

Voltar ao índice

anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, na alínea c) do mesmo artigo, quando o procedimento adotado tenha sido a consulta prévia, ou na alínea d) do mesmo artigo, quando o procedimento adotado tenha sido o ajuste direto;

3 - Quando os serviços complementares se fixarem a dever a circunstâncias imprevisíveis, ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, pode o contraente público ordenar a sua execução, caso a mudança de contratante, de forma cumulativa:

a) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, e

b) seja altamente inconveniente ou provoque um aumento considerável dos custos para a autoridade adjudicante

b) O preço desses serviços, incluindo o de anteriores serviços complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não exceda 40% do preço contratual.

4 – (Revogado).

5 – Os serviços complementares que excedam os limites previstos no presente artigo devem ser objeto de contrato celebrado na sequência de procedimento adotado nos termos do disposto no Título I da Parte II.

6 – (Revogado).

Artigo 420.º-A

Modificações ao contrato

“1 - O concedente apenas pode substituir ou ampliar as obras ou serviços abrangidos pelo contrato, com fundamento em circunstâncias não previstas, caso a mudança de contratante, de forma cumulativa:



- a) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, e
- b) seja altamente inconveniente ou provoque um aumento considerável dos custos para a autoridade adjudicante
- c) O valor dessas obras ou serviços não exceder 10% do valor do contrato.

2 - Quando a modificação do contrato se fundar em circunstâncias imprevisíveis, ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, o valor da modificação não pode ultrapassar 40% do valor do contrato nem alterar a sua natureza global.

- e) As modificações que excedam os limites previstos no presente artigo devem ser objeto de contrato celebrado na sequência de procedimento adotado nos termos do disposto no Título I da Parte II.

4. Breves notas finais sobre as consequências jurídicas de uma modificação proibida e a necessidade de uma nova redacção do art. 284º, n.º 2, alínea f) e g) do APCCP

O art. 73º, alínea a), da Directiva n.º 2014/24/2014⁴⁷, relativa aos contratos públicos, estabelece que:

“Os Estados-Membros asseguram que as autoridades adjudicantes tenham a possibilidade de rescindir um contrato público durante a sua vigência, pelo menos nas circunstâncias a seguir enu-

⁴⁷ Corresponde ao art. 44º alínea a) da Directiva relativa às concessões e ao art. 90º, alínea a) da Directiva que regula os contratos públicos nos sectores especiais.

meradas e nas condições determinadas pelas normas de direito nacional aplicáveis, caso:

- a) O contrato tenha sido objeto de uma modificação substancial que exigiria um novo concurso nos termos do artigo 72.º; (...)"

O legislador do anteprojecto não previu que uma modificação que viole os limites fixados pela Directiva⁴⁸ constitua uma causa de resolução do contrato, constando-se, aliás, que o capítulo VIII do título I da Parte III, relativo à extinção do contrato, não foi objecto de quaisquer alterações.

Mas acautelou o propósito de sancionar uma modificação realizada com desrespeito dos limites fixados com o desvalor jurídico da invalidade.

Em sede de disciplina de invalidade originária do contrato, o novo n.º 2 do art. 284º sanciona com o desvalor jurídico mais grave da nulidade, entre outras, as seguintes hipóteses:

- “f) Os contratos celebrados com alteração dos elementos essenciais das peças do procedimento que devessem constar do respetivo clausulado;
- g) Os contratos celebrados com aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites.”

48 A nosso ver, pese embora a deficiente redacção das disposições da Directivas, o que está em causa é sancionar a violação de todo e qualquer limite à modificação e não apenas os que se prendem com uma alteração substancial do contrato. Por outro lado, tal regra aplica-se ainda que o procedimento pré-contratual adequado não fosse o concurso público.



