



B1

ISSN: 2595-1661

ARTIGO DE REVISÃO

Listas de conteúdos disponíveis em [Portal de Periódicos CAPES](#)

Revista JRG de Estudos Acadêmicos

Página da revista:

<https://revistajrg.com/index.php/jrg>

ISSN: 2595-1661

Revista JRG de
Estudos Acadêmicos

O Ajuste Direto e a repriminção do procedimento por consulta prévia. Considerações e enquadramento à concorrência e transparência nos Códigos de Contratação Pública de 2008 e 2018 - à luz das Diretivas europeias face aos procedimentos fechados de contratação.

Direct Adjustment and reprimination of the procedure through prior consultation. Considerations and framework for competition and transparency in the 2008 and 2018 Public Procurement Codes - in light of European Directives in relation to closed procurement procedures.

DOI: 10.55892/jrg.v7i14.1268

ARK: 57118/JRG.v7i14.1268

Recebido: 11/06/2024 | Aceito: 19/06/2024 | Publicado on-line: 20/06/2024

Francisco José Silva do Amaral Luís¹

<https://orcid.org/0000-0001-6996-6311>

<http://lattes.cnpq.br/8088175236208415>

Fundação para a Ciência e a Tecnologia IP Lisboa, Portugal

E-mail: rottgoris_social@hotmail.com



Resumo:

O Código de Contratação Pública 2018 surge por necessidade de transposição das Diretivas europeias 23,24 e 25 de 2014, que visavam estimular a concorrência e transparência no âmbito da contratação pública. Portugal alterou 155 artigos, indo, portanto, além da mera transposição, porém, e no que diz respeito aos procedimentos fechados do ajuste direto e da consulta prévia repriminada, o estímulo à concorrência e transparência parece ter ficado aquém do desejado. A consulta prévia acaba por ser o “velho” ajuste direto” concorrencial e o estatuído no n.º 2 do art.º 113.º, ao invés de estimular essa concorrência e transparência, parece restringi-la, ao penalizar, potencialmente, aqueles que prestaram um bom serviço ao Estado.

Palavras-chave: Contratação pública. Transparência. Concorrência. Direito Administrativo.

Abstract:

The 2018 Public Procurement Code arises out of the need to transpose European Directives 23,24 and 25 of 2014, which aimed to stimulate competition and transparency in the scope of public procurement. Portugal amended 155 articles, therefore going beyond mere transposition, however, and with, regard to the closed

¹ Possui doutorado em Antropologia Social e Cultural, Migrações e Inter-eticidades pela Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Nova (2016). Atualmente é investigador do Grupo Corpo, Circulação e Consumo da Universidade Federal de Sergipe e do Grupo de Estudo de Pesquisa "Gêneros, Sexualidades e Diferenças nos Vários Espaços Tempos da História e dos Cotidianos" - GESDI., da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Tem experiência na área de Antropologia, cultural e social, com ênfase em gênero, etnicidades e migrações. Mestrado em Direito Administrativo e Administração Pública pela Faculdade de direito da Universidade de Lisboa. A sua tese de doutorado é "Travestis Brasileiras em Portugal; Percursos, Identidades e Ambiguidades", que em 2018 deu origem a um Livro: Travestis Brasileiras em Portugal; Transmigrações e Globalização. A Indústria do Sexo transnacional. Vice-presidente da ONG Opus Diversidades com sede em Lisboa. Até 2016 investigador colaborador do Centro em rede de Investigação em Antropologia em Portugal.



procedures of direct agreement and revamped prior consultation, the stimulus to competition and transparency appears to have fallen short of what was desired. Prior consultation ends up being the “old” competitive “direct adjustment” and what is established in n° 2 of article 113º, instead of stimulating this competition and transparency, appears to restrict it, by potentially penalizing those who provided a good service to the State.

Keywords: *Public procurement. Transparency. Competition. Administrative law.*

1. Introdução

Neste breve ensaio, constitui-se como nosso objetivo, realizar um estudo baseado numa metodologia analítica e comparativa entre o Código de Contratação Pública – de ora em diante CCP - de 2008² e 2018³ face às alterações promovidas neste último. Atribuiremos um especial enfoque, direcionado ao procedimento por ajuste direto e ao procedimento por consulta prévia. Para tal, recorreremos à análise da Lei, Diretivas europeias, Jurisprudência e Doutrina. Sabendo que o CCP de 2008 excluiu a consulta prévia da lista de procedimentos pré-contratuais, revela-se pertinente auscultar a intenção do legislador ao promover o seu regresso em 2018. Para tal, discutiremos acerca das condições subjacentes às alterações realizadas no CCP, relativamente às quais, alguns autores questionaram se estaríamos perante um novo Código ou meramente uma alteração.

Tal pode surgir numa primeira impressão, quando constatamos, que 155 dos seus 476 artigos foram objeto de alterações e não, somente transposições *ipsis verbis* das Diretivas. É o caso de SÉRVULO CORREIA⁴ que ao suscitar a suprarreferida questão, usa os Códigos do Procedimento Administrativo – CPA de 1991 e o de 2015⁵ - como termos de comparação face ao processo concluído em 2018 relativamente ao CCP. Independentemente da natureza da alteração, que pretendemos esclarecer, emerge deste debate uma outra questão, nomeadamente a de saber quais as principais novidades normativas introduzidas e os seus objetivos? É igualmente nosso objetivo aprofundar os motivos que subjazem a essas mudanças no ordenamento jurídico nacional no âmbito da contratação pública, não deixando, todavia, de erguer as pontes necessárias para a compreensão do fenómeno numa perspetiva mais lata e geopoliticamente global, particularmente, a necessidade de harmonização com a contratação pública europeia, o estímulo à livre concorrência no âmbito do mercado interno⁶, reforço da transparência – também nas contas públicas - e seus reflexos na regulação da contratação pública portuguesa.

Em seguida procuraremos interpretar e conhecer em pormenor, tanto o ajuste direto, como a consulta prévia, como partes de um todo sistémico, que inclui outros procedimentos e subjacentemente, identificar quais as traves-mestras que teleologicamente lhes subjazem. Estarão o ajuste direto e a consulta prévia especialmente vocacionados para promover a transparência e garantir a

² Decreto-Lei n.º 18/2008 - Diário da República n.º 20/2008, série I de 2008-01-29 - Código dos Contratos Públicos.

³ Decreto-Lei n.º 111-B/2017 - Diário da República n.º 168/2017, 2º Suplemento, Série I de 2017-08-31 - Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.º 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.

⁴ CORREIA, Sérvulo, “A Revisão das Disposições Gerais Sobre o Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos” in *e-Pública*, Vol. 4 n.º 2, Novembro, 2017, pp.11.

⁵ Decreto-Lei n.º 4/2015 - Diário da República n.º 4/2015, Série I de 2015-01-07 - Código do Procedimento Administrativo e Decreto-Lei n.º 442/91 - Diário da República n.º 263/1991, Série I-A de 1991-11-15 - Aprovou o agora revogado Código do Procedimento Administrativo.

⁶ TRABUCO, Cláudia, “Existem empresas, que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa” in Cláudia Trabuco e Vera Eiró *Orgs. Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp.13.



concorrência? Em caso duma resposta negativa, procuraremos clarificar o porquê de num caso constatarmos o regresso dum procedimento e noutro, a sua manutenção, embora em moldes aparentemente mais limitados, que no entanto, exclui desde logo, o chamado ajuste direto concorrencial. Ainda assim reiteramos a questão, em que medida o ajuste direto é compatível com a ideia de mercado interno, concorrência e transparência? Neste sentido procuraremos ainda refletir sobre o alcance do n.º 2 do art.º 113.º do CCP e sobre a *ratio legis* que lhe subjaz.⁷ Ressalvamos ainda que a taxonomia utilizada quando classificamos os procedimentos como fechados ou abertos traduz maioritariamente a de MARCELO REBELO de SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, não obstante o livro que nos serviu de estudo, datar de 2008, pelo que, nos parece ser relativo ao CCP anterior ao de 2008.

Com o intuito de clarificar desde já esta questão e evitando ulteriores maus entendimentos, referimos também a posição teórica de JORGE ANDRADE da SILVA⁸ no que se refere à consulta prévia, que quanto a ele se situa entre a total ausência de concorrência do ajuste direto no código de 2018 e os procedimentos concursais, na medida em que a consulta obrigatória a pelo menos três entidades lhe confere uma aparência concorrencial. Como veremos no decorrer desta exposição, esta aparência pode efetivamente não passar disso e refletir uma concorrência ficcionada e por conseguinte, a sua natureza objetivamente fechada, enquanto procedimento.

2. União Europeia e a Contratação Pública em Portugal

No domínio da contratação pública em Portugal, verificamos que o Direito da União Europeia desempenhou um papel axial na sua transformação e tal ocorreu desde logo, com o CCP de 2008, nomeadamente na relação de interdependência mantida com as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.⁹ CLÁUDIA TRABUCO¹⁰ sublinha o papel destas Diretivas na harmonização da contratação Pública na UE, bem como, paralelamente, o elemento teleológico nelas, implícito, orientado para a eliminação das práticas restritivas da livre concorrência, reiterada com resiliência pela Comissão Europeia e pelo Tribunal Europeu.

Aliás, em conformidade com o observado por JOÃO CAUPERS,¹¹ ao constatar, que se no âmbito do mercado comum já se já se assistia a uma deriva pelo reforço das exigências de transparência e concorrência, tal, mais se acentua, com a emergência do mercado interno.¹² Como exemplo de observância da transparência na contratação - indissociável neste quadro da concorrência - constatamos a obrigatoriedade de publicação da intenção de celebrar contratos por valor inferior ao

⁷ A seu *ratio legis* assenta na intenção de aplicar os princípios da legalidade, justiça, transparência, imparcialidade, prossecução do interesse público, boa administração, boa-fé, tutela da confiança e da igualdade. Cf. SILVA, Jorge Andrade, *Código dos Contratos Públicos; anotado e comentado*, Almedina, Coimbra, 2017, p.363.

⁸ SILVA, Jorge Andrade, *Código dos Contratos Públicos; anotado e comentado*, Almedina, Coimbra, 2017, p.338. Neste âmbito, salientamos ainda a comparação de MIGUEL NOGUEIRA BRITO entre ajuste direto e concurso público enquanto procedimentos unitários, em que o anúncio do segundo, é substituído pelo convite, do primeiro.

⁹ Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais – REVOGADA pela Diretiva n.º 2014/25/EU – Deu origem ao CCP de 2008. Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços – REVOGADA pela Diretiva n.º 2014/24/EU – Deu origem ao CCP de 2008.

¹⁰ TRABUCO, Cláudia, “Existem empresas, que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa” in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs., *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp.13-14.

¹¹ CAUPERS, João, “Contratação Pública e Concorrência” in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp.9.

¹² Cfr. VIANA, Cláudia, “A influência do Mercado Relevante na Contratação in House”, in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp. 62: em que se destaca no âmbito da construção dum projeto europeu, o estabelecimento dum mercado interno nos termos do n.º 3, do art.º 3.º do Tratado da União Europeia.



limiar comunitário, quando tal tenha relevância para o mercado interno¹³ - nos termos do n.º 4 do art.º 1.º do CCP de 2008, revogado em 2018, passando a constar no n.º 1 do art.º 1-A.¹⁴

Integrado nesta dinâmica comunitária do reforço das exigências de concorrência¹⁵ no funcionamento do mercado comunitário, surge com o Direito da União Europeia o conceito de Mercado Relevante, que, grosso modo, corresponde a um princípio auxiliar de análise da concorrência, mediante o disposto no art.º 30.º da Diretiva 2004/17/CE. Segundo MARIA TAVARES DE PINA, este conceito, não só se aplica à contratação pública, como é por ela influenciado na sua densificação material. Na verdade, o direito da contratação pública e o direito da concorrência regulam um objeto económico que se sobrepõe em vários aspetos, visto que a contratação pública se destina à aquisição de bens ou serviços pelas entidades adjudicantes – EAs – que com esse intuito, atuam, necessariamente no mercado, procurando tirar – numa perspetiva de interesse público -proveito do seu funcionamento. Paralelamente a essa atuação no mercado, a intenção de introduzir por via legislativa um maior rigor na contratação pública, afeta desde logo o mercado, ao regulá-lo em determinadas áreas do seu funcionamento, vinculando os seus agentes a determinadas obrigações.¹⁶ É certo, porém, que este enquadramento nos é fornecido por um quadro ideológico que concebe a intervenção dos Estados numa perspetiva minimalista, a qual, não obstante, tem que se harmonizar com a necessidade de regulação sobre determinados segmentos do seu funcionamento.¹⁷

Na verdade, as entidades públicas que pela sua natureza prosseguem interesses públicos, não estão em si vocacionadas para atuar segundo o princípio da concorrência. Ao invés, no âmbito da contratação pública, este princípio e suas consequências apenas relevam, quando aquelas se deslocam ao mercado como agentes, que devem poder beneficiar dessa concorrência. Por conseguinte, ontologicamente não são agentes intrinsecamente concorrenciais, embora, como veremos adiante, tal seja possível em certos casos.

A exceção a esta transparência neoliberal será por exemplo a contratação *in house*¹⁸, em que duas entidades podem participar como concorrentes num procedimento de contratação pública. Esta é, porém, a exceção¹⁹, que, embora tenha sido inicialmente objeto das Diretivas 92 e 93, bem como da 2004/18/CE, permanece

¹³ CAUPERS, João, “Contratação Pública e Concorrência” in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp.13.

Cf. Jurisprudência neste sentido: Ac. do Tribunal de Justiça, processo C-231/03, Consorzio Aziende Metano (coname) contra Commune de Cingia de Botti, CJ 2005, p. I-07287, par. 16-20.

Ac. do Tribunal de Justiça, processo 458-03, Parking Brixen gmbH contra Gemeind Brixen e StadtWerk Brixem, AG, CG 2005, p. I-08585, par. 46-, C-324/98.

¹⁴ Artigo 1.º-A –Princípios - 1 - Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação.

¹⁵ CAMACHO, Cristina, “Práticas restritivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência”, in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs., *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp. 203: “A promoção e proteção do processo concorrencial na contratação pública não se esgotam nas regras de direito administrativo, aplicáveis (...) a tutela da concorrência em Portugal é igualmente realizada pela Autoridade da Concorrência.

¹⁶ PINA, Maria Tavares, “O Conceito de Mercado Relevante e a sua Importância na Definição da Entidade Adjudicante” in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp. 42 e 53.

¹⁷ REIS, Aida Maria dos Santos, Modelos de governação e parcerias público-privadas (PPP): o caso dos Clusters em Portugal, ISCTE, Dissertação de mestrado em Gestão e Políticas Públicas, 2012./ Ao nível da UE a concorrência e sua promoção, decorre acima de tudo dos mecanismos da oferta e da procura presentes no art.º 30 da Diretiva 2004/17/CE, relevante à data para o CCP de 2008.

¹⁸ SANCHEZ, Pedro Fernandez, “A contratação *in house* e interadministrativa após a revisão do CCP”, in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018.

¹⁹ Cfr. VIANA, Cláudia, “A influência do Mercado Relevante na Contratação *in House*”, in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp.65. Consta das Diretivas 92 e 93, e no n.º 8 do art.1.º da Diretiva 2004/18/CE. Cf. Acórdão TJCE Teckal de 1999, processo n.º C-107/98.



regulada no CCP de 2018 de forma concisa. Nomeadamente, através da clarificação dos contratos inter-administrativos.²⁰ Contrariando este ideário de livre concorrência, DURVAL FERREIRA considera que a contratação *in house* acaba por ser uma vitória da liberdade de organização dos Estados sobre um princípio da livre concorrência amplamente suportado pela legislação e jurisprudência, europeias.²¹ Neste sentido uma entidade pública pode aparecer como EA e outra entidade pública como entidade controlada por aquela, na fase do procedimento.²²

Esta exceção subverte de alguma forma os princípios basilares da contratação pública europeia, patente nas suas várias Diretivas. Neste sentido, é entendimento de alguns autores - como LUÍS MORAIS e CUNHA RODRIGUES - que o direito da contratação pública é o direito da concorrência aplicado às compras públicas.²³ Desvios a estes princípios gerais, são também, e como veremos adiante, o ajuste direto e a consulta prévia enquanto, procedimentos fechados.²⁴ Como verificámos, existiu desde cedo na CEE e posteriormente na UE, uma notória preocupação com a defesa dos princípios da concorrência e transparência, tendo esta dinâmica do Direito Comunitário afetado o ordenamento jurídico português, bem como o de outros países comunitários, com base nesse ideário. Assim, a influência do Direito da União Europeia sobre o ordenamento jurídico português no âmbito das compras públicas, ocorreu pela via da transposição de Diretivas europeias. Vamos analisar mais em profundidade como essa transposição se foi processando.

3. Perspetiva integrada e comparativa da transposição das Diretivas Europeias em 2008 e 2018

Assumida a relevância dos conceitos de concorrência e transparência no CCP, como fatores de promoção da desburocratização, aproximação entre particulares e Administração Pública, boa administração, igualdade, justiça e razoabilidade, e proporcionalidade, supletivamente consagrados, nos artigos 3.º a 19.º do CPA e grosso modo, nos artigos 266.º, 267.º e 268.º da CRP. Relativamente às Diretivas europeias, alguns dos Estados membros da UE optaram pela transposição, ponto por ponto, desse direito supranacional, não obstante, esse não se revelou o caso do legislador português, que optou por ir além da componente literal dessas Diretivas. Segundo o argumento de PEDRO PEREIRA e MATIAS GUIMARÃES²⁵, relativamente ao Direito Comunitário, o legislador optou por seguir uma linha mais ortodoxa do que aquela, que foi plasmada na Diretiva 97/52/CE,²⁶ por exemplo, no que diz respeito ao “valor estimado do contrato”.

²⁰ RAIMUNDO, Miguel Assis, “As exceções da contratação pública e da concorrência”, in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp.159: “Está logo aqui, o primeiro desafio. Se são excepções, isso significa que a contratação pública e a concorrência ou de forma mais ajustada ao nosso tema, a *contratação pública com concorrência* são a regra.

²¹ Cfr. no âmbito da contratação *in House*, FERREIRA, Durval, O Regime da Contratação In House à Luz das Novas Directivas de Contratação Pública; o triunfo dos Estados sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça, Rede de Direito Ibero-americana de Contratação Pública, Universidade do Minho, pp.794.

²² Cf. Art.º 5.º - A do CCP.

²³ MORAIS, Luis e RODRIGUES, Cunha, *Contratação Pública e Práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial Acordos entre Empresas* in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013, pp.82.

²⁴ REBELO de SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Edições D. Quixote, Lisboa, 2008, pp- 88-89.

²⁵ PEREIRA, Pedro Matias e GUIMARÃES, Rui Mesquita, “O Valor dos Contratos no Código dos Contratos Públicos Portugueses”, R. de Contratos Públicos – RCP | Belo Horizonte, ano 3, n.º 5, pp. 157-177, mar./ago. 2014.

²⁶ Diretiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1997 que altera as Diretivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, relativas à coordenação dos processos de adjudicação respetivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas. Ver também as Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais – REVOGADA pela Diretiva n.º 2014/25/EU – Deu origem ao CCP de 2008 e Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de



Em contraciclo, o legislador português limita propositadamente essa referência ao defini-lo somente como “valor do contrato”, negligenciando intencionalmente o cálculo por estimativa. A *ratio legis* desta alteração extrai-se do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o CCP de 2008. Nele, se aponta expressamente a consagração de “um sistema que impeça as atuais disfunções relacionadas com o método assente nas estimativas.”

Esta breve referência ao modo como Portugal foi transpondo o Direito da União Europeia, pretende reproduzir sucintamente o contexto sociopolítico que então se vivia. Na verdade, apenas em 1986 Portugal aderiu à Comunidade Económica Europeia e só desde então se iniciou um processo de transformação no paradigma de governança administrativa. Desde logo com a revisão da Constituição da República Portuguesa em 1989 e a consagração da livre concorrência, à data com reflexos, por exemplo, no Sector Público Empresarial do Estado²⁷ e que, ainda hoje, encontram acolhimento constitucional, por exemplo e no que releva para a concorrência, na alínea f) do art.º 81 da CRP.

f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;

Esta influência externa, veiculada por via das Diretivas europeias, desencadeia alterações de monta no nosso quadro legislativo, quando as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE são revogadas pelas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE²⁸, num processo que correspondeu à implementação duma nova estética jurídica no Código de 2018.