Esta disposição suscita inúmeras perplexidades. *Primo*, o art. 283º, que disciplina a invalidade consequente do contrato por força da invalidade de actos procedimentais comina com a mera anulabilidade os contratos celebrados quando “tiverem sido anulados ou forem anuláveis os actos procedimentais em que assenta a sua celebração e se demonstre que o vício determina a invalidade do contrato, designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado⁴⁹ ou uma alteração do seu conteúdo essencial” (art. 283º, n.º 2 do APCCP).

Já a celebração de um contrato “com alteração dos elementos essenciais das peças do procedimento que devessem constar do respetivo clausulado”⁵⁰ (art. 284º, n.º 2, alínea f) do APCCP) será cominada com a nulidade. A redacção desta disposição é, no mínimo, ambígua. Está em causa a celebração de um contrato, na imediata sequência do procedimento pré-contratual, em que se incluíram ou substituíram cláusulas que constavam do caderno de encargos e/ou proposta do adjudicatário, modificando a minuta do contrato aprovada⁵¹? Ou pretende-se, malgrada a insuficiente correspondência verbal, regular a alteração de elementos essenciais das peças do procedimento que constavam do respetivo clausulado? Está em causa o contrato originário ou o contrato modificativo desse contrato?

49 Registe-se que não se verifica qualquer modificação ‘subjectiva’ do contrato que convoque a aplicação do regime previsto nos arts. 316º e ss. do CCP. O que sucede é que teria sido outro o adjudicatário não fosse o vício de que enferma o acto procedimental que provoca a invalidade consequente do contrato. É, assim, pouco precisa a convocação deste instituto no n.º 2 do art. 283º, que se limita, porém, a reproduzir o disposto no n.º 4 do mesmo preceito, que já constava da versão do CCP vigente.

50 Sublinhado nosso.

51 Se estiverem em causa ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar introduzidos aquando da aprovação da minuta do contrato (art. 99º do CCP), será pela lógica do sistema aplicável o regime de invalidade consequente do contrato.

Idênticas dificuldades e insuficiências revela a alínea g) do n.º 2 do art. 284º do APCCP. São nulos os “contratos celebrados com aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites.” O que se esperaria é que consagrasse que são nulos (ou anuláveis) os contratos celebrados que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites. Qual a razão de se circunscrever aos casos em que o contrato inicial prevê cláusulas que estipulam condições de modificação que violam os pressupostos e limites às modificações? Sobretudo porque nesse caso o que se afigura verdadeiramente relevante é a modificação do contrato fundada nessas cláusulas e não tanto a estipulação das cláusulas em si, que, quando muito, serão inválidas, permanecendo o contrato válido por aplicação do instituto da redução do contrato.

Em suma, na redacção actual não há nenhuma norma que preveja em geral a nulidade da modificação do contrato quando esta viole os pressupostos e limites previstos na lei. Caso o art. 284º, n.º 2 não seja alterado, a conclusão a retirar é de que o contrato modificativo do contrato inicial que atente contra os limites da modificação será anulável, nos termos da cláusula geral do n.º 1.

Mais, não existe qualquer regulação quanto ao destino do contrato originário.

Casos há em que a nulidade do contrato modificativo não obsta à manutenção do contrato anterior, iniciando-se um novo procedimento pré-contratual para seleccionar o adjudicatário do contrato a celebrar para a execução das modificações.

Mas outras situações inviabilizam que o contrato originário possa ser executado nos termos inicialmente estipulados, sendo necessária a ce-



lebração de um novo contrato na sequência de um novo procedimento adjudicatório para prosseguir as finalidades em causa. A verdade é que o contrato anterior mantém-se válido, não há qualquer incumprimento por parte do co-contratante, pelo que terá que ser extinto por razões de interesse público, o que envolve o pagamento de justa indemnização. Razão pela qual talvez fosse avisado prever a extinção do contrato por impossibilidade jurídica nas situações em que a sua execução nos termos originários não se afigure viável objectivamente, ou, nos casos em que são razões de interesses público que obstam à sua execução nos termos inicialmente estipulados, repensar o regime indemnizatório da resolução por razões de interesse público⁵².