Apesar da tarefa do legislador português relativamente à revisão do CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro – e, constituída como obrigação de transposição das novas Diretivas Europeias de Contratos Públicos, aprovadas em 2014 - já ser à data, do conhecimento das autoridades portuguesas há cerca de 2 anos, apenas em 2016 foi iniciado esse processo. PEDRO SANCHEZ²⁹ afirma ser entendível que por razões de ordem político-constitucional ocorridas em 2015/2016 - contemporâneas de múltiplos desafios com que Portugal se debatia à época – que o país tenha revelado dificuldades em desenvolver qualquer iniciativa legislativa de maior envergadura jurídico-científica, atempadamente. Com efeito, nesse hiato temporal, sucederam-se três Governos Constitucionais, aportando ao processo legislativo de Revisão do CCP, dificuldades acrescidas.

Como consequência, o processo de revisão foi conduzido de forma multifásica. Acresce ainda, a formação de dois grupos sucessivos de trabalho, que condicionados

adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços – REVOGADA pela Diretiva n.º 2014/24/EU – Deu origem ao CCP de 2008.

²⁷ Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, Diário da República n.º 191/2013, Série I de 2013-10-03 - Novo regime jurídico do sector público empresarial, No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 18/2013, de 18 de fevereiro, aprova o novo regime jurídico do sector público empresarial.

²⁸ 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/CE Texto relevante para efeitos do EEE. Segundo Sérvulo Correia, “a única rubrica inovatória é a (ii), pela qual se transpõe o n.º 4 do artigo 12.º (Contratos públicos entre entidades no setor público) da Diretiva 2014/24/EU”. Esta diretiva é responsável pela maior parte das novidades no CCP relativa aos contratos públicos. Segundo Jorge Andrade Silva relativa aos restantes contratos públicos para a generalidade das entidades adjudicantes e Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, 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 Texto relevante para efeitos do EEE - Segundo Jorge Andrade Silva relativa aos contratos celebrados pelos chamados setores especiais.

²⁹ SANCHEZ, Pedro, “Alterações no âmbito de aplicação do regime de contratação pública à luz do anteprojecto de revisão do Código dos contratos públicos”, 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 e sob organização das Senhoras Professoras Doutoradas Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins, p. 1-2.



por coações de ordem temporal, apenas dispuseram de poucas semanas para apresentar aos Governos os seus projetos legislativos. Esta instabilidade e o percurso atribulado então experimentado pelo país, conduziu no entender de PEDRO SANCHEZ a um anteprojeto de revisão do CCP que não refletia “um projeto uniforme e com unidade de sentido.” Poderá disso, constituir-se como exemplo, o n.º 2 do art.º 113.º do CCP, que aprofundaremos mais adiante.

Ressalvando, portanto, os condicionalismos diversos e os constrangimentos vários a operar na sociedade portuguesa à época, parece-nos curial afirmar, que o Código do Procedimento Administrativo, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Código dos Contratos Públicos constituem os quatro pilares infraconstitucionais do Direito Administrativo português.

Segundo SÉRVULO CORREIA³⁰, menos crítico e pessimista que PEDRO SANCHEZ, o Código da Contratação Pública é entre os que o precederam, o primeiro normativo de direito administrativo infraconstitucional a refletir as diretivas europeias numa forma, que gerou uma renovada dogmática de rigor na contratação pública do Estado, no papel dos particulares no uso de funções administrativas e na relação entre ambos. Sublinha igualmente, a articulação num só diploma de dois regimes, um especial e um geral, evitando-se desta forma a dispersão legislativa e promovendo-se a celeridade e a desburocratização.

Destarte, se em 2008 foram as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE e sua transposição para o ordenamento jurídico nacional a enfatizar a necessidade da aprovação do CCP³¹, relativamente ao qual SÉRVULO CORREIA conclui estarmos perante um NOVO Código³², no que concerne ao de 2018 é a transposição das

³⁰ CORREIA, Sérvulo, “A Revisão das Disposições Gerais Sobre o Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos” in e-Pública, Vol. 4 n.º 2, Novembro, 2017, pp.7-8.

³¹ O Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, foi, ao longo dos anos, objeto de várias alterações, introduzidas pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho e pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro e Decreto-Lei n.º 111-B/2017 - Diário da República n.º 168/2017, 2º Suplemento, Série I de 2017-08-31 – que procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.º 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. Segundo Sérvulo Correia, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que aprova a revisão do CCP, contém uma extensa relação de inovações apostas ao texto inicial, divididas entre alterações decorrentes da transposição das diretivas, medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização e medidas de transparência e boa gestão pública. Quanto à questão da manutenção ou perda da identidade inicial do CCP, não deixa de impressionar o número de preceitos alterados ou acrescentados. Os preceitos modificados recensados pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 são em número de 155 num diploma que reúne ao todo 476 artigos. (CORREIA, 2017:10)

³² CORREIA, Sérvulo, “A Revisão das Disposições Gerais Sobre o Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos” in e-Pública, Vol. 4 n.º 2, Novembro, 2017, pp 9: “A par disso, o diploma de 2008 surge de novo como um verdadeiro código quando, na Parte III, regula pela primeira vez e sem paralelo em Portugal, os contratos administrativos em geral e os principais contratos administrativos em especial, com extensão, profundidade e inovação no tocante às categorias contratuais mais frequentes da vida administrativa. Ao fazê-lo, enriqueceu a Ordem Jurídica portuguesa com um regime do contrato administrativo não mais assente num número limitado e marginal de disposições especiais, para se converter numa disciplina extensa e pormenorizada, que persegue o propósito de regular todos os momentos decisivos da relação contratual.”



Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/EU,³³ que mobiliza e orienta o legislador nacional nesse sentido.³⁴

Na verdade e ainda relativamente ao CCP de 2008, corroborando a nota prévia aos “Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos”,³⁵ reforçamos que, no que concerne a uma das questões levantadas inicialmente, que o CCP aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, durante os quase 10 anos em que vigorou, não só se revelou um “marco legislativo histórico”, que foi além da mera transposição das Diretivas europeias 2004/17/CE e 2004/18/CE, como também se evidenciou pelo seu carácter inovador, na forma como optou por incorporar essas Diretivas, com criatividade e paralelamente, com um sentido axiológico mais vasto de harmonização com o contexto jurídico português. Nessa mesma nota prévia, da autoria de CARLA AMADO GOMES, encontramos a resposta a uma outra questão formulada por SÉRVULO CORREIA³⁶ e por nós no início deste trabalho.

Se parece evidente que em 2008 se aprovou um novo código, o que dizer relativamente ao código de 2018? “Um breve relance pelo Preâmbulo e pelo articulado do Decreto-Lei 111-B/2017 permite facilmente concluir, que estamos perante a mais extensa, profunda e significativa revisão até hoje operada no CCP.”³⁷ Esta perspetiva corrobora a que nos é apresentada por SÉRVULO CORREIA de que se tratou, efetivamente duma revisão.³⁸

Destarte, é-nos possível concluir, que se relativamente ao CCP de 2008 estamos perante um novo Código, já no que diz respeito ao CCP de 2018 estamos perante uma profunda revisão que ao transpor as Diretivas 2014/23/EU, 2014/24/EU e 2014/25/EU, não o faz com a intenção de alterar a dimensão normativa e teleológica do CCP de 2008. Não obstante, algumas inovações são introduzidas, por exemplo a inclusão de um regime regulador da alienação de bens imóveis por entidades públicas.

³³ Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão Texto relevante para efeitos do EEE. Segundo Sêrvulo Correia, o nosso legislador de 2008 abriu caminho para que, na atualidade, se evitasse uma triplicação de diplomas em consequência da aprovação da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adjudicação de contratos de concessão. Segundo Jorge Andrade Silva relativa aos contratos de concessão. 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/CE Texto relevante para efeitos do EEE. Segundo Sêrvulo Correia, “a única rubrica inovatória é a (ii), pela qual se transpõe o n.º 4 do artigo 12.º (Contratos públicos entre entidades no setor público) da Diretiva 2014/24/UE”. Esta diretiva é responsável pela maior parte das novidades no CCP relativa aos contratos públicos. Segundo Jorge Andrade Silva relativa aos restantes contratos públicos para a generalidade das entidades adjudicantes. Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, 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 Texto relevante para efeitos do EEE - Segundo Jorge Andrade Silva relativa aos contratos celebrados pelos chamados setores especiais.

³⁴ CORREIA, Sêrvulo, “A Revisão das Disposições Gerais Sobre o Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos” in *e-Pública*, Vol. 4 n.º 2, Novembro, 2017, pp.9. Entre o que temos vindo a explicar, um outro facto relevante emerge como clarificador da natureza do CCT de 2008 como sendo um NOVO Código da Contratação Pública. Na sua Parte III ele regulava pela primeira vez os contratos administrativos em geral e os principais contratos administrativos em específico. Segundo SÉRVULO CORREIA “ao fazê-lo, enriqueceu a Ordem Jurídica portuguesa com um regime do contrato administrativo não mais assente num número limitado e marginal de disposições especiais, para se converter numa disciplina extensa e pormenorizada, que persegue o propósito de regular todos os momentos decisivos da relação contratual.” Ressalvamos a inter-relação que é possível estabelecer entre momentos de crise económica e a necessidade de Códigos que assumem a necessidade de um maior grau de transparência e rigor.

³⁵ AMADO GOMES, Carla, et al., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018, pp.9.

³⁶ CORREIA, Sêrvulo, “A Revisão das Disposições Gerais Sobre o Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos” in *e-Pública*, Vol. 4 n.º 2, Novembro, 2017, pp.5: “Pretende-se apurar se, no que concerne ao Título I (“Disposições gerais”) da Parte I (“Âmbito de aplicação”), se operou uma simples revisão ou se, ao invés, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, traz consigo, nesta matéria, uma verdadeira versão substitutiva do texto de 2008.”

³⁷ AMADO GOMES, Carla, et al., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018, p.10.

³⁸ CORREIA, Sêrvulo, “A Revisão das Disposições Gerais Sobre o Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos” in *e-Pública*, Vol. 4 n.º 2, Novembro, 2017, pp. 10. “(...) as alterações introduzidas refletem questões de pormenor ou de mera redação. Paralelamente a transposição das Diretivas Europeias não promovem alterações de valoração jurídica ou concetual, pelo que se acabou por optar pela revisão do CCP em vez da sua criação ex novo.”



Neste aspeto, MÁRIO AROSO³⁹ argumenta, que tal como ocorreu com o CCP de 2008, não estamos perante uma mera transposição de Diretivas.

Foi-se além das mesmas, vincando-se orientações e interpretações com cunho próprio do legislador nacional, não se alterando, contudo, os fundamentos do Código e os seus objetivos.

Quanto ao ajuste direto e ao procedimento por consulta prévia, essas alterações também puderam ser observadas, com a reprivatização da consulta prévia e com a consagração de um ajuste direto não concorrencial, contrariamente ao que sucedia no CCP de 2008. Olharemos de seguida para as principais alterações introduzidas no CCP de uma forma que pretendemos panorâmica, para que então, nos possamos dedicar com maior profundidade a esses dois procedimentos, numa perspetiva comparativa entre o CCP de 2008 e a revisão de 2018.

4. Alterações introduzidas com a revisão do CCP em 2018⁴⁰

Motivada pela necessidade que tem vindo a ser descrita, de adequar o CCP Português ao ordenamento legal europeu em matéria de contratação pública com o plasmado nas diretivas 2014/23/EU, 2014/24/EU e 2014/25/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro e da Diretiva 2014/55/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril, bem como na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁴¹, esta revisão do CCP tem um impacto direto e substancial na vida dos agentes económicos. Destacamos, para esse efeito, algumas das alterações realizadas, que julgamos relevantes.

No âmbito subjetivo⁴² opta-se pela não aplicação do Código às pessoas coletivas, que não ajam dentro da lógica da livre concorrência, designadamente, aquelas, que não prossigam fins lucrativos ou não assumam os seus prejuízos financeiros – n.º 2, alíneas a) e i) do art.º 2.º do CCP. Passam também a não estar abrangidos pelo CCP, aqueles contratos celebrados entre quaisquer pessoas coletivas públicas, quando adjudicados por uma EA a outras pessoas coletivas controladas pela mesma EA - contratos adjudicados por uma entidade adjudicatária à entidade adjudicante que a controla – art.º 5.º alínea a) do CCP.

Ou, quando uma das entidades exerça sobre a outra efetiva direção - a entidade dirigida e controlada desenvolva mais de 80 % da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela EA que a controla ou por outra entidade controlada por aquela e não haja, participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção de formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e bloqueio, eventualmente exigidos por disposições especiais. De resto, em conformidade com os Tratados da União Europeia em que se manda, que, cumulativamente, não exerçam influência decisiva sobre a pessoa coletiva controlada

³⁹ ALMEIDA, Mário Aroso, "Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP", in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018, p. 17-18.

⁴⁰ Decreto-Lei n.º 111-B/2017 - Diário da República n.º 168/2017, 2º Suplemento, Série I de 2017-08-31 - Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.º 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.

⁴¹ Por exemplo o Acórdão TJCE Teckal de 1999, processo n.º C-107/98, REC P, I-198121 – Contratação in House. Ac. do Tribunal de Justiça, processo C-231/03, Consorzio Aziende Metano (coname) contra Commune de Cingia de Botti, CJ 2005, p. I-07287, par. 16-20. Ac. do Tribunal de Justiça, processo 458-03, Parking Brixen gmbH contra Gemeind Brixen e StadtWerk Brixem, AG, CG 2005, p. I-08585, par. 46-, C-324/98.

⁴² BRITO, Miguel Lorena de, "A modificação subjetiva do contrato no Código dos Contratos Públicos" in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018 e SILVA, Jorge Andrade, *Código dos Contratos Públicos; anotado e comentado*, Almedina, Coimbra, 2017.



– alínea b) do art.º 5.º A do CCP. No entender de MIGUEL LORENA BRITO, “a alteração das partes contratantes na execução dum contrato público é habitualmente abordada sob a designação de modificação subjetiva, para dessa forma se distinguir da denominada modificação objetiva, que se refere ao conteúdo e prestações contratuais.” Nestes termos, verificamos a importância que assume a identificação do âmbito subjetivo dos códigos, mormente, e como parece ser o caso, quando o CCP dentro do âmbito subjetivo discrimina várias tipologias de entidades, implicando reflexos práticos no regime de contratação a adotar.

No que concerne à sujeição dos serviços sociais e de saúde à disciplina do CCP, embora só nas contratações acima de 750.000,00€ e com um procedimento simplificado de abertura à concorrência – n.º 1 do art.º 6.º - A do CCP - DOMINGOS SOARES FARINHO argumenta que, com a transposição das Diretivas de 2014 concretizada na revisão do CCP de 2018, “deu-se um importante passo para trazer os serviços do setor social para o mercado ou, pelo menos, com eles conformar um mercado social.” No âmbito desta transparência, existe previsão expressa no CCP - onde antes se remetia para a legislação europeia - dos montantes dos limiares europeus sujeitos a publicitação obrigatória de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia - JOUE. Nomeadamente; aviso de pré-informação - artigos 34.º, anúncio periódico 35.º, anúncio de apelo à concorrência - 130.º, 131.º, 157.º, 167.º, 197.º, 208.º, 225.º, 242.º e 245.º, anúncio de adjudicação – art.º 78.º, anúncio de seleção – 237.º, anúncio simplificado do sistema de aquisição dinâmico – 242.º e anúncio voluntário de transparência – 78.º - A e 283.º - A do CCP. Pelo contrário, a não obrigação de publicação no JOUE consta do art.º 28.º do CCP. E, quanto à escolha do tipo de procedimento – n.º 1, alínea a) do art.º 16.º do CCP, JOÃO FILIPE GRAÇA considera que um dos mais importantes artigos do CCP relativamente a este item consta do art.º 18.º (e n.º 1 do art.º 5.º), assumindo-se essa relevância em duas dimensões.

Em primeiro lugar permite a eficiência e a sustentabilidade (...) na satisfação das necessidades sentidas pelas entidades adjudicantes (interesse público), desde logo porque, do ponto de vista da eficácia e da eficiência, seria pouco racional adotar procedimentos complexos, morosos e dispendiosos para adjudicar contratos de baixo valor. Em segundo lugar, implica o respeito pelos princípios gerais da contratação pública, designadamente do princípio da concorrência, uma vez que, como salienta PEDRO GONÇALVES, o objetivo igualitário do princípio da concorrência não consiste em igualizar os concorrentes ou os seus poderes de oferta, mas apenas em igualizar as respetivas condições de participação.

Na verdade, segundo JOÃO FILIPE GRAÇA, a escolha do procedimento não é despiciente, pois representa numa primeira aceção a intenção de prosseguir e harmonizar dimensões axiológicas e teleológicas de interesse público e concorrência. Numa segunda dimensão e porque a opção por um dos procedimentos, pode em si, ter o efeito de afastar uma série de outros eventuais concorrentes interessados em outorgar contratos públicos, assume-se uma função delimitativa dos potenciais candidatos. Estes argumentos encontram-se plasmados pelo legislador nos artigos 17.º e 18.º que refletem o critério do valor do contrato, pelo que, o procedimento deve ser escolhido tendo por base esse valor.

Em matéria do ajuste direto ⁴³– art.º 25.º a, art.º 27.º - é um procedimento pré-contratual, em que relativamente ao critério do valor do contrato, verificamos que no

⁴³ REBELO de SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Edições D. Quixote, Lisboa, 2008, pp.89.



CCP de 2018 se alteraram os limites envolvidos, quando comparados com o CCP de 2008 - enquanto critério de adjudicação. Face ao anterior CCP de 2008 e à redação proposta pela comissão de revisão do CCP, sublinhamos o art.º 18.º ao apresentar duas alterações. A saber-se, a reintrodução da consulta prévia e o critério “a base do valor do contrato a celebrar”, contrariamente à anterior expressão “condicionado ao valor do contrato a celebrar”. Mantem-se, não obstante, no entender de JOÃO FILIPE GRAÇA o princípio da livre escolha do procedimento, integrado num outro debate em que alguma doutrina considera estar esta escolha, integrada nos poderes discricionários da AP.

Em segundo lugar, o novo/velho procedimento de consulta prévia, implica a consulta a três fornecedores e segundo o critério do valor do contrato, sendo passível de escolha enquanto procedimento, para valores abaixo dos € 150.000,00 no caso das empreitadas e abaixo dos € 75.000,00 nos demais casos enunciados no art.º 27.º. As regras relativas à escolha dos procedimentos a adotar, para além do critério do valor do contrato previsto nos artigos 17.º a 22.º - Capítulo II - concebem ainda critérios materiais, artigos 23.º a 30.º - A - Capítulo III - bem como “outras regras de escolha do procedimento” estatuídas nos artigos 31.º a 33.º - Capítulo IV - todos eles integrados no Título I da Parte II do CCP.

Constatamos também, uma diminuição da margem de manobra para a celebração de ajustes diretos com base no critério do valor do contrato – art.º 17.º e 18.º - que anteriormente ia até aos €150.000,00 no caso das empreitadas e até aos €75.000,00 no caso dos demais contratos, descendo para valores – no CCP de 2018 – de até € 30.000,00 no caso de empreitadas e de até € 20.000,00 nos casos dos demais contratos (sendo essa restrição num sentido subjetivo, apenas “aparente”, na medida em que, ambos os procedimentos impedem o acesso do mercado ao contrato e atribuem à EA o controlo sobre o processo relativo à escolha das entidades que convida – art.º 19.º alíneas c) e d) e art.º 20.º alíneas c) e d). Cf. Também art.º 21.º alínea c).