52 Para uma crítica do instituto do facto do príncipe, bem como do regime de resolução do contrato por razões de interesse público nos sistemas de matriz francesa e apresentação de soluções alternativas, cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *Contributo...*, op. cit., pp. 435 e ss., em particular, pp. 664 e ss.

Novidades sobre arbitragem no anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos¹

JOÃO MIRANDA²

1. O preâmbulo do Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos anuncia que uma das inovações introduzidas constitui a possibilidade de recurso à arbitragem, com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizada, tendo em vista a resolução de litígios de forma mais rápida e barata.

O anúncio revela-se, no entanto, exagerado, uma vez que a legislação processual administrativa já previra anteriormente a admissibilidade de resolução de litígios sobre contratação pública em tribunais arbitrais. Com efeito, o artigo 180.º, n.º 1, alínea a) da versão inicial do Código de Processo nos Tribunais Administrativos³, doravante abreviadamente

1 Corresponde à intervenção proferida na Conferência “Debate Público sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos”, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 15 de setembro de 2016, coordenada pelas Profs. Doutoradas Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins, a quem agradecemos o convite para participar no evento. O texto reproduz o estilo utilizado na intervenção oral.

2 Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Instituto de ciências jurídico-políticas e do Centro de Investigação de Direito Público. Advogado.

3 Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro.



designado CPTA, contemplou que podia ser constituído um tribunal arbitral para julgar “questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução”.

Portanto, porventura, mais do que propriamente inovar, o legislador do Anteprojecto pretende imprimir uma maior relevância à arbitragem em sede de contratação pública.

2. Antes de entrar na apreciação do conteúdo do Anteprojecto, gostaria de tecer algumas considerações de carácter geral sobre a arbitragem administrativa, em especial sobre as suas virtualidades e inconvenientes.

A arbitragem envolve, como é sabido, a resolução dos litígios fora do âmbito dos Tribunais do Estado. Constitui um meio alternativo de realização da composição de interesses das partes, em que estas optam por colocar o litígio à apreciação de um tribunal arbitral. A decisão proferida reveste a natureza de sentença, razão pela qual constitui uma manifestação do exercício da função jurisdicional.

Tradicionalmente, costumam ser apontadas diversas vantagens à arbitragem sobre a “justiça oficial do Estado”, entre elas avultando a celeridade processual, a flexibilidade das partes na escolha dos árbitros e da disciplina processual aplicável e a maior adequação à complexidade das matérias objeto de litígio.

A celeridade na resolução dos casos constitui uma vantagem inegável, explicando-se, por um lado, pela circunstância de o processo não ser um dos muitos que seria julgado no Tribunal do Estado e, por outro, igualmente porque não é exigível o mesmo formalismo processual. Não obstante isto, na verdade, as ações de contencioso pré-contratual já revestem carácter urgente, o que atenua a vantagem no

recurso à arbitragem. Donde que a celeridade tem um impacto maior nos processos respeitantes à validade e à execução dos contratos.

A flexibilidade apontada à arbitragem é clara no que tange à escolha do(s) árbitro(s) que irá(ão) dirimir o(s) litígios mas menos relevante ao nível da definição das regras processuais aplicáveis. Com efeito, o Código de Processo Civil de 2013, adiante abreviadamente denominado CPC, aplicável supletivamente ao processo nos tribunais administrativos (artigo 1.º do CPTA), já conferiu amplos poderes de gestão processual aos juízes, em especial cumprindo-lhes “dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismo de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável” (artigo 6.º, n.º 1, do CPC). Acresce que as partes participam, em sede de audiência prévia, no debate sobre a adequação formal e podem propor medidas de simplificação e de agilização processual [artigo 591.º, n.º 1, alínea e) do CPC]. Deste modo, a própria justiça do Estado parece caminhar no sentido de uma flexibilização do regime processual aplicável, embora se reconheça que, dificilmente, se atingirá o mesmo grau de rapidez que caracteriza a tramitação processual nos tribunais arbitrais.