Outra das novidades são os novos critérios para a determinação do valor do contrato e para aplicação da regra, segundo a qual “a fixação do valor estimado do contrato deve ser fundamentada com base em critérios objetivos, utilizando, como referência preferencial, os custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante” – n.º 7 do art.º 17.º do CCP e em sentido complementar o preço base – art.º 47.º e o preço ou custo anormalmente baixo art.º 71.º CCP, temas que retomaremos um pouco mais à frente com maior detalhe analítico. Salientamos ainda a consagração da consulta preliminar, como fase facultativa, que pode consistir na solicitação de informações ou pareceres a peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação, desde que através dela não se distorça a concorrência, nem se produza qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência – n.º 1 do art.º 35.º-A CCP

Sublinhamos ainda, a criação de novas tipologias procedimentais, tais como, a “parceria para a inovação.” É um procedimento de origem comunitária – Diretivas 2014/24/EU e 2014/25/EU - a adotar, quando a entidade adjudicante pretenda a realização de atividades de investigação e o fornecimento de bens, serviços ou obras inovadoras, independentemente da sua natureza e das áreas de atividade – Artigos 30.º – A e alínea b) do n.º 1 do art.º 16.º do CCP. Segundo JOÃO FILIPE GRAÇA, embora as já referidas Diretivas associem o procedimento ao critério do valor do contrato, o legislador português, nos termos do art.º 30 – A, opta por definir também um critério material para adoção deste novo procedimento, nomeadamente



“atividades de investigação, desenvolvimento de serviços, bens ou obras inovadoras.” Destacamos ainda, tratar-se de um procedimento sujeito a publicação – n.º 2 do art.º 218.º e n.º 1 do art.º 167.º do CCP e ao dever de fundamentação quando se verifiquem as condições do n.º 4 do art.º 36.º do CCP. Candidatam-se a este procedimento, pessoas ou entidades, que após serem aceites as suas candidaturas, apresentem projetos de I&D corporizando as respetivas propostas, as quais, por sua vez, são objeto de negociação, sendo a adjudicação da parceria feita a um ou a vários dos candidatos, segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa e com melhor relação qualidade-preço – n.º 2 do art.º 218 – C, alínea a) do n.º 1 do art.º 67.º e n.º 1 do art.º 74.º do CCP. As aquisições devem ainda observar os níveis de desempenho e os preços máximos previamente acordados entre a entidade adjudicante e os participantes na parceria – n.º 3, 4, 5 e 6 do art.º 218.º D do CCP. Num enquadramento genérico do código e retomando um tópico deixado em aberto previamente, o critério-regra de adjudicação é o critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo por base a melhor relação qualidade-preço e o preço ou custo, recorrendo-se a uma análise custo-eficácia, nomeadamente dos custos do ciclo de vida. Apesar do anterior critério ser a regra, permite-se a adjudicação pelo preço mais baixo, quando as peças do procedimento definam todos os restantes elementos da execução do contrato a celebrar – alínea b) do n.º 1 e n.º 3 do art.º 74.º do CCP. Ver também relativamente às centrais de compras a aquisição por preço mais baixo - n.º 1 do art.º 256.º - A que analisaremos adiante. Quanto à regra de fixação do critério do preço anormalmente baixo, esta é objeto de alteração, eliminando-se a sua indexação ao preço base, dispondo-se, que o mesmo seja fundamentadamente definido no programa do procedimento ou no convite, tendo em consideração o desvio percentual em relação à média dos preços das propostas a admitir ou outros critérios considerados adequados. Nomeadamente, os preços médios obtidos na consulta preliminar ao mercado, se tiver existido – preço anormalmente baixo art.º 71.º CCP. Com o CCP de 2018 passa a estar vedada a utilização do critério do “momento de entrega da proposta” como critério de desempate - n.º 5 do art.º 74.º CCP.

Destaca-se ainda a introdução de medidas, que impõem a fundamentação em contratos iguais ou superiores a 5.000.000€ - n.º 3 do art.º 36.º CCP. Medida que, como não podia deixar de ser, corrobora a dimensão teleológica do CCP num sentido mais amplo de promover a transparência e a concorrência nos procedimentos que regula. No mesmo sentido, sublinhamos o encurtamento generalizado de todos os prazos procedimentais – n.º 3 do art.º 34.º, n.º 1 do art.º 62.º, n.º 1 do art.º 62.º - A, n.º 1 e 2 do art.º 63.º, n.º 3 do art.º 71.º e n.º 3 do art.º 72.º. Complementarmente aos normativos anteriores, relevamos ainda a obrigação da disponibilização livre, completa e gratuita das peças do procedimento – n.º 5 do art.º 72.º - princípio da desburocratização, igualdade, boa administração e participação dos particulares.

Ao nível das competências do júri, destacamos a atribuição de competência ao júri para proceder à apreciação de soluções e projetos - art.º 72.º e a “a retirada ao júri, a favor do órgão competente para a decisão de contratar que não a pode delegar, da competência para retificar as peças do procedimento e aceitar ou rejeitar os erros ou omissões do caderno de encargos” – art.º 73.º e n.º 1 do art.º 76.º. Em matéria dos critérios de adjudicação e no que releva para a caução, assistimos a um processo de simplificação de procedimentos e de desoneração.

A caução deixa de ter um valor fixo e a percentagem de 5% do preço contratual passa a ser o seu limite máximo. No mesmo sentido, a entidade adjudicante faz ainda uma avaliação casuística baseada na “complexidade” e “expressão financeira” do contrato como critérios para a avaliação da entidade adjudicante – n.º 1 do art.º 89.º



CCP. No caso de contratos de duração superior a cinco anos, o valor de referência, para efeitos de fixação da caução, aplica-se apenas ao primeiro terço da duração do contrato, de modo a evitar cauções manifestamente excessivas – n.º 5 do art.º 89.º CCP. As renovações deixam de ser tidas contabilizadas para efeitos de fixação do valor da caução – n.º 4 do art.º 89.º e dispõe-se sobre o montante de 5% do preço contratual, como mero indicador supletivo, nos casos de omissão das peças do procedimento – n.º 1 do art.º 89.º, n.º 1 do art.º 77.º e art.º 88.º do CCP

Em matéria de celebração, vigência e cumprimento de acordos-quadro (centrais de compras, entre outras) destacamos a flexibilização e o acesso a preço mais favorável à EA, nomeadamente através da possibilidade de contratação fora de acordos-quadro, no domínio do respetivo objeto – n.º 1 do art.º 256.º-A do CCP. Nomeadamente, mediante recurso a centrais de compras estrangeiras, que se revelem economicamente mais vantajosas – n.º 4 do art.º 260.º do CCP, sempre que, se “demonstre que, para uma dada aquisição, a utilização do acordo quadro levaria ao pagamento de um preço pelo menos 10% superior ao preço praticado no mercado para objeto com as mesmas características e nível de qualidade” - n.º 1 do art.º 256.º CCP.

Relativamente à alienação de bens móveis – art.º 266.º - A do CCP – mencionamos a introdução desta novidade, por no entender de PEDRO SANTOS AZEVEDO, se apresentar como uma “inopinada alteração”, precisamente pelo facto de se revelar como motivo de crítica e em certa medida, estupefação por parte da maioria da doutrina.

5-Dimensão compreensiva das alterações realizadas e interesse público implícito

Na sequência duma relação que pretendemos estabelecer entre o Código, seu articulado e as situações concretas que visa regular, seguiremos agora para uma síntese do que foi previamente explanado. Dessa arte e, como podemos verificar, a alteração agora em análise ao CCP realizada em 2018, apesar de profunda e transversal, não alterou as finalidades a atingir com o Código da Contratação Pública de 2008. Constatamos de qualquer forma a persistência da preocupação em promover a concorrência e a transparência. Recapitulando e em jeito de conclusão provisória, constatamos que o CCP de 2018 resulta da transposição de Diretivas europeias, nomeadamente a 2014/23/UE sobre adjudicação de contratos de concessão, a 2014/24/UE sobre contratos públicos e a 2014/55/UE sobre faturação eletrónica nos contratos públicos.

As alterações promovidas mediante a sua incorporação no ordenamento jurídico português assumem grosso modo, as seguintes dimensões legislativas; o regime dos contratos entre entidades públicas é alargado com o intuito de abranger mais formas de cooperação entre entidades públicas e também para se adaptar àquilo que podemos denominar por uma nova Administração Pública que se estende para além da AP tradicional e que inclusivamente, no que concerne ao objeto das suas competências clássicas, pode ser exercida por privados. Vide dimensão subjetiva das EA – art.º 2 do CCP.

Nesse contexto de alargamento da tipologia de contratos, surge a parceria para a inovação, com a intenção de acompanhar a dinâmica de I&D global. Trata-se dum novo procedimento para compra de produtos ou serviços inovadores, que pelo seu carácter intrínseco de transformação tecnológica e científica aconselham à adoção dum procedimento pré-contratual específico. Promove-se paralelamente e como já foi sucintamente referido, a adjudicação de contratos em lotes, integrada numa política



pública económica que visa incentivar a participação das pequenas e médias empresas nos procedimentos pré-contratuais e como entidades contraentes. Como afirma JOSÉ DUARTE COIMBRA, a versão final e aprovada das Diretivas europeias de 2014, reflete a atribuição de uma relevância central a este procedimento, que evidencia uma vertente estratégica da CCP quanto a políticas económicas abarcando as pequenas e médias empresas – PMEs. Na verdade, o CCP contém normas que visam “acautelar, beneficiar, potenciar e monitorizar a participação dessas mesmas empresas na dinâmica económica da contratação pública.”

O CCP de 2018 imprime ainda uma outra concetualização ao critério da adjudicação, passando esta a assentar na proposta economicamente mais vantajosa, tendo por base o preço ou custo e a melhor relação qualidade-preço. Como argumente JULIANA FERRAZ COUTINHO, não adjudicar é um poder/dever quando tal ofenda o interesse público, daí a importância de critérios claros para a adjudicação. Não obstante, embora não se constitua como regra, continua a ser possível como já dissemos, adjudicar pelo preço mais baixo, quando for esse o critério considerado mais adequado. O critério usado para determinar o preço anormalmente baixo é alterado e no sentido de se avaliar, se estamos realmente perante essa situação, potencialmente geradora de hipotéticas ilegalidades, compara-se esse preço com a média dos preços das outras propostas a concurso. O preço anormalmente baixo deixa, portanto, de estar indexado a um preço base para comparação pura e simples. Pensamos que neste caso se harmoniza o critério do preço economicamente mais vantajoso, com o interesse público de adjudicar por um preço anormalmente mais baixo, desde que, não se encontre ferido de ilegalidade. Quanto às noções de “trabalhos a mais” e “trabalhos de suprimento de erros e omissões” plasmados no Código de 2008, são substituídas pelos trabalhos ou serviços complementares.

As medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização culminam no já falado encurtamento dos prazos mínimos para apresentar propostas e candidaturas em procedimentos de valor inferior aos limiares europeus, ou seja, as que não têm de ser publicadas no JOUE. São ainda estabelecidas regras para que, gradualmente, se vá deixando de recorrer à caução, que ainda assim e como já verificamos, se procurou que fosse menos onerosa para os candidatos. Volta a ser possível corrigir os erros de uma proposta que não cumpriu alguma formalidade não essencial, sem excluir essa proposta.

O objetivo é evitar exclusões desproporcionadas, promover a celeridade, a desburocratização, obstando por essa via a que o interesse público seja prejudicado. Ainda na senda da simplificação, por exemplo, as empreitadas que envolvam contratos com um valor estimado até €300.000,00 passam a poder ser contratadas através de procedimento de concurso público urgente. São criadas regras para a transmissão de bens móveis por entidades públicas. A transmissão pode ser definitiva ou temporária, da propriedade ou da utilização dos bens, incluindo, por exemplo, a locação e o empréstimo. Estas regras destinam-se a permitir que os bens de que os serviços públicos não precisam, sejam entregues a outros serviços ou transmitidos, com o objetivo de os rentabilizar ou valorizar.

Como indicador de que o CCP de 2018 assume também uma acentuada componente programática, sublinhamos a consagração de normas que se traduzem em medidas para concretizar o Programa Nacional de Reformas: Com o objetivo de incentivar a transparência e desburocratização, salientamos o facto de que todas as peças do procedimento têm de estar disponíveis de forma gratuita na plataforma eletrónica da contratação pública, logo a partir da data em que for publicado o respetivo anúncio. Pela natureza específica de determinadas entidades, são criadas



regras simplificadas para contratos de valor superior a 750.000 euros para serviços prestados de saúde, sociais e outros serviços relacionados com estes serviços administrativos nas áreas social, da educação e da saúde coletivos, sociais e pessoais, incluindo serviços prestados por organizações sindicais, organizações políticas, organizações de juventude e outras organizações associativas.

Promovendo e estimulando o programa SIMPLEX, bem como os seus objetivos de desburocratização, celeridade, proximidade com o cidadão e a interdependência eficaz e eficiente entre o funcionamento dos serviços administrativos do Estado, introduz-se o uso da fatura eletrónica nos contratos públicos. Alarga-se a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública, deriva programática, que segundo MANUEL LOPES ROCHA, muito deve a personalidades como Mariano Gago e Diogo Vasconcelos. As vantagens da desmaterialização são evidentes e extensíveis a outros campos da sociedade portuguesa, destacando-se no âmbito do CCP os leilões eletrónicos – art.º 140.º do CCP. Criam-se medidas para prevenir e eliminar conflitos de interesses nos procedimentos de formação de contratos, por parte dos vários intervenientes nos procedimentos, incluindo membros do júri ou peritos que lhe dão apoio e numa outra fase de execução dos contratos, introduz-se o já referido gestor do contrato.

O legislador pretende neste caso, que esta figura seja uma manifestação concreta do princípio da boa administração, transposto para a boa administração dos contratos. Este deve acompanhar permanentemente a execução do contrato e assegurar a qualidade do trabalho de quem desempenha tarefas públicas. Integrada numa dimensão mais lata, sublinhamos a título de exemplo, medidas tomadas no âmbito do Programa do Governo para descongestionar os tribunais: promove-se o recurso à arbitragem. A arbitragem é uma forma simples, rápida e barata de resolver um conflito sem recorrer aos tribunais. Paralelamente procede-se à introdução de alterações em sede da resolução de contratos, segundo PEDRO ALVES, sem grande sucesso, na medida em que é “forçoso que a entidade pública aguarde pelas condições fáticas e jurídicas que lhe permitam declarar o incumprimento contratual definitivo, optando muitas vezes, por não o declarar, para que o contrato possa ser cedido antes de perecer.” Com a aprovação do CCP pretende-se simplificar, desburocratizar e flexibilizar os procedimentos de formação de contratos públicos, aumentar a eficiência da despesa pública e facilitar o acesso aos contratos públicos; é o caso da já abordada adjudicação por lotes, que incentiva a participação de pequenas e médias empresas na contratação pública. Feita esta viagem panorâmica sobre algumas das alterações promovidas no CCP de 2018, passaremos de imediato a uma análise mais fina dos procedimentos do ajuste direto e da consulta prévia.

6. Ajuste direto e consulta prévia. Repriminção da consulta prévia e o velho ajuste direto

Como procurámos evidenciar ao longo desta exposição, as mais recentes alterações à contratação pública nacional, decorrem, da necessidade superveniente do facto de Portugal ser um país membro da EU, de se promover a transparência, a concorrência e a simplificação dos procedimentos. Como veremos, o ajuste direto não-concorrencial e a consulta prévia são, devido à quase total discricionariedade envolvida, procedimentos fechados, que como tal, parecem estar num polo oposto, face à concorrência e transparência, contudo, relativamente à simplificação tal já não sucede. Assim, no âmbito dos procedimentos pré-contratuais que iremos abordar, torna-se relevante relembrar o conceito de Valor do Contrato – art.17.º do CCP. “O valor do contrato corresponde ao valor máximo do benefício económico, que em



função do procedimento escolhido, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto.”

Portanto, como é definido pela doutrina, o valor do contrato é determinado pelo somatório de todos os fatores que integram o benefício económico e que dentro dos limites máximos de despesa fixados nos artigos 19.º a 21.º do CCP são discriminados por referência ao valor do contrato a outorgar, na sequência de quaisquer um dos procedimentos adotados. Este critério apresenta uma importância central, visto que reflete as opções do legislador em termos de escolha do procedimento a adotar em função do valor do contrato. Entre as alterações promovidas em 2018, encontra-se a possibilidade da formação dos contratos de empreitada de obras públicas mediante consulta prévia a pelo menos três entidades, quando o valor do contrato for inferior a 150.000,00€ - alínea c) do art.º 19.º - ou então através de ajuste direto quando o valor do contrato seja inferior a 30.000,00€ - alínea d) do art.º 19.º. Sublinhamos neste ponto, com particular ênfase, que as pequenas empreitadas de obras públicas até 5.000 euros passam a poder ser contratadas por ajuste direto simplificado – art.º 128.º. Quanto à consulta prévia com consulta a pelo menos três entidades pode ainda ser usada na formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e serviços quando o valor do contrato seja inferior a 75.000,00€ - n.º 1 alínea c) do art.º 20.º ou o ajuste direto quando o valor do contrato for inferior a 20.000,00€ - n.º 1 alínea d) do art.º 20.º.

No que concerne aos procedimentos por consulta prévia e ajuste direto, pelo facto de constituírem procedimentos fechados, tanto a jurisprudência do tribunal de contas, como a doutrina, sublinham a impossibilidade do valor do contrato, ser fracionado de modo, a que as regras da contratação pública sejam subvertidas na sua dimensão teleológica. Fracionar uma empreitada de obras públicas, cujo, o valor do contrato seja de 300.000,00€ em 10 frações de modo a por exemplo, adotar um ajuste direto para cada uma delas, viola as regras da contratação pública. Este importante normativo, que reflete uma preocupação profunda quanto à transparência das contas públicas e do procedimento em si, encontra-se plasmada no n.º 8 do art.º 17.º do CCP em consonância com a defesa do interesse público, igualmente presente por exemplo no n.º 2 do art.º 21.

Nos parágrafos anteriores ocupámo-nos da escolha do procedimento pré-contratual do ajuste direto e da consulta prévia em função do critério do valor do contrato, procuraremos agora elucidar como se processa esta escolha em função de critérios materiais. A regra geral para o efeito continua a ser aquela que se encontra plasmada no art.º 23.º do CCP, segundo a qual:

A escolha do procedimento nos termos do disposto no presente capítulo permite a celebração de contratos de qualquer valor, sem prejuízo das exceções expressamente previstas.

Destarte e em função de critérios materiais, a escolha do ajuste direto continua a ser alvo de forte escrutínio por parte do legislador, pelo que, apenas são admitidas as seguintes possibilidades: escolha de ajuste direto para a formação de quaisquer contratos – art.º 24.º CCP, escolha de ajuste direto para a formação de contratos de empreitada de obras públicas - art.º 25.º CCP, escolha de ajuste direto para a formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis – art.º 26.º do CCP e escolha do ajuste direto para a formação de contratos de aquisição de serviços – art.º 27.º do CCP. JOÃO FILIPE GRAÇA argumenta, que relativamente aos critérios materiais para a escolha do ajuste direto, o CCP persiste numa redação



excessivamente complexa e longa, que contraria um dos objetivos da revisão do CCP de 2018, a simplificação de procedimentos e processos.

No que concerne à escolha do procedimento pré-contratual da consulta prévia, considera-se que o CCP de 2018 clarificou ambiguidades identificadas no anteprojeto de revisão do CCP, dispondo no seu art.º 27.º que em caso da adoção de procedimentos pré-contratuais com base em critérios de ordem material, a consulta prévia deve surgir como opção quando o recurso a mais que duas, entidades se revele possível e compatível com a fundamentação argumentativa que sustenta a escolha deste procedimento. Tal como VASCO RAMOS, JORGE ANDRADE da SILVA, considera que a escolha pelas três entidades a convidar, se enquadra no poder discricionário da administração, pelo que o dever de fundamentar deve abranger critérios de conveniência, adequação, necessidade e razoabilidade próprios das atividades ligadas à prossecução da satisfação de interesses públicos.

Quanto à escolha do procedimento; enquanto, que, a jurisprudência entende que a escolha dum procedimento pré-contratual não obedece aos requisitos do exercício dum poder discricionário por parte da EA – enquadrando-a, portanto, no exercício de um poder vinculado à lei - a doutrina, ao invés, inclina-se para o entendimento de que esta escolha/decisão se enquadra no exercício dum poder discricionário (livre decisão, margem de livre apreciação, conceitos indeterminados. Neste sentido, a doutrina assume esta *decisão* como sendo um ato interno e por isso não impugnável, que apenas se torna num ato externo quando é publicado anúncio ou se realiza o convite à apresentação de propostas. Esta natureza liminar entre ato interno e externo converte-a juridicamente e segundo ROGÉRIO SOARES in JOÃO FILIPE GRAÇA, num ato compósito.