A maior adequação da arbitragem à resolução dos litígios de especial complexidade constitui igualmente uma vantagem que não custa reconhecer. Com efeito, vigorando nos tribunais administrativos o princípio do juiz natural, nunca se conseguirá afetar os juízes mais qualificados em matéria de contratação pública para a resolução dos litígios de maior complexidade. Pelo contrário, os juízes dos tribunais administrativos são chamados a decidir sobre litígios que



envolvem matérias muito variadas, assim se impedindo uma maior especialização. Mas também aqui poderia ser encarada a possibilidade de criação de secções especializadas dos tribunais administrativos em certos domínios do Direito Administrativo (por exemplo, urbanismo e ambiente ou contratação pública). Naturalmente que esta medida seria inexequível na generalidade dos tribunais administrativos mas poderia ser aplicada, sem dificuldades de maior, pelo menos nos Tribunais Centrais Administrativos do Sul e do Norte e, eventualmente, também no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa. Deste modo, as partes já saberiam de antemão que, em princípio, naquele que é, na maioria dos casos, o tribunal de recurso, poderiam contar com juízes especializados em matéria de contratação pública.

O excurso efetuado permite extrair um balanço favorável no recurso à arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios relativos a contratação pública, embora não adiramos à perspectiva de que a arbitragem deveria ser a regra, remetendo os Tribunais do Estado para um mero papel supletivo. Em sentido contrário, não pode ser, todavia, menosprezada a circunstância de, em muitos casos de recurso à arbitragem, os encargos das partes com o acesso à justiça serem mais elevados.

3. De assinalar, por outro lado, que na arbitragem administrativa não se colocam os riscos de secretismo que se verificam noutros processos arbitrais e que têm contribuído para alguma desconfiança em relação a este meio de resolução de litígios.

Na verdade, o artigo 185.º-B do CPTA, aditado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, determina, de forma clara, a obrigatoriedade de publicidade das decisões arbitrais: “As decisões

proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça”.

Exercendo os árbitros a função jurisdicional do Estado, é incompreensível que se possa condescender com o caráter confidencial do processo arbitral. A justiça é uma atividade do Estado que não se compadece com qualquer tipo de secretismo, sendo, por isso, de lamentar a previsão legal de uma exceção a esta regra no regime aplicável à arbitragem desportiva⁴ (artigo 50.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Arbitral do Desporto, aprovada pela Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro⁵), cuja inconstitucionalidade se afigura notória por violação do artigo 20.º da Constituição portuguesa.

4. Um derradeiro apontamento de caráter geral para referir um dos problemas que pode suscitar o recurso à arbitragem em matéria de contratação pública. Estamos a pensar concretamente nos casos em que empresas estrangeiras concorrem no âmbito de procedimentos relativos a contratos de concessão de serviço público e em que o Estado português aceita que os eventuais litígios que possam surgir venham a ser dirimidos em tribunais arbitrais sedeados no estrangeiro. O problema em causa não se compadece com uma análise aprofundada nesta intervenção, mas não queríamos deixar de assinalar os perigos destas situações, sobretudo pelo que representam ao nível da perda de soberania do Estado.

4 Pelo menos, a arbitragem necessária no Tribunal Arbitral do Desporto incide sobre litígios envolvendo relações jurídico-administrativas, uma vez que estão essencialmente em causa impugnações de decisões de federações desportivas no exercício de poderes públicos (artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro).

5 Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho.



5. Entramos agora na análise do *novo* artigo 476.º previsto no Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos.

Em primeiro lugar, é de assinalar a admissibilidade de recurso à arbitragem para resolução de litígios emergentes da aplicação do Código (n.º 1), sem que se faça qualquer tipo de distinção entre matérias atinentes à formação ou à execução do contrato, nem à natureza dos atos jurídicos que estão na base do litígio, em especial sendo irrelevante a existência de um ato ou de um contrato administrativos. Dá-se assim continuidade à linha que já fora encetada na última revisão do CPTA com a admissibilidade de constituição de tribunal arbitral para o julgamento de quaisquer atos administrativos, independentemente de eles serem prolatados na formação ou na execução do contrato, conforme resulta expressamente das alíneas a) e c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 180.º daquele Código.