No mesmo sentido posicionam-se MARCELO REBELO DE SOUSA e MATOS SALGADO, relativamente ao entendimento de que a escolha do procedimento com base noutros critérios, que não o valor do contrato se situa num âmbito ainda mais extenso do exercício dos poderes discricionários das EA, embora só por si, a liberdade de decisão relativamente à escolha das entidades a convidar, seja também ela exercida no âmbito desse poder discricionário, mesmo quando o critério a validar seja o do valor do contrato. A limitação por outra via e igualmente em função do valor do contrato, surge com a limitação imposta às EAs em contratar, nos termos do n.º 2, 3 e 5 do art.º 113.º do CCP, quer para o ajuste direto, quer para a consulta prévia – n.º 1 do art.º 113.º Nos termos do n.º 2 do art.º 113.º não podem ser endereçados convites a entidades que já tenham contratado com a EA no ano em curso ou nos dois anos anteriores – remetendo para as alíneas c) e d) do art.º 19.º e n.º 1, alíneas c) e d) do art.º 20.º. JOÃO AMARAL, bem como PEDRO TELLES afirmam, que contrariamente ao que sucedia com o CCP de 2008, no CCP de 2018 é irrelevante que o contrato a celebrar pela EA seja ou não constituído por prestações equivalentes ou idênticas às dos contratos anteriormente celebrados ou em fase de celebração no ano corrente. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO no âmbito deste debate vai mais longe e argumenta, que uma medida cuja *ratio legis* seria a de promover a concorrência, acaba por a prejudicar, ao impossibilitar o convite a entidades que tenham contratado com as EA no ano corrente ou nos dois anteriores anos. Segundo a sua perspetiva, cria-se uma situação em que o melhor fornecedor/prestador pode simplesmente ser afastado do mercado da contratação pública. Consta-se no exemplo dado, que na prática pode existir uma penalização, não por ter falhado na execução de prestações sobre determinado objeto contratado, mas por eventualmente o ter executado nas melhores condições e segundo o preço economicamente mais vantajoso. Aquela que era a *ratio*



legis do n.º 2 do art.º 113.º parece assim, estar comprometida, quando se verifica que pode atingir resultados, diametralmente opostos aos inicialmente pretendidos.

JOÃO AMARAL concretiza outra crítica ao n.º 2 do art.º 113.º. Com a entrada em vigor do CCP de 2018, a aplicação temporal do n.º 2 do artigo 113.º tem consequências evidentes. O ajuste direto já existia – embora com duas tipologias - e apenas passa a ter novos critérios em função do valor do contrato, pelo que os montantes a ter em consideração no que concerne a uma hipotética proibição de realizar o convite são os novos limites – muito mais baixos - referentes a empreitadas de obras públicas e a locações e aquisições de bens e serviços, ou seja, esta limitação apenas vale para eventuais ajustes diretos realizados dentro do atual critério do valor do contrato, com convite a apenas uma entidade. São totalmente despicientes para este efeito os ajustes diretos concorrenciais realizados em 2017 e 2016, misturando-se neste aspeto e tornando ineficazes aqueles que são os critérios atuais de distinção entre ajuste direto e consulta prévia – no fundo observando, esta última e em função do valor do contrato, bem como relativamente ao número de entidades a convidar, grandes similaridades com o anterior ajuste direto concorrencial consagrado no CCP de 2008. Porém e concomitantemente, no que se refere ao procedimento da consulta prévia, a entrada no novo ano (2018) é feita sob uma folha em branco, pelo que não existe qualquer impedimento aos convites a realizar para apresentação de propostas. A proibição de convidar entidades com as quais se tenha contratado nos últimos dois anos, simplesmente não tem objeto dessa proibição.

Com efeito, antes de 1 de janeiro de 2018 nada fora adjudicado “na sequência de consulta prévia [...] adotada nos termos do disposto na alínea c) do artigo 19.º e na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º”. Eventuais ajustes diretos com convite a três ou mais operadores económicos foram, ainda assim, procedimentos de ajuste direto. Os dois casos de consulta prévia são, pois, casos absolutamente novos. Em suma: o novo n.º 2 do artigo 113.º do CCP é uma norma que continua a aplicar-se “consoante o caso”.

Numa perspetiva holística, poderemos afirmar que o ajuste direto e o concurso público estão “em polos opostos no que respeita à dimensão do seu potencial universo subjetivo.” Como pudemos constatar, os procedimentos podem ser classificados como abertos, semiabertos ou fechados quanto ao seu universo subjetivo. Se aos procedimentos abertos, pode apresentar candidatura, qualquer interessado que reúna as condições previstas na lei – concurso público – e nos semiabertos, apenas podem apresentar propostas aqueles candidatos que sejam aceites pela administração numa fase preliminar de qualificação ao procedimento, já no que ao ajuste direto diz respeito, apenas apresentam candidaturas as entidades convidadas.

Quanto à consulta prévia, a realização de pelo menos três convites, revela-se à partida mais em conformidade com a imposição de transparência e concorrência na contratação pública, do que apenas um convite. Todavia, emerge uma outra questão, se no ajuste direto apenas existe um convite e na consulta prévia pelo menos três, quer dizer que inexplicavelmente, face ao CCP de 2018 não se podem realizar dois convites. PEDRO TELLES reforça esta visão crítica sobre este “novo” ajuste direto e sobre a “repriminção” da consulta prévia. No código de 2008 o ajuste direto com convite a mais que uma entidade, observava estatisticamente um ratio de 1,7 propostas por procedimento, enquanto, que, com o CCP de 2018 e no âmbito da consulta prévia, mantendo-se a escolha das entidades a quem enviar convites, no plano do poder discricionário da EA, torna-se possível a escolha de “dois cavalos mortos”, enquanto agentes económicos, atribuindo-se ao procedimento uma forma



concorrencial, que se revela na prática potenciadora de situações de ilegalidade, visto que juntamente com estes “dois cavalos mortos” estará a entidade a quem se pretende adjudicar, não raramente grupos diferentes da mesma empresa/prestador. PEDRO TELLES é portanto, da opinião que nada mudou na prática e que as alterações ao CCP são neste caso, apenas cosméticas.⁴⁴

Conforme estatuído no n.º 4 do art.º 24.º do CCP - que parece refletir um quadro normativo a operar maiores restrições sobre o ajuste direto – afirma-se que “O ajuste direto com fundamento no disposto nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar. É inquestionável que a sua classificação como sendo um procedimento fechado, parece à partida denunciar um estatuto jurídico menos *amigo* da concorrência e transparência, não obstante, em certas circunstâncias tal poderá não suceder. O ajuste direto poderá ser a solução para a formação de contratos, nos casos em que anteriormente e através da realização dos procedimentos de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, não tenham surgido propostas. Neste âmbito parece ser uma redundância do sistema, que visa em última análise contratar para suprir necessidades públicas de forma célere. Outros casos concretos que aconselham a escolha do procedimento por ajuste direto podem emergir de contextos negociais em que seja necessário manter o segredo (de Estado), acerca duma contratação em particular. Como já verificámos, a regra da escolha do ajuste direto assenta no valor do contrato, o qual para o efeito não é o relevante.

Neste quadro parece verifica-se, que o concurso público ou o concurso público por prévia qualificação são a regra e o desejável. No entender de JORGE ANDRADE DA SILVA até a consulta prévia pode ser incluída neste padrão concorrencial sob um ponto de vista formal e no que ao número de convites diz respeito, não obstante, é como vimos, alvo de inúmeras críticas que nos parecem fazer todo o sentido, nomeadamente aquela que consiste em atribuir-lhe o estatuto de um procedimento que pode ficcionar a concorrência, não sendo, portanto, transparente. No que concerne ao ajuste direto, como verificámos, a sua adoção está limitada pelo valor do contrato e por outros critérios materiais e “outros critérios”, que exemplificámos.

7. Notas conclusivas

Constatamos no âmbito da contratação pública o primado do concurso público sobre os demais procedimentos. Não é uma tendência recente, nem exclusiva da realidade portuguesa, é ao invés, o paradigma jurídico adotado pela grande maioria dos países europeus. A explicação assenta na argumentação com que iniciámos este trabalho; a importância atribuída pela UE às questões da concorrência e transparência, orientadas também por princípios de imparcialidade, isenção, boa administração, igualdade, proporcionalidade, justiça, razoabilidade ou participação do tecido social e económico nos processos que lhes interessem. O concurso público é o procedimento pré-contratual que melhor garante esses princípios estruturantes da contratação pública europeia e das regras de funcionamento do mercado interno da UE. É o tipo de procedimento em que as regras de carácter vinculativo, no que concerne à admissibilidade de candidatos, mais evidenciam a sua força, conferindo maior segurança jurídica aos interessados na medida em que apenas devem satisfazer os requisitos discriminados na lei. Neste sentido, não só promove a

⁴⁴TELLES, Pedro, “Ajuste Direto e Consulta Prévia; É preciso que tudo mude, para que tudo fique na mesma” in *e-Pública*, Vol. 4, n.º 2, nov., 2017, pp.57.



transparência da contratação pública, como também o faz relativamente à concorrência. Numa posição intermédia estão o Diálogo Inter-concorrencial e o Concurso por Prévia Qualificação como procedimentos semiabertos.