Em segundo lugar, cumpre agora apreciar o enunciado do n.º 2 do artigo 476.º do Anteprojeto, no qual se estabelece a obrigatoriedade de a entidade adjudicante prever a aceitação:

- a) De todos os interessados, candidatos e concorrentes, da jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado para o julgamento de questões relativas ao procedimento de formação do contrato;
- b) Pelo Cocontratante da jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de conflitos respeitantes ao contrato ou ao procedimento de formação do contrato, o que tem de ficar incluído no caderno de encargos e no contrato.

[Voltar ao índice](#)

A principal dúvida que suscita a presente disposição reside na circunstância de a entidade adjudicante poder impor a todos os concorrentes e ao cocontratante a jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado. Resultando tal das peças do procedimento (programa do procedimento e caderno de encargos) e do próprio contrato, não resta grande margem de manobra para qualquer um deles se opor, o que, no limite, poderia ser encarado como uma entorse à respetiva liberdade de iniciativa económica. Para nós, mais do que propriamente esta questão uma vez que a Administração sempre impõe um conjunto muito amplo de condições aos concorrentes através das peças do procedimento, preocupa-nos mais o facto de no Anteprojecto nada se dizer quanto à fundamentação do recurso à arbitragem pela entidade adjudicante, em detrimento dos Tribunais do Estado. Conviria que se tivesse previsto quais as razões que poderão motivar o recurso a este meio alternativo de resolução de litígios.

Não nos parece, em contrapartida, que a previsão do Anteprojecto brigue com o n.º 2 do artigo 180.º do CPTA: “Quando existam concontrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral”. Na verdade, estes concontrainteressados não podem deixar de coincidir, em matéria contratual com aqueles que se encontram pré-determinados por terem participado no procedimento de formação do contrato.

Concretizando melhor o nosso entendimento, aquilo que está em causa aqui é apenas a regularidade da constituição inicial do tribunal arbitral. Mas nada impede que outros concontrainteressados possam requerer a sua intervenção posterior no processo arbitral, como sucede, desde logo, com todos aqueles que gozam de legitimidade nas ações relativas à validade e execução dos contratos, ao abrigo do artigo 77.º-A,



n.º 1, do CPTA, e não são partes na relação contratual, nem participaram no procedimento que precedeu a celebração do contrato.

Ou seja, o Anteprojecto, em consonância com o n.º 2 do artigo 180.º do CPTA, foi até onde se poderia ir, pois procura recortar numa fase inicial o círculo de contrainteressados, que poderão intervir em qualquer circunstância num eventual processo arbitral. Mas não exclui nem o poderia fazer, sob pena de inconstitucionalidade por violação do direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição portuguesa, a admissibilidade de outros contrainteressados virem a participar no processo arbitral, se tal for por eles requerido.

6. Opção verdadeiramente estruturante é a que se encontra plasmada no Anteprojecto quanto à preferência pela arbitragem institucionalizada face à arbitragem *ad hoc*. Igualmente aqui não se trata de uma verdadeira novidade, pois ela já resultava igualmente do artigo 187.º do CPTA, mas afigura-se importante que tal tenha sido agora reiterado.

A diferença entre estas duas modalidades de arbitragem é conhecida. A arbitragem institucionalizada possui como traço principal a criação de uma entidade, com carácter de permanência, destinada à composição de litígios passíveis de arbitragem, à qual as partes se podem dirigir. Pelo contrário, a arbitragem *ad hoc*, como o próprio nome o indica, tem lugar com a constituição de um Tribunal Arbitral com árbitros designados pelas partes, à luz das regras que estas quiserem ou, na falta de acordo, com base nas regras fixadas pelos próprios árbitros.

Naturalmente, a primeira é mais transparente e envolve menos encargos para as partes, quer porque a lista de árbitros é conhecida antecipadamente, quer porque a tabela de custas processuais, regulando os honorários dos árbitros e os encargos do processo, também é pública.

Por outro lado, alguma desconfiança que se tem vindo a instalar em relação à arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios é sobretudo dirigida à arbitragem *ad hoc*, em virtude dos encargos elevados que acarreta normalmente para as partes e de uma menor transparência no seu funcionamento. Andou, pois, bem o Anteprojeto ao mostrar preferência pela arbitragem institucionalizada, opção tanto mais compreensível se tivermos em conta que a adjudicação de serviços de arbitragem se faz por ajuste direto [artigo 27.º, n.º 1, alínea d) do mesmo Anteprojeto].

7. O recurso à arbitragem *ad hoc* também surge previsto no Anteprojeto, mais especificamente nos n.ºs 3 e 4 do artigo 476.º, embora o enunciado legal nos suscite algumas reservas.

Admitimos que a “complexidade das questões jurídicas ou técnicas envolvidas” e a “inexistência de centro de arbitragem institucionalizado competente na matéria” justifiquem a resolução do litígio em tribunal não integrado em centro de arbitragem institucionalizado [artigo 476.º, n.º 3, alínea a)], mas não vislumbramos o alcance do critério relativo ao “valor do procedimento” para justificar essa mesma opção. Desde logo, não se explicita a que procedimento se refere o legislador, embora se conceda que só pode ser o procedimento pré-contratual. Não se quantifica também o “valor” que poderia justificar a opção tomada. Acresce ainda que o próprio valor do contrato, nos casos em que este já foi celebrado, poderia constituir um critério mais válido mas restaria sempre a questão de saber a partir de que valor se poderia dispensar o recurso à arbitragem institucionalizada e, mais importante do que isso, não se antevê por que razão o valor do procedimento ou o do contrato poderiam servir para obter uma melhor decisão do pleito na arbitragem *ad hoc*.



Por outro lado, o Anteprojeto parece revelar a preocupação de a tramitação dos litígios relativos aos processos arbitrais se realizar de forma urgente [artigo 476.º, n.º 3, alínea b)], o que se mostra, nomeadamente, compatível com a natureza urgente do contencioso pré-contratual (artigos 100.º e seguintes e 180.º, n.º 3, do CPTA).

Evidentemente, compreende-se que se a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado contribuir para a morosidade do processo ou representar um custo mais elevado para as entidades adjudicantes ou contraentes públicos [artigo 476.º, n.º 3, alíneas c) e d)], se recorra à arbitragem *ad hoc*.

Também merece a nossa concordância a previsão no n.º 4 do artigo 476.º do Anteprojeto de que a entidade contratante deve elaborar uma avaliação de impacto dos custos da submissão do litígio a tribunal não integrado em centro de arbitragem institucionalizado, aí se compreendendo a avaliação quanto a honorários de árbitros e advogados, taxas, custas e outras despesas. Todavia, esta avaliação deveria existir antes disso, sempre que a entidade adjudicante ou o contraente público decidem recorrer à arbitragem e não ao tribunal estadual para resolução do litígio.

8. Uma palavra final para o enunciado do n.º 5 do artigo 476.º, segundo o qual a decisão arbitral é sempre passível de recurso para os tribunais administrativos nos litígios de valor superior a € 10 000 000.

Antes de mais, não se mostra clara a razão para se ter optado por este valor de € 10 000 000.

Por outro lado, fica por esclarecer por que motivo se exceciona o regime definido na Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º

63/2011, de 14 de dezembro, à luz do qual “a sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é suscetível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável”.

Neste campo, não entendemos a razão que justifica que o Anteprojeto se afaste do regime constante da Lei da Arbitragem Voluntária.