No que diz respeito ao ajuste direto, nos termos do no art.º 24.º e do art.º 28.º do CCP, nada impede que as EA não possam adotar o concurso público ou o concurso por qualificação prévia sem obrigação de publicação no JOUE, podem sempre optar por um procedimento mais exigente, desde que não haja apenas um candidato. Portanto, a escolha do ajuste direto assenta num outro tipo de racional; tem o benefício de reduzir as formalidades procedimentais de forma substancial, apesar de importar um prejuízo evidente para a concorrência – serão neste caso ponderados conceitos indeterminados de interesse público e concorrência/transparência. Não obstante, em casos excepcionais – alguns já referidos previamente - permite-se uma outra possibilidade procedimental pré-contratual, nomeadamente, quando outro procedimento previamente escolhido não tenha atingido o seu objetivo final, por exemplo, devido a factos que fossem impossíveis de prever no caderno de encargos. Nos termos do ajuste direto previsto no art.º 25.º do CCP - formação de contratos de empreitada de obras públicas – um dos pressupostos para que tal possa ocorrer, consiste no facto das obras não serem novas. Nesse caso, os ajustes diretos decorrem de outros procedimentos pré-contratuais e de contratos já em execução, que não constem do projeto inicialmente previsto.⁴⁵

Nos termos do ajuste direto previsto no art.º 26.º CCP – formação de contratos de locação ou aquisição de bens e serviços – O ajuste direto encontra-se subordinado por exemplo, ao contrato ser assinado com a empresa com quem foi outorgado o contrato inicial. Numa outra perspetiva, a lei prevê a celebração de ajustes diretos quando se trate de aproveitar oportunidades de aquisição de material em condições particularmente vantajosas.

Como podemos verificar, o ajuste direto visa nalguns casos atender a situações de cariz mais concreto em que a agilidade processual das EA seja imperativa, embora a regra seja a sua coartação, desde logo pelo valor do contrato que se afirma como critério regra. A consulta prévia é um procedimento aparentemente mais “concorrencial” que o ajuste direto – podendo como dissemos previamente, ficcionar a concorrência - tendo sido promovido o seu regresso enquanto procedimento, com uma intenção pragmática de reduzir a percentagem de ajustes diretos em Portugal nas estatísticas europeias e segundo PEDRO TELLES;

This change in terminology is understandable as it made no sense to have the same name to describe two different realities and appears to answer some historical calls by the country’s Audit Court to increase transparency.

Ao restringir o âmbito da escolha do ajuste direto em função do critério do valor do contrato, a consulta prévia aparece como seu natural sucessor na formação de contratos com valor contratual semelhante aos ajustes diretos de 2008. Desta forma aproxima-se a contratação pública nacional dos índices de transparência e concorrência experimentados sob um ponto de vista formal na UE. Recordamos ainda, os condicionalismos socio-históricos em que foi preparada a revisão do CCP de 2018 em Portugal: a necessidade de transposição das Diretivas europeias data de 2014, momento em que Portugal se encontrava sob intervenção externa da Troika.

Creemos portanto, que o procedimento por consulta prévia foi reintroduzido por motivos políticos de necessidade de credibilização externa do Estado português. Sendo o ajuste direto - historicamente - um dos procedimentos mais utilizados em Portugal e paralelamente o menos amigo da concorrência e transparência, algo teria

⁴⁵ SILVA, Jorge Andrade, *Código dos Contratos Públicos; anotado e comentado*, Almedina, Coimbra, 2017, pp.116.



que ser feito para fazer decrescer o seu impacto nas estatísticas e a sua crescente má reputação. No fundo, é por se introduzir um procedimento não concorrencial – ajuste direto – e um aparentemente concorrencial – consulta prévia – que em quase tudo se assemelha ao anterior ajuste direto concorrencial, que muitos dos autores que vimos referenciando, consideram que nada mudou. Mantendo-se no que concerne à consulta prévia, a discricionariedade do anterior ajuste direto concorrencial, ela revela-se em tudo semelhante a esse procedimento. Neste sentido, nada mudou. Quanto ao n.º 2 do art.º 113.º do CCP sublinhamos ainda mais um aspeto que reputamos por conveniente. Na verdade, esta limitação apenas valerá para os casos futuros, embora disponha para os dois anos passados, pelo que nos se afigura pertinente a referência a um velho dizer popular; há que dar tempo ao tempo, para que a limitação no tempo do n.º 2 do art.º 113.º possa ser aplicada.

Claramente o CCP de 2018 resulta numa revisão profunda. Não pode, todavia, ser considerado um NOVO código. Como verificámos, por vezes, quase que funciona como um instrumento de política pública setorial – económica - por exemplo, o caso da divisão em lotes ou numa outra dimensão, como um instrumento de redução do défice através do controlo das compras públicas. Esta revisão tem obviamente por trás as Diretivas europeias vocacionadas para um modelo económico de mercado interno onde deve existir concorrência e transparência entre os vários Estados membros. Quanto à forma como Portugal procedeu à transposição, parece ser evidente que a alteração de 155 artigos vai além da transposição ponto por ponto, realizada por outros Estados membros da EU.

Quanto ao ajuste direto e à consulta prévia, após tudo o que afirmámos, concluímos com a seguinte ideia; face à necessidade de promover a concorrência e a transparência, substituir o ajuste direto concorrencial do CCP de 2008 pela consulta prévia do CCP de 2018, dificultará ainda mais a sindicância do tribunal de contas sobre a contratação pública no âmbito dos procedimentos fechados. Parece-nos, portanto, que, quer o ajuste direto, quer a consulta prévia, revelam no CCP de 2018 uma não conformidade com o espírito da lei subjacente às alterações nele introduzidas e, por consequência, com as diretivas 23, 24 e 25 de 2014 da EU, no que concerne à concorrência e transparência, podendo, no entanto, assumir uma outra relevância, no que diz respeito à celeridade e desburocratização, quando justificadas por questões de interesse público.

Referências:

ALMEIDA, JA. O novo n.º 2 do artigo 113.º do código dos contratos públicos. Publicações Sérvulo, 22 Dez, 2017.

ALMEIDA, MA. Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP. in AMADO et al., Orgs., Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, AAFDL, Lisboa, 2018.

ALVES, PL. Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato”, in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs. Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, AAFDL, Lisboa, 2018. Cf. Art.º 318.º - A CCP.

AMADO GOMES, C. et al. Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos. AAFDL, Lisboa, 2018.



AMARAL, F. Curso do Direito Administrativo, Tomo I, Almedina, Lisboa, 2016.

AZEVEDO, PS. A alienação dos bens Móveis no novo Código dos Contratos Públicos. in CARLA AMADO GOMES, et al. Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, AAFDL, Lisboa, 2018

BRITO, ML. A modificação subjetiva do contrato no Código dos Contratos Públicos. in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018.

CAMACHO, C. Práticas restritivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência”, in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs., *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013

CAUPERS, J. Contratação Pública e Concorrência. in CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÒ. Orgs. *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Lisboa, 2013.
COIMBRA, JD. A Adjudicação por lotes no CCP revisto. in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs. *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018

CORREIA, S. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional. Ac. do STA, 1ª secção, P-1068/06, de 17-01-2006.

CORREIA, S. A Revisão das Disposições Gerais Sobre o Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos. E-Pública, Vol. 4 nº, 2, novembro, 2017.

ESTORNINHO, MJ e MARTINS, AG. (Coord.). A Revisão do Código dos Contratos Públicos. Atas de Conferência, FDUL, dez., 2016.

FARINHO, DS. Serviços sociais e outros serviços específicos: o Leopardo e o Ornitorrinco entre os três Setores da atividade económica. CARLA AMADO GOMES et al. Orgs. *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018.

FERREIRA, D. O Regime da Contratação In House à Luz das Novas Diretivas de Contratação Pública; o triunfo dos Estados sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Rede de Direito Ibero-americana de Contratação Pública. Universidade do Minho, p.794.

GONÇALVES, P. Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo. Estudos de Contratação Pública, I, Coimbra, 2008, p. 573.

GRAÇA, JF. A escolha dos procedimentos contratuais no Código dos Contratos Públicos, in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs. *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. AAFDL, Lisboa, 2018.

MATOS, SY. Gestor do Contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal da nova figura. in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs. *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. AAFDL, Lisboa, 2018.



MORAIS, L. e RODRIGUES, C. Contratação Pública e Práticas anti concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial Acordos entre Empresas. in Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. Contratação Pública e Concorrência, Almedina, Lisboa, 2013.

MOREIRA, JA. Breves notas sobre o regime das propostas de preço (ou custo) anormalmente baixo. in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs. Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos. AAFDL, Lisboa, 2018.

PEDRO, R. Critérios de adjudicação no Código dos Contratos Públicos (Revisto). in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs. Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos. AAFDL, Lisboa, 2018.

PEREIRA, PM e GUIMARÃES, RM. O Valor dos Contratos no Código dos Contratos Públicos Português. Revista de Contratos Públicos – RCP | Belo Horizonte, ano 3, n.º 5, pp. 157-177, mar./ago. 2014.

PINA, MT. O Conceito de Mercado Relevante e a sua Importância na Definição da Entidade Adjudicante. In Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. Contratação Pública e Concorrência. Almedina, Lisboa, 2013.

PIRES, ML. Acordos Quadro. in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018.

RAIMUNDO, MA. Primeira análise das novas diretivas (Parte I). Revista De Contratos Públicos, n.º 9, 2013.

RAIMUNDO, MA. As exceções da contratação pública e da concorrência. In Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. Contratação Pública e Concorrência. Almedina, Lisboa, 2013

RAMOS, Vasco Moura. “Consulta Prévia”, in CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. AAFDL, Lisboa, 2018.

REBELO de SOUSA, M. e SALGADO DE MATOS, A. Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral. Tomo III, Edições D. Quixote, Lisboa, 2008.

REIS, AMS. Modelos de governação e parcerias público-privadas (PPP): o caso dos Clusters em Portugal. ISCTE, Dissertação de mestrado em Gestão e Políticas Públicas, 2012.

SANCHEZ, PF. A contratação in house e inter-administrativa após a revisão do CCP. In CARLA AMADO GOMES, et al. Orgs., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018.

SILVA, JA. Código dos Contratos Públicos; anotado e comentado. Almedina, Coimbra, 2017.

TELLES, P. Ajuste Direto e Consulta Prévia; É preciso que tudo mude, para que tudo fique na mesma. *E-Pública*, Vol. 4, n.º 2, nov., 2017, p.54.



TRABUCO, C. Existem empresas, que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In Cláudia Trabuco e Vera Eiró Orgs. Contratação Pública e Concorrência, Almedina, Lisboa, 2013.

Comunicações:

SANCHEZ, PF. Alterações no âmbito de aplicação do regime de contratação pública à luz do anteprojeto de revisão do Código dos contratos públicos. Intervenção proferida no Debate público sobre o Anteprojeto 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 e sob organização das Senhoras Professoras Doutoradas Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins.