
A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS EUROPEIAS DE 2014 E O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

MARIA JOÃO ESTORNINHO
(COORDENADORA)



A TRANSPOSIÇÃO DAS
DIRETIVAS EUROPEIAS
DE 2014 E O
**CÓDIGO DOS
CONTRATOS PÚBLICOS**

MARIA JOÃO ESTORNINHO
(COORDENADORA)

Edição:

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt

Centro de Investigação de Direito Público

www.icjp.pt/cidp | cidp-icjp@fd.ulisboa.pt

Maio de 2016

ISBN: 978-989-8722-16-4



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

Design da capa:

Jason Simões

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Índice

- 7 A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum ▶**

Maria João Estorninho

- 12 Breve ensaio sobre a teoria dos sistemas e o Código dos Contratos Públicos ▶**

Luís Valadares Tavares

- 29 A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) proposta de transposição não minimalista das diretivas ▶**

Maria João Estorninho

- 36 Os conflitos de interesses na revisão do Código dos Contratos Públicos ▶**

João Caupers

- 43 Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável ▶**

Vasco Pereira da Silva

- 49 O (novo) conceito de «proposta economicamente mais vantajosa» e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios ▶**

Isabel Celeste M. Fonseca

58 O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública ▶

Nuno Cunha Rodrigues

67 O acesso das Pequenas e Médias Empresas ao mercado dos contratos públicos: algumas soluções ▶

Isabel Celeste M. Fonseca e Nuno Miguel Mota

78 Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades ▶

Isabel Celeste M. Fonseca

89 Breves notas para um novo regime do CCP em matéria de contratos sobre o exercício de poderes públicos ▶

Mário Aroso de Almeida

A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e *amiga do bem comum*

MARIA JOÃO ESTORNINHO¹

1. Por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum

- 1.1. Na sua Exortação Apostólica *Evangelii Gaudium*, Sua Santidade o Papa Francisco, a propósito de alguns dos «desafios do mundo atual», critica os desequilíbrios de sistemas económicos que impedem os Estados de «velar pela tutela do bem comum» e lança um alerta para «uma corrupção ramificada e uma evasão fiscal egoísta, que assumiram dimensões mundiais». O Papa Francisco exorta, então, os governantes a «um regresso da economia e das finanças a uma ética propícia ao ser humano» e à realização do bem comum. Em jeito de provocação, proponho que acrescentemos a esse rol também o Direito, lançando o repto no sentido de que, neste momento em que Portugal deve proceder à transposição das Diretivas europeias de 2014, saibamos evoluir para regimes jurídicos da contratação pública amigos de uma «ética propícia ao ser humano».
- 1.2. 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 obrigação de exercer o seu poder de compra de forma ética, social e ambientalmente responsável. A interação entre estas diversas dimensões da contratação pública coloca novos e difíceis desafios e uma contratação pública sustentável exige o reforço dos mecanismos de prevenção do desperdício e da corrupção. 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.

¹ Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Catedrática convidada da Universidade Católica.

- 1.3. 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, na 1ª ed. de Direito Europeu dos Contratos Públicos, que ao legislador português se colocava, 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.
- 1.4. 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 verdadeiramente amiga de uma contratação pública ética, social, ambiental e financeiramente responsável. Aceitei, assim, 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 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.

2. Por uma transposição necessariamente não minimalista das Diretivas europeias de 2014

- 2.1. Em 2006 defendi que a transposição das Diretivas Europeias de 2004, sobre contratos públicos, deveria «servir de pretexto para, finalmente, se elaborar um Código dos Contratos Públicos que reunisse num único diploma, de modo uniforme, sistematizado e coerente», normas que, nas últimas décadas, haviam estado dispersas por uma série de diplomas, sendo o resultado um regime jurídico disperso, incompleto, recheado de contradições e desfasado da realidade. A situação tinha-se tornado insustentável. As inovações profundas e arrojadas introduzidas no contencioso da contratação pública pela reforma do contencioso administrativo, em 2004, fazendo-se eco de uma noção de contrato público, de inspiração comunitária, acentuavam ainda mais a desatualização e a inadequação dos regimes procedimentais e substantivos aplicáveis, na época, à contratação pública. Tornava-se indispensável e urgente avançar para um Código dos Contratos Públicos. Importava não ceder à tentação

de, numa versão minimalista, acabar por realizar a mera e estrita transposição das já referidas Diretivas Europeias, o que teria significado perder a ocasião de repensar todo o regime jurídico aplicável aos contratos públicos, disperso por diplomas elaborados em momentos históricos diferentes e sob influências doutrinárias também elas diferentes, num resultado claramente desajustado da realidade. Infelizmente, como já referi, a versão de 2008 do CCP revelou-se uma desilusão.

2.2. A meu ver, hoje é igualmente insustentável – e inaceitável - pretender fazer uma transposição minimalista das Diretivas de 2014, mantendo no essencial a versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos. 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 CCP. Ou seja, uma transposição minimalista (i.e., que pretendesse «enxertar» todas essas alterações nos atuais quase 500 artigos do CCP, mantendo-o intacto no essencial) iria agravar – de modo intolerável - a «floresta labiríntica em que se transformou o emaranhado de normas» do CCP na versão de 2008. Inaceitável, uma vez que a transposição das Diretivas não pode significar consagrar, por um lado, soluções das Diretivas acrescentando uma série de artigos ao CCP e, por outro lado, manter tudo o resto na mesma, criando contradições insanáveis que acabam por desvirtuar o sentido das Diretivas.

Incompreensível seria também, a meu ver, adotar em Portugal a solução espanhola. 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.

Qualquer transposição minimalista seria, a meu ver, profundamente indesejável e significaria perder a oportunidade de, em termos nacionais e a bem de Portugal, repensar o regime jurídico aplicável aos contratos públicos, corrigir as disfunções da versão de 2008 do CCP e levar a cabo uma reforma profunda do quadro legal da contratação pública em sintonia com os objetivos de crescimento sustentável da Estratégia Europa 2020.

3. Novos desafios na contratação pública: a transposição das Diretivas como janela de oportunidade

3.1. As Diretivas europeias sobre os contratos públicos, aprovadas em 2014, surgem sob o signo da Estratégia Europa 2020 (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, nomeadamente ambientais e sociais.

As novidades que as Diretivas de 2014 trazem – por exemplo, novos procedimentos pré-contratuais (parcerias para a inovação), novos critérios de adjudicação, novas regras para as concessões, medidas de proteção das PME – todas giram em torno da busca de regimes jurídicos amigos de uma contratação pública financeira, ambiental e socialmente sustentável, obrigando do ponto de vista nacional, a repensar a moldura legal da contratação pública.

- 3.2. A génese e a evolução do Direito Europeu dos Contratos Públicos acompanharam o próprio processo de construção do mercado único europeu, assumindo-se abertamente, a partir de dada altura, o papel da regulação dos mercados públicos como instrumento de europeização e de realização de políticas públicas europeias (vd. governo eletrónico e políticas europeias em matéria de serviços públicos, coesão económica e social e proteção ambiental). E se a concorrência amiga do mercado norteou durante décadas o Direito Europeu dos Contratos Públicos, prevalecendo sobre os interesses públicos nacionais tradicionalmente mais relevantes em matéria de contratos públicos, há muito que o princípio da proteção da concorrência passou a ser matizado pelo princípio da eficiência e pelo princípio do *best value for taxpayer's money*. As Diretivas de 2014 fazem-se eco dessa evolução e a respetiva transposição não pode ser desligada dos atuais programas europeus de fomento à inovação, à sustentabilidade, à inclusão social e ao crescimento económico.
- 3.3. 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 a uma contratação pública sustentável e socialmente responsável. 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 PME 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.

3.4. A Comissão de revisão do Código dos Contratos Públicos, cujos trabalhos tive o gosto de coordenar em janeiro/fevereiro de 2016, elaborou um documento de trabalho que contém uma proposta de transposição das Diretivas completa, coerente, inovadora e arrojada, norteada pelos seguintes propósitos:

- a) transpor efetivamente as Diretivas (o que significa que não se limita a propor acrescentar ao CCP para cada matéria uma ou várias disposições, o que agravaria o labirinto jurídico em que ele se transformou, mas antes tem a coragem de propor eliminar do CCP tudo o que com cada nova solução for incompatível);
- b) depurar o CCP de definições e complexidades teóricas desnecessárias (o CCP deve regular e não construir teses dogmáticas);
- c) consagrar - e propor soluções que garantam a sua efetivação - princípios de prossecução do interesse público, imparcialidade, prevenção de conflitos de interesse, sustentabilidade e responsabilidade.;
- d) simplificar, desmaterializar e flexibilizar efetivamente os procedimentos de formação dos contratos, num contexto de modernização administrativa;
- e) fomentar a concorrência, num quadro de proteção das PMEs;
- f) promover a inovação e a responsabilidade, através dos regimes aplicáveis aos procedimentos de formação dos contratos públicos, à invalidade, execução e modificação dos contratos e através dos regimes de responsabilidade;
- g) fomentar a prossecução de políticas sociais e ambientais na contratação pública, incorporando tais preocupações, por exemplo, no critério de adjudicação dos contratos públicos.

Tudo isto, e muito mais, 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.

Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos

LUÍS VALADARES TAVARES^{1 e 2}

1. Saberes e Linguagens

Senti-me honrado e desafiado pelo gentil convite da Prof^a Maria João Estorninho, muito ilustre Professora Catedrática da Faculdade de Direito da nossa Universidade, a Universidade de Lisboa, para contribuir para esta oportuna reflexão sobre o que deverá ser o código dos contratos públicos que a União Europeia nos exige e de que o país necessita.

Ora, como sou professor de Teoria de Sistemas e de Investigação Operacional do Instituto Superior Técnico, admiti que a melhor forma de corresponder a este convite será ensaiar a aplicação dos nossos saberes e das nossas metodologias a esta grande área do Direito.

Eis porque proponho ao leitor esta peregrinação arriscada e improvável que espero compensada pelo sopro refrescante com que a interdisciplinaridade sempre nos pode beneficiar impedindo que nos acomodemos nas rotinas e nos dogmas de cada área do conhecimento.

Ora, é bem evidente que a área dos Sistemas e de seus domínios de aplicação como a Investigação Operacional e a Engenharia Informática estão bem longe das milenarias Ciências Jurídicas em muitas das suas tradições, metodologias, liturgias e linguagens, mas creio poder demonstrar que estaremos unidos pelas principais lógicas com que construímos os nossos saberes.

Irei ilustrar cada uma das lógicas que revisitarei com contraexemplos identificados no atual Código dos Contratos Públicos (CCP) [1] para melhor apreciar a potencialidade deste tipo de reflexão não se devendo mal interpretar tais análises como juízo global negativo face ao atual Código até por serem bem conhecidos os meus frequentes elogios em relação às suas dimensões mais inovadoras e coerentes e o muito apreço que tenho por todos os juristas e governantes que contribuíram para que possamos ter o CCP desde 2008.

Antes, porém, importa recordar a atitude básica que originou o desenvolvimento da Engenharia dos Sistemas e da Investigação Operacional [2] [3]: acreditar que é essencial pôr em causa as soluções atuais a fim de as poder ultrapassar, reinventando o futuro pela inovação o

1 Professor Catedrático Emérito de Sistemas e Gestão do IST, Presidente do OPET - Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia, Edifício do IST Tagus Park, Oeiras e Presidente da APMEP – Associação Portuguesa dos Mercados Públicos, Edifício do IST Tagus Park, Oeiras.

2 As opiniões aqui expressas responsabilizam apenas o autor e não as instituições a que o autor está vinculado.

que exige recusar o eterno mito de NARCISO [4] tão bem descrito pelo poeta latino Ovídeo há cerca de dois mil anos. Ora, no momento em que se desenha nova codificação, bem importante é evitar cair neste mito criando a ilusão que o muito conseguido deve impedir novas melhorias e que a própria evolução do pensamento comunitário não corresponderia a mais do que alterações de “cosmética” sem compreender os grandes avanços das políticas comunitárias no que concerne as relações entre as modernas orientações da gestão pública e os contratos públicos e, bem assim, entre contratos públicos e mercados.

2. O que é um Código?

A palavra Código é frequentemente utilizada em muitos domínios, presumindo-se, em geral, que quando o jovem engenheiro informático se alegra de ter acabado de escrever o código do seu programa informático ou o especialista de Direito Administrativo entrega ao Governo nova proposta relativa ao código dos contratos públicos estão a referir-se a trabalhos intelectuais completamente diferentes mas, na verdade, são bem mais afins epistemologicamente do que se poderia imaginar pela simples razão de corresponderem à aplicação de lógicas semelhantes visando objetivos comuns.

Na verdade, importa começar por esclarecer que, para além das morfologias próprias de cada disciplina, os elementos intrínsecos do conceito de código são sempre os seguintes:

- a) Os valores e os princípios que orientam o seu desenvolvimento e que exprimem a cultura assumida e representada no código
- b) A definição dos conceitos utilizados e sua representação por léxico adequado
- c) A construção das principais relações lógicas que os articulam e o esclarecimento das normas que devem ser respeitadas
- d) O desenvolvimento dos meios comunicacionais apropriados à melhor utilização do código e bem assim dos sistemas de avaliação visando melhorá-lo.

Estes quatro elementos são bem evidentes em qualquer código informático, citando-se, por facilidade, os exemplos de software de avaliação e de gestão financeira de projetos [5]:

1. Os valores e os princípios inerentes à cultura subjacente a um código de gestão financeira são bem diferentes se se assumir o seu desenvolvimento no contexto de economias abertas e globalizadas onde a valorização de qualquer resultado deve basear-se em padrões inerentes aos mercados globais e onde o conceito de preço sombra associado a cada restrição representa uma possibilidade de aquisição ou se, pelo contrário, for desenvolvido para economias fechadas com valorações próprias e sem flexibilidade nos limites dos recursos disponíveis
2. A definição dos conceitos fundamentais baseados nos conhecimentos da Gestão de Projetos e da Avaliação Financeira descrevendo objetivos, metas, restrições e calendários com a sua terminologia bem especializada;
3. A especificação dos modelos matemáticos que relacionam tais conceitos e a enun-

ciação das normas que devem ser respeitadas em relação a numerosas questões e variáveis de modo a que o código descreva a realidade com rigor e se constitua em apoio aos processos decisórios de gestão financeira considerados

4. O desenvolvimento de uma estrutura de menus que facilitem a interação e a utilização do código pelos diversos tipos de utilizador e o estabelecimento de sistemas de recolha de resultados e avaliações que permitam ir melhorando o código através de novas versões (as bem conhecidas versões 2.0, 3.0, etc.)

Mas esta são também as componentes de qualquer código dos contratos públicos:

- a) O código dos contratos públicos não pode ser considerado como um exercício abstrato de Direito Administrativo, mas, bem pelo contrário, como um instrumento de gestão da Administração Pública [6][7] e dos restantes setores abrangidos (“Setor Público Alargado” segundo [8]) cujos valores e princípios representam a cultura pública subjacente ao código e que decorrem inexoravelmente da missão, da natureza e do ordenamento institucional e programático do próprio Estado que deverá ser servido,
- b) A clarificação dos seus conceitos principais, desde aqueles que caracterizam o âmbito subjetivo aos do âmbito objetivo, desde as principais exigências relativamente à participação nos mercados públicos à diversidade de procedimentos para a formação dos contratos;
- c) A especificação das relações a respeitar cobrindo todas as suas tipologias lógicas, sejam de sequencialidade ou de interseção, de união ou de exclusão e bem assim a elaboração do corpus normativo que deve ser respeitado por todos, sobre múltiplas temáticas tais como a escolha do procedimento para cada contratação ou a adoção dos sistemas de acreditação e certificação.
- d) O desenvolvimento de estruturas de comunicação, desde as de divulgação das oportunidades às de submissão de propostas por via eletrónica e o estabelecimento de observatórios ou de outros mecanismos apropriados para o acompanhamento e a avaliação do código, da sua aplicação e das dinâmicas dos mercados públicos.

Ora, estas quatro componentes correspondem ao exercício e à aplicação das tipologias de análise mais utilizadas na Teoria dos Sistemas pelo que servirão de guia a esta reflexão: os valores e os princípios, a lógica predicativa, as lógicas relacional e normativa, as lógicas comunicacionais e de aprendizagem.

3. A cultura: os valores e os princípios.

Uma das principais clivagens identificáveis entre Estados no que respeita o ordenamento jurídico da contratação pública diz respeito à sua integração e articulação, ou não, com o quadro legal que rege a gestão pública e a sua assunção como instrumento normativo complementado por outros recomendatórios, visando a melhoria da gestão pública, a profissionalização das compe-

tências dos seus atores e a permanente divulgação e disseminação de materiais e de ações de esclarecimento e formação ou, pelo contrario, como normativo muito pormenorizado e isolado de todo o restante quadro legal ignorando-se qualquer dimensão recomendatória ou formativa dos seus utilizadores.

Na verdade, enquanto a cultura pública dos Estados anglo-saxónicos e nórdicos insiste naquelas vertentes, outras culturas como a nossa tendem a ignorar estas dimensões e a discordar de qualquer lógica propositiva de boa prática na codificação, regulamentação e linhas de orientação a desenvolver, pelo que surge o risco de o código ser uma “peça jurídica” isolada assumindo a estrita função de definir quais as exigências legais a satisfazer em cada caso para o universo da contratação pública esquecendo mesmo todo o quadro legal a que os autores das decisões abrangidas devem respeito, muito embora sempre tenham surgido autores esclarecidos insistindo na necessidade de estabelecer modelos de contratação pública propiciando melhor gestão pública, designadamente alcançando os necessários níveis de rigor e flexibilidade. [9] [10]

Compreende-se, assim, que no primeiro caso, o próprio código seja sintético pois corresponde a um corpus doutrinário minimalista, em geral pouco acrescentando ao conteúdo das Diretivas tal como acontece com os códigos do Reino Unido mas que seja complementado por numerosos guias de apoio elaborados na ótica do utilizador e que o visam esclarecer sobre as boas práticas desejáveis e informar sobre instrumentos e opções disponíveis para melhor contratar ou gerir a execução dos contratos celebrados, sendo os dirigentes públicos avaliados e inspecionados, não só sobre os procedimentos adotados mas também sobre os desempenhos e os resultados obtidos segundo os paradigmas bem conhecidos e apreciados do National Audit Office que norteiam a sua missão.³

Portugal tem-se constituído em exemplo contrário pois o seu CCP ganha em dimensão aos seus congéneres europeus, mas são praticamente inexistentes os documentos complementares de guia ou apoio mesmo quando a Comissão Europeia os tem exigido de que é exemplo invejável guia da contratação pública destinado a melhor esclarecer as PME sobre os mercados públicos, existente na maioria dos Estados da UE mas inexistente em Portugal.

Também é sintomática a ausência de referências do CCP a todo o quadro constitucional e legal que o dirigente público jura respeitar, encontrando-se apenas uma citação ao Sistema Nacional de Compras Públicas (Artigo 263º do CCP⁴), a qual, aliás, permite interpretações restritivas, mas duvidosas quanto ao âmbito de aplicação dos acordos quadro.

3 “The National Audit Office (NAO) scrutinises public spending for Parliament. Our public audit perspective helps Parliament hold government to account and improve public services. Our audit work has two main aims: We report audit results to Parliament, to help to hold government departments and other bodies to account for how they use public money, which safeguards taxpayers’ interests. Through our value-for-money work, we report on whether departments and other bodies have used public money efficiently, effectively and with economy. We provide the Committee of Public Accounts (the Committee) with a range of such reports, as well as briefings and analysis, to support its inquiries into the value for money of public spending. Our other work includes investigations, reports on good practice and support to other select committees. The Committee considers most of the value-for-money reports we publish at its evidence sessions. This senior parliamentary select committee uses our findings to question witnesses from government departments about spending. We, and the Committee, do not question government policies but examine objectively and independently the value for money with which departments and other bodies implement those policies” incluído em [11]

4 Os artigos citados referem-se ao Código dos Contratos Públicos.

O passado recente, designadamente, no que respeita a iniciativas do Ministério Público e sentenças judiciais, confirma que esquecer tais dependências pode ser grave, não só pelos piores resultados obtidos, mas também pelo juízo de legalidade que é emitido sobre o comportamento do próprio dirigente, em fase de instrução ou de julgado.

Esta não articulação com os princípios da gestão pública é magistralmente ilustrada no artigo 18º do CCP quando se diz que “ a escolha dos procedimentos de ajuste direto, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação condiciona o valor do contrato a celebrar nos termos do disposto nos artigos seguintes do presente capítulo”, afirmação que não está errada procedimentalmente, mas que traduz a cultura oposta à da boa gestão pública pois esta exige que o valor do contrato resulte do melhor equilíbrio possível entre afetação de recursos públicos e benefícios esperados satisfazendo necessidades públicas mas nunca de disponibilidades procedimentais.

Ou seja, o alinhamento do CCP com os princípios da gestão pública implicará inverter os termos deste artigo onde deve passar a constar: “O valor do contrato, devidamente fundamentado nas necessárias análises prévias, condiciona a escolha do procedimento adotado para proceder à sua formação nos termos do disposto nos artigos seguintes do presente capítulo “. Convém também não admitir que esta não articulação é característica das culturas latinas pois, por exemplo, o código francês inclui o importante artigo 5º⁵ que, ao contrário do citado, esclarece como se deve estabelecer o valor do contrato a celebrar referindo mesmo a exigência de avaliação prévia rigorosa.

Na verdade, a excessiva carga burocrática e declarativa das lógicas procedimentais do CCP e a sua rigidez impedindo mesmo a correção de erros formais embora não prejudicando os objetivos e os princípios da contratação pública sugerem uma cultura de gestão pública alicerçada na complexidade e, portanto, anterior ao importante movimento do “ new public management “ iniciado no Reino Unido [12] ainda nos anos 90 e aprofundado por notável legislação tal como a famosa lei aprovada nos EUA graças ao empenhamento pessoal do presidente Clinton [13] a qual foi recentemente aperfeiçoada na Administração Obama [14] [15]. Exemplo paradigmático do peso declarativo diz respeito à formulação adotada pelo CCP no que respeita à verificação das condições de habilitação a satisfazer por cada operador económico e que exige a apresentação de longa lista de documentos por cada formação de contrato em lugar de adotar a cultura moderna baseada na simples consulta de base de dados centralizada e periodicamente atualizada contendo a informação relevante sobre cada operador económico tal como, aliás, se prevê, a nível da UE, pelo artigo 59º da Diretiva 2014/24/UE através do “documento europeu único de contratação pública” cuja aplicação terá de ocorrer até 18 de Abril de 2018 Ora, no momento atual, a cultura da gestão pública [8] conhece linhas de evolução muito importantes acentuando o primado da responsabilidade e da importância da avaliação (“accountability”) para o exercício das funções de dirigente ou gestor público e introduzindo métricas de desempenho referen-

5 Article 5

I. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code. em [17]

ciadas em bases comparativas relevantes (“benchmarking”) de modo a garantir o princípio democrático estabelecido na nossa Constituição da boa utilização dos recursos públicos. Como é evidente, estas novas orientações são especialmente importantes em tempos de crise nos quais qualquer desperdício ou pior afetação de tais recursos, designadamente por via de contratação pública com fundamento duvidoso ou baseada em procedimentos desrespeitando os princípios fundamentais da concorrência, da igualdade de tratamento e da transparência assumem gravidade social e legal acrescidas [10].

Esta nova cultura da gestão pública tem vindo a conhecer recentemente múltiplos avanços graças à disseminação e potenciação das novas tecnologias criando níveis de informação e também de exigência dos cidadãos, das comunidades e das empresas face aos responsáveis pela gestão dos recursos públicos sem paralelo no passado devendo citar-se aqui a excelente prática nacional que consiste no portal dos contratos públicos, em boa hora previsto no CCP.

Eis porque creio que esta reflexão sobre a cultura subjacente ao código dos contratos públicos terá especial oportunidade porquanto se deseja que o novo quadro legal contribua para uma racionalidade não só procedimental mas também substantiva na inspirada formulação do autor da famosa obra “Administrative behavior” [16] cujo autor foi distinguido com o Prémio Nobel em 1978.

4. A Lógica predicativa

Esta é a primeira estrutura conceptual em que se baseia qualquer código sendo importante referir que surge aqui dificuldade grave no atual CCP pois, na medida em que é um código visando regular os mercados públicos, implica a utilização de conceitos não só jurídicos mas também de outras disciplinas tais como da Economia, da Gestão Pública, da Tecnologia e das Ciências Decisórias pelo que só consegue manter nível uniforme e elevado de qualidade se se convocarem os diversos especialistas destas áreas de conhecimento o que contraria a nossa tradição política de contratar ou solicitar o seu desenvolvimento, em exclusivo, a escritórios de advogados ou a grupos de especialistas de Direito Administrativo. A apreciação objetiva do atual CCP permite efetivamente reconhecer que a qualidade alcançada nos conceitos jurídicos não é acompanhada pela inerente à de outros domínios sendo fácil citar exemplos de conceitos com definições rapidamente desatualizadas de que é exemplo o caso da EBITDA (Anexo IV do CCP), ou de outros não definidos tal como é o caso do conceito de atributo (por vezes confundido com o de “ aspeto de execução do contrato”) utilizado corretamente nos artigos 57º ou 70º mas mal aplicado e caindo em contradição no artigo 139º-3 onde se confunde “diferentes atributos” com diferentes configurações do mesmo atributo, aumentando a obscuridade deste parágrafo. Por último observe-se que também se identificam omissões indesejáveis em relação a outras definições essenciais ao CCP tais como as relativas à concorrência, ao risco de incumprimento, ao desempenho contratual ou mesmo no que respeita à noção de negociação e das suas possíveis morfologias.

Na verdade, e como mero cidadão também não posso esconder a satisfação que sinto ao estudar as Diretivas da UE, designadamente as relativas à contratação pública Diretiva 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, (ver [18]) pois iniciam-se sempre com o elenco das definições

utilizadas no documento o que, infelizmente, não corresponde á nossa tradição jurídica,

verificando-se, pelo contrário, no CCP, oscilação de critério pois algumas são introduzidas como artigos no próprio Código (é o caso, por exemplo da noção de valor de contrato apresentada no Artigo 17º), outras remetidas para anexos e outras simplesmente esquecidas!

Observo ainda que a lógica predicativa implica a escolha judiciosa do léxico evitando o uso de termos não rigorosos preferidos aos corretos tal como acontece com “estandardizadas” em vez de “padronizadas” (artigo 237º) ou a aposta em termos que não têm correspondência internacional tal como é a famosa designação de “procedimento por ajuste direto” (artigo 16º) a qual não poderia ser mais infeliz, em vez de “procedimento por convite ou consulta prévia” e a de “fator ou sub-fator” (artigo 75º) nos modelos de avaliação em vez de “critério ou sub-critério” tal como é normal em qualquer outro idioma conhecido parecendo evidente que um código dedicado a contribuir para o melhor funcionamento dos mercados públicos à escala da EU deve ter preocupação acrescida em relação à convergência terminológica.

Este tipo de erro também está, aliás, presente noutros Códigos tais como é o caso da própria designação do chamado Código da Estrada (Lei nº 116/2015 de 28 de Agosto) que se deveria designar por Código da Condução ou do Condutor e uma vez mais sem paralelo noutros países pois a codificação sobre as estradas respeita ao seu dimensionamento, sinalização, construção, conservação e manutenção.

É muito importante que o próximo Código melhor a lógica predicativa até porque as novas diretivas são bastante ambiciosas no alargamento dos conceitos utilizados, desde os impactos ambientais ao custo ao longo da vida, desde os contratos baseados no desempenho aos catálogos eletrónicos pelo que convirá organizá-los de forma sistemática evitando os equívocos ou contradições não duvidando que será possível encontrar a melhor solução legislativa (anexo, portaria, regulamento, etc.) para estabelecer o que se deverá designar por “Vocabulário dos Contratos Públicos”. Aliás, este princípio já é seguido noutros domínios tais como o da normalização dos projetos estruturais sempre incluindo um capítulo sobre “termos e definições” [19].

5. A Lógica Relacional e Normativa

A leitura do CCP evidencia a sua divisão numa parte relativa à formação dos contratos e noutra respeitando a sua execução sendo nulas ou escassas as lógicas que as relacionam o que prejudica algumas linhas normativas, em especial sobre as relações entre a formação e o desempenho contratuais.

A parte respeitante à formação dos contratos baseia-se numa lógica sequencial em que se descrevem, passo a passo, os procedimentos tendo a vantagem de se assemelhar a “guia de viagem”, especificando, estação a estação, o que o viajante deve fazer, embora com o inconveniente de alongar o CCP que assim conquista o topo da dimensão dos códigos europeus mais conhecidos, tal como já referi.

Todavia, as relações mais importantes em qualquer código de mercados são sempre as relativas à relação de concorrência pois sem a sua introdução e o seu tratamento não existe o con-

ceito de mercado o qual é pilar fundamental do próprio Tratado da UE [20]. Ora este conceito não é clarificado e receia-se que não se tenha entendido que quando se pretende promover a economia de mercado, haverá que potenciar este conceito, dentro do possível, mas independentemente do valor do contrato, já que a sua inexistência implica a exclusão da contratação correspondente do próprio mercado. Infelizmente, verifica-se que tal preocupação está ausente dos procedimentos por ajuste direto, mesmo com elevado valor tal como pode acontecer com aqueles que se fundamentam em critérios materiais originando a situação anómala de em quase 20% do valor relativo aos contratos públicos celebrados em Portugal no ano de 2013 não ter havido a desejável concorrência e, conseqüentemente, terem ficado excluídos dos nossos mercados públicos [21]. Na verdade o artigo 114^o-1 é claro quando estabelece que :

“Artigo 114.º

Número de entidades convidadas

- 1 - A entidade adjudicante pode, sempre que o considere conveniente, convidar a apresentar proposta mais de uma entidade. “

ou seja, o convite a mais do que um operador económico é que deve ser justificado !

Em consequência desta norma, a qual aliás se afasta da nossa tradição legislativa tal como se pode verificar em [22] o legislador terá sentido o receio de poder haver excesso de concentração de adjudicações ao mesmo operador económico e então estabelece, em vez da lógica concorrencial, uma lógica relacional baseada no limite máximo do seu valor acumulado durante 3 anos (Artigo 113^o-2⁶ impedindo que tal máximo seja ultrapassado, bem ao estilo de regras que existiam nas economias de planeamento centralizado, onde sempre se admitiu que a distribuição de oportunidades era fixada por um poder central sem ter apenas em conta o mérito de eventuais propostas apresentadas pelos diversos centros produtivos. Ora, pelo contrário, a economia de mercado admite e propicia o florescimento de empresas mais eficientes e eficazes as quais devem ser estimuladas pela preferência dos consumidores (neste caso públicos) reduzindo ou mesmo eliminando aquelas que não atingem os desejáveis níveis pelo que esta regra pode colocar o decisor público na situação de não poder oferecer uma oportunidade de apresentação de proposta a quem tudo indica que melhor possa servir o interesse público (designadamente por virtude do seu desempenho passado) por força da citada regra do CCP contrariando assim o seu compromisso de sempre prosseguir as opções que melhor permitam realizar a sua missão. Em termos jurídicos, creio que poderá originar situações em que não se respeita o quadro constitucional e legal bem como um dos princípios essenciais ao Tratado da EU [20]).

A própria noção de concorrência nos mercados públicos tem estado associada a novas formas inovadoras de gestão pública das quais é excelente exemplo o chamado “quasi-mercado” proposto por juristas anglo-saxónicos e nórdicos [23] e que consiste em contratar um conjunto de operadores económicos por procedimento concorrencial garantindo que os serviços prestados obedecem às mesmas características, designadamente quanto ao preço, sendo o beneficiário final (por exemplo, o aluno, a escola ou o doente) que irá, em cada caso, escolher o operador económico que lhe irá prestar o serviço, garantindo-se assim saudável concorrência entre

6 Este artigo também origina a dúvida muito debatida sobre o significado de “prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar”.

operadores incentivando que busquem sempre a melhoria da qualidade dos serviços prestados. Ora o procedimento previsto nas Diretivas de 2004 para implementar este modelo de gestão pública foi o de Acordo Quadro com múltiplos operadores económicos contratados e plena especificação do objeto a contratar (Artigo 32-1-1º Travessão em [24]) mas infelizmente não foi transposto pelo CCP (Artigo 252º), provavelmente devido a desconhecimento destas novas orientações o que ilustra exemplarmente e, mais uma vez, a não articulação do CCP com as modernas orientações da gestão pública. Como é evidente, as novas Diretivas também preveem este procedimento (Artigo 33-4-a da Diretiva 2014/24/UE) explicando mesmo no Considerando 60 o seu alcance e a possibilidade de escolha pelo beneficiário final pelo que será importante que não se repita esta omissão reprovável.

Outra formulação do conceito de quasi-mercado está também presente nas novas Diretivas através da generalização do conceito de “sistema de aquisição dinâmica” o qual, aliás, foi corretamente transposto pelo CCP, passando agora a poder ser utilizado para contratos relativos a bens, serviços ou obras cujas características geralmente disponíveis no mercado satisfaçam as necessidades das entidades adjudicantes (em lugar da anterior restrição relativa a bens ou serviços com especificações padronizadas e abrangendo também as obras pública⁷. Este procedimento permite a Constituição de um “quasi-mercado” aberto pois podem entrar novos operadores económicos em qualquer momento evitando os riscos de “cartelização” dos acordos quadro e permite potenciar ao máximo a flexibilidade e rapidez oferecidas pelas plataformas eletrónicas. A sua aplicação a diversos domínios desde as obras de remodelação ou conservação às compras na Saúde permitirá gerar elevados ganhos de economia e qualidade.

Estas Diretivas são ainda inovadoras quanto a outra forma de quasi-mercado e que consiste na contratação de múltiplos operadores económicos, não para fornecer bem ou serviço pré-definido, mas sim para desenvolver um processo visando alcançar metas inovadoras o que é inovação jurídica significativa porquanto este processo é faseado e, no final de cada fase, os resultados obtidos pelos operadores contratados são avaliados e só passam à fase seguinte aqueles que melhores resultados tiverem alcançado, excluindo-se os restantes, pelo que também o grupo dos contratados deixa de ser constante ao longo da execução do contrato, circunstância inédita na formação dos contratos públicos. Trata-se da “Parceria para a Inovação” a qual mereceu tanta atenção por alguns Estados como a França que aprovou já em Setembro de 2014, e muito antes de proceder à transposição das Diretivas de 2014, decreto específico para a introduzir no código francês [25] dado o seu impacto económico pelo que convém que Portugal também lhe dê a atenção devida.

Outro tipo de lógica relacional essencial a qualquer código de mercado respeita a construção das relações que permitem concluir da habilitação ou da qualificação dos operadores económicos e bem assim da avaliação das propostas em concorrência de modo a poder funda-

7 Este é mais um exemplo infeliz da versão em português da Diretiva 2014/24/EU pois no considerando 66 e no terceiro período do artigo 34º-1 é explícita a inclusão de obras no âmbito dos sistemas de aquisição dinâmica mas no início deste artigo refere-se erradamente “ Para a compra de bens ou serviços de uso corrente geralmente disponíveis no mercado e cujas características satisfaçam as exigências das autoridades adjudicantes “ enquanto nas versões em outros idiomas (francês, inglês, italiano, alemão, etc) não se restringe a “bens ou serviços”. O texto em análise contém ainda o erro de trocar a aplicação do qualificativo “ geralmente disponíveis no mercado” pois as características satisfazendo as entidades adjudicantes é que devem estar geralmente disponíveis no mercado e não os objetos dos contratos, esclarecimento corretamente expresso nos idiomas referidos ao contrário do que se verifica na versão em português.

mentar a adjudicação da mais vantajosa.

No primeiro caso, o CCP adota orientações muito estritas, por exemplo no que concerne à situação do operador face ao Fisco e à Segurança Social (artigo 55º d) e e)) não permitindo o acesso se estas autoridades considerarem que existem situações de dívida o que não é exigido pelas Diretivas e não vem a ser seguido na UE, preferindo-se condicionar e contratualizar a recuperação de tais dívidas, sendo o caso de Espanha ilustração positiva de referência, pelo que importará corrigir este exagero de lógica de exclusão já que é claramente prejudicial ao desenvolvimento e, em particular, às PME's que tanta atenção merecem nas novas Diretivas.

Mas o CCP é também especialmente restritivo quanto á habilitação pois reproduz todas as exigências comunitárias relativas a contratos sujeitos às diretivas para qualquer contratação mesmo de baixo valor o que agrava todo o peso burocrático desta etapa mesmo nos casos em que se justificariam processos simplificados de habilitação.

No que concerne a qualificação financeira estabelece-se uma lógica relacional em que se condiciona a qualificação através de um indicador função de resultados operacionais em anos anteriores o qual é comparado com o preço base, ou seja, admite-se que o risco de incumprimento (conceito infelizmente não definido, tal como já foi observado) dependerá duma comparação no domínio da dimensão - valor do projeto versus resultados anteriores- o que é muito discutível pois o valor dos ativos da empresas pode ser garante bem mais importante para fazer face a adversidades que surjam na execução do objeto contratado. Pelo contrário, uma grande empresa com ativos muito reduzidos devido a grave endividamento tal como é frequente acontecer nos tempos que vão correndo terá melhores condições para ultrapassar eventuais problemas do que outra menor mas com ativos positivos e sólidos? Em geral, julgo que a resposta dos especialistas de gestão será negativa pelo que a introdução da correspondente norma é exagero normativo a corrigir.

A lógica relacional estabelecida para a avaliação das propostas pelo CCP [26] merece os maiores elogios já que prevê um modelo relacional multicritério com vastas potencialidades facilitando mesmo a inclusão de novos desafios com os ambientais e de consideração do custo ao longo da vida do objeto contratado. Ora, as novas Diretivas dão a maior ênfase ao critério global da proposta economicamente mais vantajosa (MEAT-Most economically advantageous tender) limitando mesmo o âmbito do critério do menor preço e permitindo a cada Estado restringir ainda mais o seu âmbito pelo que Portugal está agora em posição bem mais avançada do que os restantes Estados atendendo ao carácter inovador e pioneiro do CCP.

Todavia, o que já não é compreensível é a apresentação deste modelo (artigo 139º incluído no capítulo II: Concurso Público) como etapa do concurso público-opção sem exemplo conhecido nos códigos de outros Estados - ao contrário da boa prática, aliás seguida pelas Diretivas, de lhe dar a autonomia e unidade próprias. Mais grave ainda é não convocar esse mesmo modelo para a comparação de propostas em procedimentos por ajuste direto (Artigo 115º-2b⁸) como se as exigências de rigor, de racionalidade e da própria imparcialidade prevista na Constituição (Artigo 266º) d ixassem de existir em função do tipo de procedimento, não se podendo usar se-

8 2 - Quando for convidada a apresentar proposta mais de uma entidade, o convite deve também indicar: b) O critério de adjudicação e os eventuais factores e subfactores que o densificam, não sendo, porém, necessário um modelo de avaliação das propostas.

quer o argumento do valor porque tal dispensa também é válida para os ajustes diretos fundamentados em critérios materiais, os quais, em 2013, segundo o IMPIC (Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção) [27] ultrapassaram o valor de 800 milhões de euros!

Ora, os mercados são cada vez mais diversificados, pelo que para cada objeto a contratar, tende a existir imenso espetro de alternativas desde as mais “assucataadas” às de melhor qualidade o que implica que não exigir sequer a indicação dos coeficientes de ponderação (Artigo 115º-2-b) para avaliar propostas em ajustes diretos destrói qualquer possibilidade de formação judiciosa dos correspondentes contratos públicos, cria ambiguidades e equívocos e facilita a criação de oportunidades para práticas anti-éticas ou mesmo de corrupção.

Outro domínio de grande importância em qualquer procedimento de contratação diz respeito à avaliação e à mitigação do risco de incumprimento por parte do operador económico contratado (também não definido no CCP) sendo, talvez, uma das áreas em que a Teoria dos Sistemas mais contribuiu, desde os pioneiros trabalhos no MIT de Salanié relativamente à teoria do “Principal and Agent” [28]. Ora, todos os conhecimentos atuais recomendam a utilização de diversos indicadores (desempenhos passados, coerência dos programas e afetação de recursos propostos, preços unitários e parcelares, etc) para estimar este risco mas o CCP considera apenas a lógica relacional do preço anormalmente baixo em comparação com o preço base o que não é recomendável. Pior ainda é a exemplificação de percentagens claramente desajustadas em muitos casos o que tem tido efeitos desastrosos nos mercados públicos. O Tribunal de Contas tem interpretado este normativo de forma ainda mais gravosa⁹, no fundo considerando que se deve estruturar o próprio modelo de avaliação de forma tal que a regra do preço anormalmente baixo seja sempre possível de aplicar às propostas recebidas o que ainda distorce mais este normativo já que a entidade adjudicante pode ser levada a ter de distorcer o modelo de avaliação que represente as suas funções-valor para conseguir a aplicabilidade da regra em análise o que pode por em causa a prossecução do interesse público. Para citar exemplo facilmente compreensível, seria o mesmo de ter de optar por um caminho chuvoso para poder usar a regra prudencial de conduzir devagar em alternativa a uma rota seca onde tal regra não é aplicável! Em suma, o novo código não deverá ter esta lógica normativa exclusiva e deverá não esquecer múltiplas medidas de mitigação do risco na parte relativa à execução dos contratos seguindo as boas práticas internacionais.

Ou seja, se se persistir na natureza “solitária”, extensa e complexa do código face a mercados cada vez mais diversificados e perante orientações da gestão pública que não são as dos anos 70 pois, bem pelo contrário, acentuam a importância da racionalidade substantiva em busca do melhor desempenho, o legislador ficará condenado a um exercício com sucesso improvável e de vida inevitavelmente breve.

9 “Não devem incluir-se, nas peças do procedimento, limites ou parâmetros mínimos de preço, uma vez que o regime do preço anormalmente baixo afasta essa possibilidade e os modelos de avaliação das propostas devem ser elaborados de tal modo que permitam a avaliação e efetiva graduação de todas as propostas de preço, mesmo aquelas que apresentem preços anormalmente baixos, na medida em que, uma vez aceites as justificações desses preços, essas propostas devem ser graduadas nas mesmas condições das demais, não se admitindo a mesma classificação para preços diferentes” em [29].

6. As Lógicas de Comunicação e de Avaliação

O atual CCP foi particularmente bem sucedido neste âmbito criando lógicas de comunicação baseadas no portal BASE gerido pelo IMPIC (www.base.gov.pt) tal como já referido e no qual se colocam os anúncios de todos os procedimentos esperando que se dissipem as persistentes dúvidas quanto à divulgação dos anúncios relativos aos ajustes diretos simplificados, os quais também deverão ser abrangidos por este importante avanço que muito contribui para a transparência do nosso Estado.

Outro avanço da maior importância foi a adoção da contratação eletrónica para estabelecer as lógicas comunicacionais entre entidades adjudicantes e operadores económicos evitando a opacidade do papel, os elevados custos burocráticos e a dificuldade de tratamento da informação mais relevante. Recordo a decisão ministerial de adoção obrigatória da contratação eletrónica para os concursos públicos a partir de 1 novembro 2009 e os pareceres que me foram pedidos para contrariar as cartas mais alarmistas de entidades públicas que antecipavam consequências apocalípticas se o Governo persistisse nesta decisão. O tempo veio dar razão a todos aqueles que acreditam na propensão e na capacidade sempre manifestadas pelos portugueses para assumir os desafios da inovação e da modernidade podendo agora concluir-se que esta decisão- pioneira em toda a EU- gerou os benefícios esperados sem crises ou “crashes”, devendo ainda referir que os inquéritos de avaliação que realizei para o então InCI (Instituto da Construção e do Imobiliário) em sucessivos anos confirmaram sempre os ganhos impressionantes sentidos por adjudicantes e operadores económicos (especialmente, PMEs) segundo os critérios dos custos, dos tempos e da desburocratização (ver [30]).

Ora quando o CCP foi revisto por imposição do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, firmado entre o Estado Português e a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu em Julho de 2012, embora com atraso de mais de 6 meses [31] era evidente que se deveria ter generalizado a contratação eletrónica aos ajustes diretos até porque as dúvidas que podiam existir em 2009 já não eram sustentáveis em 2012 mas creio bem, dos diálogos e das resistências que então senti, poder concluir que seria improvável surgir esta ou mesmo qualquer outra inovação dos círculos de assessoria então prevaletentes, bem afastados da modernidade mas muito influentes até pelo desinteresse dos governantes em relação à melhoria dos mercados públicos [32]. Assim se explica que, segundo os dados disponíveis, mais de 60% dos ajustes diretos continue a viver sob a opacidade do papel dos séculos passados prejudicando tudo e todos. Na verdade, as boas práticas internacionais, desde o Reino Unido ou a Irlanda à Itália, têm mostrado que o valor acrescentado resultante da aplicação da contratação eletrónica aos contratos de menor valor é ainda maior do que para os restantes contratos pois a plataforma eletrónica permite dirigir o mesmo convite a qualquer número de empresas através de simples “click” sem incorrer nos pesados custos da reprodução de extensos documentos e do seu envio postal, ou seja, é agora possível graças à via digital beneficiar de valiosos níveis de concorrência mesmo nos procedimentos baseados em convite sem suportar os inconvenientes do passado pelo que a sua recusa não se pode basear em eventuais dificuldades logísticas mas apenas em dogmas contrários à economia do mercado.

Entretanto, as plataformas eletrónicas mais avançadas têm vindo a desenvolver sistemas periciais (“expert systems”) que permitem disponibilizar listas de empresas com ofertas mais

afins de cada objeto a contratar através de lógicas semânticas o que ajuda a escolher os operadores económicos a convidar segundo o interesse público e respeitando os princípios a que o dirigente público está obrigado, quer pela Constituição, quer pelo quadro legal aplicável, designadamente da Lei 3/2004, evitando-se algumas escolhas atuais baseadas na rotina ou noutros interesses de legitimidade duvidosa.

Espero, pois, que o novo código generalize a contratação eletrónica a todos os procedimentos e que se potenciem as plataformas eletrónicas como fontes de informação e de apoio ao relacionamento entre entidades adjudicantes e mercado, evitando-se a tentação de as considerar apenas como “caixas de correio eletrónico” seguras e fiáveis [33].

O desafio da avaliação também mereceu atenção no CCP e é louvável a instituição do Observatório das Obras Públicas (artigo 466º) o qual se deveria designar por Observatório dos Contratos das Obras Públicas, mas, como é óbvio, deverá generalizar-se a todos os contratos públicos e deve ser implementado com ambição o que ainda não aconteceu.

Outras iniciativas, designadamente os inquéritos que coordenei forneceram resultados muito relevantes sobre avaliação feita pelos múltiplos atores, mas bom será institucionalizar procedimentos de avaliação legislativa tal como acontece noutro Estados, citando-se o caso da Alemanha onde o Parlamento avalia obrigatoriamente a execução de cada lei, um ano após a sua entrada em vigor.

As lógicas comunicacionais exigem também que a redação do código e dos instrumentos de apoio facilitem a compreensão e a correta utilização do novo código evitando que a extensão, a organização e a redação fragmentada dificultem a sua compreensão e utilização. Por outro lado, e ao contrário do que é frequente na UE, o Governo não promoveu a elaboração dos necessários materiais de apoio, esclarecimento ou formação.

7. Mais Passado ou Mais Futuro?

Tive o privilégio de colaborar nos trabalhos preparatórios realizados pela Comissão Europeia visando a preparação da proposta de novas Diretivas [34] [35] e no apoio aos complexos processos de negociação conduzidos no Parlamento Europeu pelo talentoso deputado socialista M. Tarabella os quais permitiram a sua aprovação por vastas maiorias devendo testemunhar que todas estas atividades se desenvolveram com a preocupação de adaptar a contratação pública europeia aos desafios do futuro e não a de tentar prolongar as soluções do passado. E estes desafios são fáceis de sintetizar:

- a) Contribuir para impulsionar o desenvolvimento económico da UE segundo os objetivos da estratégia UE2020 equilibrando o crescimento com a sustentabilidade, a inovação e a coesão social.
- b) Articular melhor a contratação pública com as novas orientações das políticas públicas e da gestão pública evitando o excesso de normativos, mas acentuando a “profissionalização” dos compradores públicos e as exigências de avaliação.

- c) Aproximar a contratação pública das boas práticas da contratação empresarial privada
- d) Potenciar e disseminar ao máximo a contratação eletrónica e o seu valor acrescentado para derrubar barreiras, aumentar a inteligência das opções escolhidas pelas entidades adjudicantes e apoiar os setores mais dinâmicos e inovadores dos mercados europeus.

Estas opções estão bem expressas nos valiosíssimos e numerosos considerandos e em importantes alterações introduzidas nos novos articulados tal como se analisa pormenorizada-mente em [18].

Portugal está avançado em relação a alguns destes desafios tal como acontece com a contratação eletrónica mas bem atrasado noutros de que é exemplo sintomático as chamadas “compras verdes “ que vêm sendo exigidas pela EU2020 [36] [37] mas sem repercussão em Portugal.

Importará ainda aqui notar que estas novas orientações, em sintonia com o debate que vem sendo prosseguido na EU [38], estão até expressas no próprio título da Diretiva 2014/24/UE nos termos adotados na língua inglesa a qual foi muito utilizada nos trabalhos preparatórios –“public procurement”- ou noutras como o francês (“marchés publics “) ou o italiano (“appalti publici“) sempre significando” aquisições públicas “e não “ contratos públicos “,tal como, infelizmente surge no título da versão portuguesa. Na verdade, o termo “ procurement” internacionalmente utilizado em gestão ou as suas traduções já referidas, designadamente o termo português “ aquisição “ ou “ obtenção” tem o significado de processo visando dotar a organização dos meios ou trabalhos necessários à prossecução da sua missão, sendo erro grave confundi-lo com o do importante instrumento jurídico que é o contrato público.

No recente 3º Congresso Europeu da Contratação Pública Europeia a que presidi no Porto [39] representantes de numerosos Estados da EU e da própria Comissão Europeia testemunharam o empenho em refletir este mesmo espírito na transposição das Diretivas elaborando novos códigos que se pretendem menos extensos, mais simples e mais flexíveis a apoiar por apresentações, guias, coletâneas de boas práticas e até sequencias de slides facilitando a compreensão e o estímulo à obtenção de melhores resultados. É interessante referir o caso de Espanha onde a proposta de novo código em apreciação nas Corte Gerais não foi aprovado devido à sua dissolução em 2015 mas cujo Governo entendeu dever aprovar, desde já, importante documento [40] aplicando a partir de 18 de Abril de 2016 numerosas alterações previstas nas Diretivas, fundamentando-se no princípio jurídico da aplicação direta das

Diretivas e dando especial atenção a inovações com maior impacto nos mercados, designadamente, no que respeita ao pleno acesso eletrónico aos documentos de cada procedimento e às novas regras em vigor para os sistemas de aquisição dinâmica que tantos benefícios podem gerar.

Em suma, importará não cair na tentação de preferir uma cultura de passado, “remendando” o atual CCP com supressões de artigos e multiplicação de outros obtendo uma estrutura ainda mais fragmentada e do tipo queijo fatiado, em lugar de redesenhar o seu novo articulado pois tal opção desvalorizaria o atual código, impediria a assunção dos novos desafios e seria

fonte de desprestígio nacional até porque não se conhece erro semelhante noutros Estados europeus.

8. Bibliografia

- [1] Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, Diário da República, 1.ª série — N.º 20 , pág 753-852;
- [2] L.V.Tavares, R.C.Oliveira, I.H.Themido, F.N.Correia, 1996, Investigação Operacional, McGrawHill;
- [3] H. Simon, 1969, Science of the Artificial, MIT Press;
- [4] Ovídio, Ano 8 DC, Metamorfoses III , Editora Hedra, 2000;
- [5] T. J. Gallagher, 2010, Financial Management Principles and Practice, Textbook Media;
- [6] J.M.S. Correia, 2015, O direito administrativo ao longo das últimas décadas, Estudos em Homenagens a Rui Machete, Almedina;
- [7] D.F. Amaral, 2015, Curso de Direito Administrativo Vol. 1, Almedina;
- [8] L.V.Tavares, A Gestão das Aquisições Públicas: Guia de Aplicação do Código dos Contratos Públicos-Decreto-Lei 18/2008-Empreitadas, Bens e Serviços, 2009, OPET;
- [9] R. Pena, 2015, Os Desafios da Contratação Pública, Comunicação ao 9º Congresso da Contratação Pública Eletrónica , OPET- APMEP , Lisboa;
- [10] M.J. Estorninho, 2013, Curso de Direito dos Contratos Públicos- Por uma Contratação Pública Sustentável, Almedina;
- [11] National Audit Office , <https://www.nao.org.uk/about-us/>,2016;
- [12] D. Osborne e T. Gaebler, 1992, Reiventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector, Addison-Wesley;
- [13] Congresso dos EUA (103º Congresso), 1993, Government Perfomance and Results Act, Office of Management and Budget, www.whitehouse.gov, 2016;
- [14] Congresso dos EUA (111º Congresso), 2010, GPRA Modernizaiton Act, Office of Management and Budget, www.whitehouse.gov, 2016;
- [15] Committee on Homeland Security and Governmental Affairs do Senado dos EUA (HR 2142), Office of Management and Budget, www.whitehouse.gov, 2016;
- [16] H. Simon, 1947, Administrative Behavior, New York Macmillan, 1947;
- [17] Code des marchés publics 2006, 2007, La documenation Française, Paris;

- [18] L.V.Tavares, R.Medeiros e D. Coelho, A Nova Diretiva 2014/24/UE sobre os processos de aquisição de bens , serviços e obras baseados em contratos públicos, 2014, OPET;
- [19] Norma Portuguesa NP EN 1990 2009, Eurocódigo-Bases para o projecto de estruturas, Instituto Português da Qualidade, 2009;
- [20] União Europeia, 2009, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Coimbra Editora, 2015;
- [21] L.V.Tavares, 2014, A Transposição da Nova Diretiva 2014/24/EU Relativa aos Processos de Aquisição de Bens, Serviços e Obras Baseados em Contratos Públicos: Concorrência e Inovação, Revista do Tribunal de Contas (aceite para publicação) ;
- [22] M. Caetano, 1947, Manual de Direito Administrativo, 2ª ed. Coimbra Editora Limitada;
- [23] P. Vincent-Jones, 2006, The New Public Contracting. Regulation, Responsiveness, Relationality, Oxford University Press, APMEP;
- [24] 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, Jornal Oficial da União Europeia, pág. 134/114-134/240
- [25] Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics , Journal officiel de la République française n°0225 page 15782 , texte n° 31
- [26] L.V. Tavares, J.S. Coelho e P.M. Graça, 2008, O Modelo e o Software SIAP 2008 para avaliação de propostas e candidaturas e segundo o Código dos Contratos Públicos (DL 18/2008), OPET;
- [27] C.Roriz e P.Ministro, 2015, Contratação Pública em Portugal 2013, INCI;
- [28] B. Salanie , 1997, The Economics of Contracts, MIT Press;
- [29] Tribunal de Contas, Síntese de Jurisprudência -1ª Secção Situações identificadas: Regras dos procedimentos de contratação, <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/sintese-1s/sintesecontratacao-regras.shtm>, 2016;
- [30] APMEP, 2010, 2º Inquérito Nacional sobre a Contratação Pública Eletrónica, Relatório Fase III;
- [31] Decreto-Lei n.º 149/2012 de 12 de Julho, Diário da República, 1.ª série N.º 134 , pág. 3639;
- [32] L.V. Tavares, 2012, A melhoria da contratação pública e o memorando de entendimento: O desafio de competitividade, Revista do Tribunal de Contas n.º55/56, Jan-Dez 2011;
- [33] L.V. Tavares, 2011, A strategy to reduce public expenditure based on e-tendering and Procurement Business Intelligence: The case of Portugal, European Vortal Academy;
- [34] Comissão Europeia, 2011, Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públi-

cos da UE para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, COM 15 final, Bruxelas;

- [35] Comissão Europeia, 2011, Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, COM 896 final, Bruxelas;
- [36] M.J. Estorninho, 2006, Direito Europeu dos Contratos Públicos, Almedina;
- [37] European Commission, 2009, Buying green! A handbook on green public procurement, European Union;
- [38] Tavares, L.V., 2013, E-Public Procurement in Europe: Public Management, Technologies and Processes of Change, Amazon;
- [39] 3rd European Conference on e-Public Procurement (ECP), 2015, The Process of Transposition of the New Directives on Public Procurement, Porto;
- [40] Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 2016, Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los Órganos de Contratación en Relación con la Aplicación de las Nuevas Directivas de Contratación Pública, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid.

A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição *não minimalista* das Diretivas

MARIA JOÃO ESTORNINHO¹

Traços gerais do projeto de Código dos Contratos Públicos (2016)

A Comissão de revisão do Código dos Contratos Públicos, cujos trabalhos tive o gosto de coordenar em janeiro/fevereiro de 2016, 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 CCP². Assim, a Comissão elaborou 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 -, contém uma proposta de transposição das Diretivas completa, coerente, inovadora e arrojada, norteada pelos seguintes propósitos:

1. Num quadro de simplificação legislativa, libertar o Código dos Contratos Públicos de definições e classificações dogmáticas que devem caber à doutrina e não ao legislador, a quem cumpre *regular*. Clarifica-se 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. Elimina-se a complexidade do *labirinto jurídico* da versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos resultante 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) numa teia complexa de regras gerais e de exceções às regras. A autonomização sistemática do tratamento de determinados contratos, como os contratos nos setores especiais, na área da defesa ou os contratos de concessão, contribui também para a desejada simplificação.

1 Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Catedrática convidada da Universidade Católica.

2 V. MARIA JOÃO ESTORNINHO, A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e *amiga* do bem comum, *supra*, pp. 7 e ss..

2. Consagrar expressamente, a par dos princípios que decorrem do Direito da União Europeia (entre outros, concorrência e proporcionalidade), os princípios constitucionais que vinculam as entidades públicas (entre outros, prossecução do interesse público, legalidade, imparcialidade, responsabilidade). É ainda de realçar a consagração no projeto de CCP de um princípio de sustentabilidade. Retiram-se consequências dos referidos princípios nos regimes aplicáveis quer à formação quer à execução dos contratos públicos.

O Artigo 18º da Diretiva 2014/24 consagra os princípios da igualdade de tratamento e não discriminação, transparência, proporcionalidade e concorrência, fazendo também referência às obrigações em matéria ambiental, social e laboral.

No entanto, nunca é demais insistir que, em matéria de contratos públicos, se entrecruzam no ordenamento jurídico português os princípios constitucionais da atividade administrativa (Artigo 266º CRP) com os referidos 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.

3. 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. Ficam 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 (entre outros, contratos de aquisição de serviços de arbitragem ou de certos serviços jurídicos), uma vez que o facto de as Diretivas não se aplicarem a determinados contratos (por não se revestirem de interesse transfronteiriço ou por outras razões) não significa, do ponto de vista do direito interno, a pura e simples exclusão de tais contratos do âmbito de aplicação do Código ou sequer do âmbito de aplicação da Parte II. É o caso dos contratos relativos a serviços sociais, relativamente aos quais no considerando 114 se invoca a sua relação com «serviços à pessoa com reduzido interesse transfronteiriço» para, quando atinjam o limiar de 750 000 Euros, ficarem sujeitos a um regime simplificado, com observância dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento e, assim, obrigações de publicidade e tramitação procedimental. Note-se que, no mesmo considerando se reafirma a jurisprudência no sentido da sujeição a esses princípios mesmo dos contratos abaixo dos limiares.
4. Num quadro de modernização administrativa e tendo em vista o aumento da eficiência da despesa pública, o projeto de Código dos Contratos Públicos aposta 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. De salientar é também a redução dos prazos mínimos para a apresentação de candidaturas ou de propostas. Assim, e exemplificativamente, no concurso público com publicidade no Jornal Oficial da União Europeia o prazo

mínimo de apresentação de propostas foi encurtado em 17 dias, passando de 52 dias para 35 dias.

É ainda previsto o Documento Europeu Único de Contratação Pública, tendo em vista facilitar e simplificar a realização dos procedimentos de formação dos contratos públicos no espaço europeu, de formato eletrónico, que consiste numa declaração na qual o operador económico se compromete a fazer prova da posse de todos os requisitos necessários à sua participação no procedimento, caso seja escolhido como adjudicatário.

5. Em relação aos tipos de procedimentos, distinguir quatro procedimentos com tramitação assente numa base comum (concurso público, concurso limitado, procedimento de negociação e diálogo concorrencial) e, por outro lado, introduzir o novo procedimento das parcerias para a inovação com uma tramitação mais flexível e simplificada. Reduzir o elenco de fundamentos para utilização de procedimentos de adjudicação direta, indo ao encontro das preocupações – nacionais e europeias - de reforço da concorrência e da transparência nos procedimentos de contratação pública em Portugal.

Em sintonia com as Diretivas, prevê-se como apurar o valor estimado do contrato, nomeadamente para efeitos de escolha do procedimento de formação do mesmo. Ultrapassa-se o sistema do CCP de 2008, o qual optou por limitar o valor do contrato a celebrar em função do procedimento escolhido, o que significou uma inversão em relação à funcionalização do contrato à prossecução do interesse público, tendo subjacente a opção por um princípio de liberdade de escolha do procedimento de formação dos contratos públicos. Acentua-se a atenção ao momento inicial dos procedimentos de formação de contratos públicos, prevenindo-se que a decisão de contratar se funde numa avaliação custo-benefício.

Muito importante é, a meu ver, lembrar que 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.

6. Na esteira das recentes preocupações subjacentes às Diretivas de 2014, de fomento à inovação e ao crescimento económico, facilitar o acesso e a participação das Pequenas e Médias Empresas (PME) à contratação pública. Assim, o projeto de Código dos Contratos Públicos consagra novos mecanismos indutores dessa participação, tais como a promoção da adjudicação por lotes, sendo que, quando tal não seja obrigatório, as entidades contratantes deverão fundamentar a sua decisão de não dividir o contrato em lotes ou ainda a exigência de que, para efeitos de demonstração da capacidade financeira, o volume de negócios anual mínimo exigido aos operadores económicos não seja desproporcionado em relação ao valor estimado do contrato.

7. Outro dos aspetos centrais que emerge das Diretivas de 2014 e que foi acolhido no projeto de Código resulta da necessidade de aumentar a inovação associada aos contratos públicos, enquanto alavanca para o crescimento económico e o emprego. Introduziu-se, por isso, uma nova figura procedimental designada “Parceria para a Inovação”, através da qual qualquer operador económico poderá apresentar uma candidatura em resposta a um anúncio da entidade contratante, em que esta revela a necessidade de obter produtos, serviços ou obras que ainda não existem no mercado. Trata-se, por outras palavras, de encontrar um parceiro que – sendo remunerado pela entidade adjudicante - terá como missão desenvolver um projeto de I&D tendo em vista a criação de um produto, serviço ou obra inovadores. Promove-se ainda a inovação através de outras formas, tais como os concursos de conceção-construção e o incentivo à apresentação de propostas variantes.
8. Um dos objetivos fundamentais das Diretivas de 2014 é o de fomentar a sustentabilidade e a utilização estratégica da contratação pública para atingir objetivos sociais e ambientais. No projeto de CCP encontram-se previstas normas que visam promover objetivos de natureza ambiental ou social que se traduzem, por exemplo, na possibilidade de exigência de rótulos específicos de natureza ambiental ou de medidas ou sistemas de gestão ambiental.

Neste contexto sublinhe-se a introdução de um novo 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).

No plano social, são introduzidos fatores de adjudicação relativos a aspetos de natureza social, tais como o fomento da inserção social de pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis, o recrutamento de desempregados de longa duração ou a implementação de ações de formação para desempregados ou jovens no decurso da execução do contrato.

9. Por outro lado, a Diretiva n.º 2014/24 prevê, entre outras disposições inovatórias, normas relativas à regulação da contratação pública, apontando para um sistema de governação do setor da contratação pública, através de uma rede de entidades reguladores nacionais. O artigo 83º consagra o dever dos Estados de assegurar o acompanhamento e regulação do setor. Em Portugal, as tarefas de regulação e monitorização da contratação pública estão atribuídas pelo respetivo Estatuto ao IMPIC - Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, que é responsável pelo portal BASE e pelo E-CERTIS, base de dados de livre acesso na qual passarão a constar os documentos obrigatórios em procedimentos de formação de contratos públicos.

10. As Diretivas de 2014 incidem não apenas sobre a fase da formação dos contratos públicos mas também sobre a fase da execução dos mesmos, ultrapassando 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 (remetidos para os ordenamentos jurídicos nacionais).

Os regimes da Parte III do projeto de CCP são inovadores e visam garantir, também na execução dos contratos públicos, a promoção de uma contratação pública sustentável e responsável, indo ao encontro de objetivos de simplificação legislativa.

A reforma do Código teve igualmente por preocupação central salvaguardar, em aspetos essenciais, uma articulação sistematicamente coerente com o regime pertinente do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e, em especial, com o do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), quanto à delimitação do âmbito da jurisdição administrativa, e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

Delimita-se o âmbito de aplicação do regime substantivo do Código (Parte III), tendo por referência a sujeição dos contratos aos procedimentos previstos na Parte II. Independentemente de a respetiva formação ocorrer segundo aqueles procedimentos, clarifica-se que o mesmo regime é também aplicável (direta ou subsidiariamente) a todas as relações contratuais administrativas.

O novo Código vem estabelecer inovadoramente um regime para os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, bem assim como para os contratos interadministrativos.

Em conformidade com as Diretivas europeias, há a pretensão de 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 invalidade, de limites à modificação e de cessão da posição contratual e de subcontratação. A “extensão” destes regimes a tais contratos assegura simultaneamente dois objetivos fundamentais: por um lado, garante a correta transposição das Diretivas, em especial quanto aos regimes de modificação dos contratos e de cessão da posição contratual e de subcontratação; por outro, introduz coerência no “sistema administrativo”, auxiliando decisivamente a delimitar o âmbito da jurisdição administrativa.

Aspetos inovadores são também os que se prendem com o regime de invalidade dos contratos públicos, ultrapassando-se a parcimónia do CCP no que toca à previsão expressa das consequências da preterição dos critérios de escolha do procedimento adjudicatório, bem assim como de outras causas de invalidade e, em especial, de nulidade dos contratos. Optou-se inovadoramente pela identificação de um conjunto de causas de invalidade gera-

doras nulidade. Deslocou-se também para o regime da ineficácia do contrato – em consonância com o Direito Europeu - o que anteriormente era tratado como causa de invalidade (por exemplo, nos casos de inobservância do período de *standstill* ou de publicitação obrigatória no JOUE).

Especialmente inovadoras são as normas relativas à modificação dos contratos, as quais, transpondo as Diretivas, introduzem limites para a referida modificação e a obrigatoriedade de abertura de novo procedimento de contratação para casos de modificações que não respeitem os referidos limites.

11. Relativamente ao contrato de empreitada de obras públicas, tradicionalmente caracterizado por uma extensa e pormenorizada disciplina legal, numa linha evolutiva já anunciada pelo Código de 2008, optou-se pela sua desregulamentação legal, salvo nos aspetos mais marcantes deste tipo contratual, remetendo-se a concretização desse regime para instrumentos normativos de desenvolvimento do Código. Opção que, aliás, se revela em consonância com ordenamentos comparados. No âmbito deste regime, afigurou-se essencial substituir o clássico “instituto” de trabalhos a mais pela noção mais abrangente de trabalhos complementares, em conformidade com a Diretiva 2014/24/EU, distinguindo-se ainda os que se fiquem a dever a circunstâncias imprevisíveis dos que resultem de circunstâncias imprevistas. Neste contexto, clarifica-se também o regime de erros e omissões.
12. De realçar, finalmente, o claro reforço dos mecanismos de garantia da transparência na contratação pública, nomeadamente as obrigações de publicitação da celebração de contratos no portal dos contratos públicos.

O Código dos Contratos Públicos cria 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.

Introduziu-se a declaração obrigatória de inexistência de conflitos de interesses, que deverá ser apresentada pelos dirigentes e trabalhadores das entidades contratantes, bem como pelos prestadores de serviços que atuam em nome da entidade contratante, que participem na preparação e condução dos procedimentos de formação de contratos públicos, incluindo os membros do júri do procedimento. Consagrou-se a obrigação das entidades adjudicantes de adotar as medidas necessárias a impedir, identificar e resolver conflitos de interesses. Conjugou-se a definição de conflitos de interesses prevista nas Diretivas com as situações de impedimento do Código do Procedimento Administrativo e incluíram-se também tais situações de conflitos de interesses no rol dos impedimentos à participação de operadores económicos em procedimentos de formação de contratos públicos.

Importa não esquecer que a interação entre as diversas dimensões da contratação pública coloca na atualidade novos e difíceis desafios. Não se podem ignorar os riscos de que a introdução de *critérios verdes* ou a *flexibilização procedimental* na contratação pública

redunde em riscos acrescidos de práticas discriminatórias ou fenómenos de corrupção. Uma contratação pública *amiga do bem comum* exige assim, também, que a introdução de critérios ambientais ou sociais num procedimento pré-contratual seja acompanhada do reforço de mecanismos de prevenção do desperdício e da corrupção.

Os conflitos de interesses na revisão do Código dos Contratos Públicos

JOÃO CAUPERS¹

1. Conflitos de interesses é uma expressão que cobre uma realidade plurifacetada e muito complexa. Em geral, pode dizer-se que ela procura referenciar 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 pôs a seu cargo.

O tratamento dos conflitos de interesses como tais terá origem norte-americana e a noção começou por relevar mais da ética e da teoria das organizações do que do direito. O olhar sobre o conflito de interesses situava-se essencialmente em dois planos.

No plano ético, o conflito de interesses era uma espécie de “tentação”, que importava prevenir por via da adopção de padrões comportamentais valorativamente exigentes. Estes padrões buscavam iluminar a solução de situações dilemáticas ocorridas na chamada “zona cinzenta”, onde poderiam existir dúvidas razoáveis sobre o comportamento a adoptar pelo decisor (na “zona negra” o carácter antiético do comportamento era de tal forma claro que normas jurídicas penais e disciplinares resolviam bem os problemas)².

É interessante nesta matéria considerar o que a propósito dos conflitos de interesses se escreve no Ponto III.2. do mais famoso e respeitado Code of Ethics norte-americano, aprovado pela American Society for Public Administration (ASPA), em 1984:

«ASPA members are committed to:

(...) 3. Zealously guard against conflict of interest or its appearance: e. g., nepotism, improper outside employment, misuse of public resources or the acceptance of gifts.»

No plano da teoria das organizações, os conflitos de interesses tendem a ser olhados como causa de disfunções organizativas e procedimentais. Tornam as organizações opacas para os cidadãos e desacreditam as decisões.

Partindo da abordagem ética, CHRIS MACDONALD, MICHAEL MCDONALD, e WAYNE NORMAN³

1 Professor Catedrático da Universidade Nova de Lisboa e Juiz do Tribunal Constitucional.

2 Cfr., a título de exemplo, o texto de JOSEPH F. ZIMMERMAN, *Ethics in the Public Service*, State and Local Government Review, Setembro 1982, Volume 14, n.º 3, p. 99.

3 Cfr. *Charitable Conflicts of Interest*, *Journal of Business Ethics*, 39:1-2, 67-74, Aug. 2002. p.68.

definem assim o conflito de interesses:

«We can define a conflict of interest as a situation in which a person has a private or personal interest sufficient to appear to influence the objective exercise of his or her official duties as, say, a public official, an employee, or a professional».

Sublinhe-se uma ideia: pode existir um conflito de interesses apenas porque parece existir um conflito de interesses. Quer dizer: nesta matéria é tão relevante a realidade como a percepção que se tem dela. Não se trata de uma espécie de “presunção” de falta de probidade dos decisores públicos: trata-se, sim, de reconhecer que, considerado o grau de exposição a que estes se encontram frequentemente sujeitos, situações em que os respectivos interesses privados são conhecidos podem ser olhadas pelos cidadãos como causa de lesão efectiva dos interesses públicos que deveriam ser prosseguidos.

As definições legais de conflito de interesses são comuns em muitas ordens jurídicas.

No Brasil, a definição de conflito de interesses contida na Lei n.º 12.813, de 16 de maio de 2013 aproxima-se muito daquela outra, doutrinária, que transcrevemos:

«A situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública».

Também o Conflict of Interest Act, de 2006, vigente no Canadá, explica, no parágrafo 4 da Parte 1:

«A public office holder is in a conflict of interest when he or she exercises an official power, duty or function that provides an opportunity to further his or her private interests or those of his or her relatives or friends or to improperly further another person’s private interests».

Estas normas reflectem ideias comuns que não são difíceis de enunciar:

Em primeiro lugar, o conflito de interesses assenta numa espécie de “hesitação ética”, que resulta de o agente poder, na realidade, escolher entre prosseguir o interesse público, como é seu dever, ou um seu interesse privado, sacrificando, total ou parcialmente, aquele.

Em segundo lugar, o conflito existe ainda que o envolvido não venha a preterir o interesse público pelo seu interesse privado. O conflito de interesses é uma situação que possibilita a obtenção de um resultado censurável, mas não consiste neste em si mesmo. O conflito de interesses é, por natureza, um conflito potencial.

Por último, o conflito somente é relevante quando o envolvido tem o poder de decidir ou capacidade para influenciar a decisão.

2. A Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 (doravante referida, simplesmente como “a Diretiva”), no seu artigo 24, segunda parte, também

contém uma definição de conflito de interesses:

«O conceito de conflito de interesses engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação».

Naturalmente que tratando-se de um normativo do âmbito da contratação pública, a terminologia reflecte um ambiente contratual. Deixando de parte tal especificidade, encontramos na disposição alguns aspectos que justificam menção.

Em primeiro lugar, a definição corresponde, genericamente, à noção com que vimos operando de conflito de interesses: uma situação em que o agente, tendo real capacidade de decisão ou de influência, pode optar por preterir o interesse público a cargo da entidade adjudicante, preferindo-lhe um seu interesse particular.

Em segundo lugar, a exigência de que tal interesse constitua uma ameaça à independência e à imparcialidade do agente. Quando o agente sobrepõe o seu interesse pessoal ao interesse público que deve prosseguir ocorre como que uma “deformação” da sua vontade, que faz com que a sua decisão não seja configurada pelos factores que deveriam, de acordo com a racionalidade inscrita na lei, determiná-la.

Por último, a referência a que a definição de conflito de interesses ali contida é «mínima», o que significa que as distintas leis nacionais podem adicionar outros elementos àquela definição.

3. Em Portugal, as leis não operavam tradicionalmente com o conceito de conflito de interesses. O que não admira, considerado o seu recorte, que já dissemos ser mais próprio da ética e da teoria das organizações do que do direito.

O olhar jurídico tradicional sobre a matéria concentra-se, entre nós, menos no problema – o conflito – e mais no agente, procurando fornecer instrumentos jurídicos capazes de prevenir e reprimir os “desvios” da vontade deste. Tais instrumentos giram à volta de uma ideia, a ideia de imparcialidade. A configuração do tratamento da patologia – a parcialidade – leva a que o legislador se preocupe em descrever detalhadamente as situações de risco para o dever de imparcialidade. É o que sucede no extenso artigo 69.º do Código do Procedimento Administrativo.

Mas, claro, a ideia de imparcialidade tem tudo a ver com o conflito de interesses: o decisor foi parcial porque resolveu mal um conflito de interesses. É isto que explica que a lei canadiana que já referimos, ao enumerar os comportamentos que devem ser evitados para prevenir o conflito de interesses, aponte, nomeadamente, a proibição daquilo que designa por “tratamento preferencial” (parágrafo 7 da Parte 1), a obrigação de abstenção em votações [parágrafo 6 (2)

da Parte 1] e a interdição de outorga de contratos entre o agente da administração e os seus familiares próximos [parágrafo 14 (1) da Parte 1].

4. As disposições do Projecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos (doravante, “PRCCP”) que se dedicam a esta matéria são os artigos 3.º e 38.º. Dispõem estes normativos:

«Artigo 3º
Princípios gerais

(...)

- 3 - Sem prejuízo da aplicação das garantias de imparcialidade previstas no Código do Procedimento Administrativo, as entidades adjudicantes devem adotar as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente os conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de formação de contratos públicos, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento dos operadores económicos.
- 4 - Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se conflito de interesses qualquer situação em que o dirigente ou o trabalhador de uma entidade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da entidade adjudicante, que participe na preparação e na condução do procedimento de formação de contrato público ou que possa influenciar os resultados do mesmo, tem direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do referido procedimento.

Artigo 38.º
Impedimentos à participação

- 1 - Não podem participar em procedimentos de formação de contratos públicos os operadores económicos que:
 - a) Se encontrem em estado de insolvência (...)
(...)
 - h) Tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação do procedimento, ou das respetivas peças, que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência;
 - i) Tenham diligenciado no sentido de influenciar indevidamente as decisões dos órgãos competentes, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no procedimento, ou tiver prestado, com dolo ou negligência, informações erróneas suscetíveis de alterar materialmente as decisões de exclusão, qualificação ou adjudicação;

- j) Estejam abrangidos por conflitos de interesses, tal como definido no n.º 4 do artigo 3.º, que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão;
- l) Tenham sido objeto da sanção acessória prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 309.º, em virtude de terem acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de requisitos essenciais no âmbito de contratos públicos anteriores, tendo tal facto conduzido à resolução desses contratos, ou à condenação por danos ou a outras sanções equivalentes, durante o período da respetiva privação de participar.

(...)

- 4 - Os operadores económicos que se encontrem numa das situações referidas no n.º 1, não obstante a existência objetiva de impedimento à participação, podem apresentar prova de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade, nomeadamente através:
 - a) Da demonstração de que ressarciu ou tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou falta grave;
 - b) Do esclarecimento integral dos factos e circunstâncias por meio de colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito;
 - c) Da adoção das medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.
- 5- Tendo por base as provas demonstradas nos termos do número anterior, a gravidade e as circunstâncias específicas da infração ou falta cometida, a entidade adjudicante pode tomar a decisão de considerar o impedimento irrelevante para efeitos de participação no procedimento.»

5. Começemos por olhar o artigo 3.º.

O n.º 4, como se viu, define o conflito de interesses. E fá-lo em termos que se não afastam, nem da disposição da Directiva, nem da noção comum que apresentámos inicialmente. Lá encontramos, intimamente ligadas, as ideias fundamentais de que o conflito surge porque o agente pode tomar ou influenciar a tomada de uma decisão que lhe pode ser pessoalmente vantajosa e de que a possibilidade de obtenção desta vantagem pode diminuir a sua capacidade de decidir sem tomar em (indevida) consideração os seus interesses pessoais.

Se o n.º 4 nada tem de assinalável no âmbito da definição de conflito de interesses, já o n.º 3 patenteia um traço característico do direito da União Europeia: as preocupações com os conflitos de interesses não refletem, em primeira linha, uma preocupação económica ou de boa administração, assumindo-se antes e essencialmente como um modo de «evitar qualquer

distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento dos operadores económicos»⁴. Tratando-se de uma lei portuguesa, talvez não ficasse mal associar a esta preocupação “europeia”, uma preocupação nacional, acrescentando algo como “procurando ainda contribuir para decisões de melhor qualidade, nomeadamente no plano da utilização de recursos públicos”.

Neste mesmo no n.º 3, os autores do PCCP enfrentaram uma dificuldade.

Consistiu esta na necessidade de conciliar uma noção indispensável à transposição da Directiva, mas sem tradição no direito administrativo português – a de conflito de interesses – com uma outra ideia, essa com raízes profundas no direito administrativo português: a de que a prevenção contra o risco de promiscuidade entre interesses públicos e privados deve ser efectivada através do princípio da imparcialidade e dos seus instrumentos específicos – como faz, já o referimos, o CPA.

A opção feita consistiu em associar à noção de conflito de interesses uma ressalva: «as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente os conflitos de interesses» não prejudicam «a aplicação das garantias de imparcialidade previstas no Código do Procedimento Administrativo».

Não estamos seguros de que esta técnica legislativa, de resto comum entre nós, seja a mais aconselhada quando se associam dois institutos provenientes de contextos jurídicos diferenciados⁵. Mas também não vemos que ela gere dificuldades interpretativas relevantes: afinal, pretende-se simplesmente dizer que quaisquer que sejam as medidas que vierem a ser adoptadas para combater os conflitos de interesses, elas não afastam o indispensável respeito pelo princípio da imparcialidade e a utilização dos instrumentos próprios deste, nomeadamente os impedimentos, as escusas e as suspeições.

6. Passemos ao n.º 1 do artigo 38.º.

Esta disposição do PCCP estabelece um conjunto de proibições de participação em procedimentos de formação de contratos públicos. Chama-lhes impedimentos à participação».

Trata-se de uma disposição pouco feliz. Ela mistura as situações em que a participação no procedimento concursal é proibida, por variadas razões que, na sua maioria, emergem de comportamentos censuráveis do interessado em participar e que quase só têm em comum o facto de nada terem a ver com imparcialidade ou conflitos de interesses – as que já constam do

4 Cfr. VERA EIRÓ, *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes. Fundamento e pressupostos*, Coimbra, 2013, p. 644. Uma das principais conclusões da autora vai no sentido de que «as directivas de contratação pública são um meio para alcançar uma contratação pública não discriminatória e concorrencial (...). Já anteriormente MARIA JOÃO ESTORNINHO havia sublinhado que o direito dos contratos públicos da União europeia se preocupa essencialmente em garantir a concorrência (*Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Coimbra, 2006, p. 355).

5 Estamos a pensar nas dificuldades resultantes da opção legislativa de adoptar o conceito de contrato público, proveniente do direito inglês via direito da União Europeia, conservando simultaneamente o conceito de contrato administrativo, recebido do direito francês, com as dificuldades de articulação que todos conhecemos.

actual artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos (cuja epígrafe, “Impedimentos”, já não é feliz) –, com impedimentos em sentido próprio (no sentido do artigo 69.º do Código do Procedimento Administrativo), estes, sim, contextualizados no universo dos conflitos de interesses, constantes das alíneas h), i) e j) do n.º 1 do artigo 38.º do PCCP.

Integrar todas estas matérias na mesma disposição – porventura fruto de mal-entendido – descaracteriza a noção de impedimento e, com ela, a defesa da imparcialidade e o tratamento dos conflitos de interesses, contribuindo ainda para uma confusão suplementar: é que quando se trata de um impedimento propriamente dito, o impedido é o decisor público; nestes casos, os impedidos são os particulares. Em suma, seria preferível transferir as três referidas alíneas para um novo normativo, do mesmo passo que se alteraria a epígrafe do artigo 38.º, evitando o uso do termo impedimentos.

Supomos que a opção foi inspirada pelo artigo 57.º da Directiva, que inclui, quase despercebida, uma pequena regra sobre conflitos de interesses: a alínea e) do n.º 4. Aí se obsta à participação do interessado no procedimento concursal «se houver um conflito de interesses, na aceção do artigo 24.º, que não possa ser eficazmente corrigido por outras medidas, menos invasivas». Simplesmente, a epígrafe do artigo 57.º é «motivos de exclusão», bem mais adequada a uma norma heterogénea do que a adoptada no PCCP para o artigo 38.º.

Nada temos a apontar ao conteúdo e à formulação daquelas três alíneas, salvo pormenores de redacção⁶.

7. Os n.ºs 4 e 5 do artigo 38.º do PCCP suscitam um comentário muito simples, que decorre do que anteriormente dissemos: não pertencem ao mundo da imparcialidade e dos conflitos de interesses.

Trata-se de disposições que procuram “recuperar” os interessados para o procedimento concursal, “perdoando-lhes” certos “pecados”. Mas as circunstâncias descritas naquelas disposições nada têm a ver com imparcialidade e conflitos de interesses. Basta pensar nos termos e expressões utilizados: «infracções penais», «inquiridos», «colaboração com as autoridades».

Em rigor, nem seria necessário ler as disposições em causa para chegar àquela conclusão: basta reflectir sobre o termo «fiabilidade», utilizado no proémio do n.º 4. Se o problema era falta de fiabilidade interessado em participar – fiabilidade que o legislador entende poder ser reconstruída –, parece evidente que não tinha qualquer relação com falhas de imparcialidade ou com um conflito de interesses.

Em suma: confirma-se que a opção de incluir o tratamento dos conflitos de interesses num artigo que trata predominantemente de outras matérias não terá sido a melhor.

⁶ Como o termo «lhe», na segunda linha da alínea i), que deverá ser substituído por *lhes*, e o termo «tiver» na 3.ª linha da alínea b), que deverá ser substituído por *tiverem*; também na alínea j), o plural «conflitos» deverá ser substituído pelo singular, já que o n.º 4 do artigo 3.º utiliza este, ficando assim certo o uso do singular «definido».

Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável

VASCO PEREIRA DA SILVA¹

No domínio europeu, há uma nova vertente ambiental realizada pela via bilateral administrativa, que é a contratação verde (“green public procurement”). Trata-se de um fenómeno recente, que se tornou mais efetivo sobretudo no início do novo século e que apresenta como momentos criadores, nomeadamente, a jurisprudência do Concordia Bus de 2002, a Diretiva de 2004, que introduziu regras verdes no domínio da contratação pública, o Livro Verde de 2011, que fixou metas a atingir e estabeleceu estratégias a ser seguidas pelos poderes públicos, e as Diretivas de 2014, que estão agora a ser transpostas na nossa ordem jurídica e que significam uma mudança de paradigma dos contratos públicos, em termos que obrigam à substituição do atual Código da Contratação Pública, que não é mais ambientalmente sustentável².

O fenómeno prende-se com a importância crescente da contratação pública, nos nossos dias. Como é sabido, a distinção “esquizofrénica” entre contratos ditos administrativos e contratos ditos privados da Administração, nascera para proteger a Administração, ao tempo da “infância difícil” do Direito Administrativo. Tendo sido inicialmente criado um regime privilegiado para os atos administrativos, tanto em termos de foro como de direito substantivo, num determinado momento do século XIX, em França, passou-se a entender também que alguns contratos em que intervinha a Administração deveriam igualmente beneficiar desse estatuto de privilégio, em razão da sua importância e do seu valor. A criação desta realidade “esquizofrénica” começou por ser determinada apenas por uma razão processual, a de submeter certos contratos ao privilégio de foro, de serem julgados por um juiz que não era juiz mas órgão da Administração. Mas, logo de seguida, a doutrina clássica pretendeu elevar essa diferença processual a uma distinta noção substantiva, procurando inventar qualidades supostamente exorbitantes que permitissem distinguir esses contratos ditos administrativos dos demais. Assim surgiu aquela orientação “esquizofrénica” de distinguir, no Direito Administrativo, entre os contratos ditos administrativos, que seriam objeto de julgamento pelos tribunais e seguindo um regime

¹ Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Catedrático Convidado da Universidade Católica.

² Sobre a problemática do «Green Public Procurement», em geral, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Curso de Direito dos Contratos Públicos. Para uma Contratação Pública Sustentável», Almedina, Coimbra, 2012, pp. 405 e ss..

substantivo administrativo, e os contratos ditos privados, que eram julgados pelos tribunais comuns e que estavam submetidos às regras jurídico-privadas.

Esta dualidade “esquizofrénica” não fazia qualquer sentido em termos teóricos, pois nem os contratos ditos administrativos correspondiam a quaisquer privilégios ou normas exorbitantes, antes as suas cláusulas decorriam da lei ou do acordado pelas partes e quase não se distinguiam das estabelecidas em contratos de tipo idêntico celebrados entre particulares, nem os contratos ditos privados da Administração deixavam de estar submetidos a regras e princípios de Direito Público, nomeadamente aos princípios gerais da atuação administrativa, às regras definidoras de fins públicos concretos a ser prosseguidos, a regras de contabilidade pública. Antes, o que estava em causa era sempre o exercício da função administrativa através de formas bilaterais, de forma a obter a satisfação das necessidades coletivas, o que deveria dar origem a regimes comuns destinados à realização desses desideratos, bem como à unidade de julgamentos de todos esses contratos, cada vez mais importantes para o exercício da função administrativa.

No direito português, esta discussão teve lugar nos anos 80/90, do século passado, tendo a doutrina unitária em matéria de contratação administrativa sido defendida inicialmente por MARIA JOÃO ESTORNINHO³, a que se juntaram depois JOÃO CAUPERS⁴, MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO MATOS⁵, e eu próprio⁶. No entanto, não foi apenas por influência deste importante setor doutrinário mas, sobretudo, em resultado da europeização do Direito Administrativo, que foram criadas as condições para o desaparecimento desta “esquizofrenia” no ordenamento jurídico português. Na verdade, aquilo que o Direito Europeu fez foi superar os termos da distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração (que só era utilizada nos países de influência francesa, Itália, Espanha, Portugal, mas já não na Alemanha, sendo também desconhecida dos países de sistema anglo-saxónico), estabelecendo regras comuns para todos os tipos de contratos relevantes para o exercício da função administrativa. A criação da figura dos contratos públicos, através das Diretivas, correspondia assim à criação de um regime jurídico tendencialmente unificado para toda a contratação no domínio da função administrativa.

No direito português, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais integrou no respetivo âmbito de aplicação todos os contratos da função administrativa (vide art. 4.º, n.º 1), enquanto o

3 Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Requiem pelo Contrato Administrativo», Almedina, Coimbra, 1990, «Princípio da Legalidade e Contratos da Administração», Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 368, Lisboa, 1987, e mais recentemente «Curso de Direito dos Contratos Públicos. Para uma Contratação Pública Sustentável», cit..

4 JOÃO CAUPERS, «Introdução ao Direito Administrativo», 11.ª ed., Âncora, Lisboa, 2013.

5 Vide MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral», tomo III, D. Quixote, Lisboa, 2008.

6 Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do Ato Administrativo Perdido», Almedina, Coimbra, 1996; «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise», 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.

Código dos Contratos Públicos⁷ estabeleceu regras comuns para todos eles, mesmo se o legislador português ainda não se tenha libertado inteiramente dos velhos “traumas” do passado e continue a falar em contratos administrativos. Conforme escrevi, noutro momento, o «Código da Contratação Pública (D.L. n.º 18/ 2008, de 29 de Janeiro) fica a meio-caminho entre a adopção de um conceito genérico de “contrato público”, em sentido europeu, e a manutenção da dualidade esquizofrénica originária. Assim, por um lado, o legislador estabelece, pela primeira vez no Direito Administrativo nacional, uma disciplina geral completa (tanto procedimental como material) de todos os contratos em que intervém a administração, ao mesmo tempo que uniformiza e simplifica a tipologia e a tramitação dos procedimentos pré-contratuais e racionaliza o regime material da contratação pública. Por outro lado, o Código persiste em manter a dualidade conceptual esquizofrénica entre contratos administrativos e outros contratos da administração (art. 1.º, 1 CCP), mesmo se a definição do dito contrato administrativo (art. 1.º, 6) fornece argumentos para o esbatimento das fronteiras conceptuais ao nível da totalidade da contratação pública, assim como alarga o respectivo âmbito, que passa a incluir os contratos de aquisição de locação de bens e aquisição de bens móveis e serviços (arts. 431.º, 437.º, 450.º CCP)»⁸.

As diretivas de 2014⁹, que alargaram o universo dos contratos públicos e que foram ainda mais longe no estabelecimento das regras comuns no domínio da contratação administrativa, não apenas são dificilmente compatíveis com esta situação de “meias-tintas” vigente entre nós em matéria contratual, como intensificam a importância da realização da vertente ambiental, que passa agora a ser uma realidade essencial, necessitada de concretização num “novo código” dos contratos públicos.

Sintomática desta mudança de paradigma ao nível da contratação pública é a norma constante do artigo 3º, do projeto de diploma apresentado pela comissão encarregada pelo Governo de rever o Código dos Contratos Públicos, presidida por MARIA JOÃO ESTORNINHO, artigo que estabelece os princípios gerais em matéria de contratação pública. Nele, não apenas se faz referência à necessidade de respeitar os princípios gerais constitucionais em matéria de contratação pública, consagrados tanto na Constituição portuguesa quanto na (Constituição material) europeia, como os demais princípios legais aplicáveis, enumerando-se a título exemplificativo «os

7 Elaborado em consequência da transposição da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, e da Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

8 VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise», 2ª edição, Almedina, Coimbra, p. 487.

9 Directiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão), Directiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos e que revoga a Directiva 2004/18/CE), Directiva 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 Directiva 2004/17/CE), todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, publicadas no JOUE, de 28 de março de 2014.

princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade» (art. 3º, n.º 1). E estabelece-se ainda a necessidade das entidades adjudicantes assegurarem o cumprimento por todos os operadores económicos das normas e princípios globais, europeus, nacionais e locais, em matéria ambiental, social e laboral, aplicáveis aos contratos em questão (art. 3º, nº2); fazendo assim das entidades públicas intervenientes na contratação sujeitos ativos na realização de bens e valores de relevante interesse social, além de garantem o cumprimento do princípio da juridicidade no domínio contratual.

E não posso deixar de fazer referência, neste meu breve “comentário verde” à consagração do princípio do desenvolvimento sustentável em matéria de contratação pública. Este princípio, que parece ter surgido na ordem jurídica internacional através da Declaração de Estocolmo de 1972 e da Carta da Natureza de 1982, e que assumiu um enorme protagonismo na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, do Rio de Janeiro, de 2012, começou por ter um alcance sobretudo «de natureza económica, visando chamar a atenção para a necessidade de conciliação da preservação do meio-ambiente com o desenvolvimento sócio-económico. Mas um tal princípio pode apresentar igualmente uma dimensão jurídica, não apenas no domínio da ordem internacional como também no âmbito do direito interno, maxime como princípio constitucional, ao estabelecer uma exigência de ponderação das consequências para o meio-ambiente de qualquer decisão jurídica de natureza económica tomada pelos poderes públicos e a postular a sua invalidade, no caso dos custos ambientais inerentes à sua efectivação serem incomparavelmente superiores aos respectivos benefícios económicos, pondo assim em causa a sustentabilidade dessa medida de desenvolvimento»¹⁰.

Assim, em sentido jurídico, o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável obriga «à “fundamentação ecológica” das decisões jurídicas de desenvolvimento económico, estabelecendo a necessidade de ponderar tanto os benefícios de natureza económica como os prejuízos de natureza ecológica de uma determinada medida, afastando por inconstitucionalidade a tomada de decisões insuportavelmente gravosas para o ambiente»¹⁰. Em matéria de contratação pública, o princípio do desenvolvimento sustentável significa a necessidade de ponderação dos benefícios económicos resultantes de um determinado contrato com os eventuais prejuízos por ele causados ao ambiente, ponderando as respetivas vantagens e inconvenientes em termos completos e integrados na realidade subjacente. Haverá assim a necessidade de “fundamentar ecologicamente” cada decisão contratual, que não pode mais ser deixada a um casuísmo

10 VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente», Almedina, Coimbra, 2002, p. 73.

imprudente e irracional. E dado que nenhuma medida económica apresenta um “custo zero” em termos ambientais o que se pretende é a realização de um juízo de prognose e que se proceda a um efetivo balanço de custos e de benefícios, comparando a realidade económica e financeira com a dimensão ambiental.

Ainda no que respeita à dimensão verde, tanto as diretivas mais antigas como as mais recentes obrigam à necessidade de tomada em consideração de bens e valores ambientais nos diferentes momentos da contratação pública, nomeadamente no momento da decisão de contratar, no momento da escolha do procedimento adequado, no caderno de encargos, na própria adjudicação. Mas, aquilo que distingue as diretivas de 2004 das de 2014 é que se passa de uma simples possibilidade de ponderação de bens e valores ambientais, dependente de escolha da Administração, para uma vinculação à feitura dessa ponderação, que passa a ser exigida como regra. Ou seja, passa-se de uma mera possibilidade para um dever de ponderação dos bens e valores ambientais em contratos públicos suscetíveis de terem impacto ambiental, o que corresponde a um aperfeiçoamento progressivo da técnica do contrato público no quadro da proteção do ambiente.

Também as cláusulas constantes dos cadernos de encargos podem ser uma importante fonte de direito ambiental, tanto em si mesmas como fazendo a conexão com outros mecanismos de proteção ambiental, como o rótulo ecológico ou a ecogestão. Assim, quando se trate, por exemplo, de contratos de fornecimento de papel em grande quantidade, no âmbito de compras públicas, é normal que se exija tratar-se de papel reciclado, ou que haja rotulagem ecológica por parte das empresas que se apresentam a concurso. É por isso muito importante que a nova versão de projeto de Código dos Contratos Públicos, elaborado pela comissão nomeada pelo Governo, estabeleça normas de garantia de qualidade e normas de gestão ambiental, aceitando a utilização de certificados de garantia de qualidade, tanto nacionais como estrangeiros, remetendo igualmente para os mecanismos europeus de gestão ambiental como a ecogestão e a auditoria (art. 40º). Isto, mesmo que continue a ser de lamentar a não consideração, como causa de exclusão do universo da contratação pública, dos sujeitos individuais ou coletivos, condenados anteriormente por crimes ambientais, da mesma maneira como se lamenta que a cominação de contra-ordenações ambientais (em especial, as graves e as muito graves) não tenha igualmente determinado, para os sujeitos em questão, o estabelecimento de limitações à capacidade contratual.

Uma última reflexão acerca dos critérios de adjudicação, que passam a incluir considerações ambientais. Conforme se determina no projeto da comissão de revisão do CCP, nomeada pelo Governo, a determinação «da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante» é realizada mediante a utilização dois critérios: o da «melhor relação qualidade-

preço» (art.130º n.º 1), determinado de acordo com «fatores (...) ambientais» e considerando «as características ambientais» do contrato (art. 130º, n.º. 2); e o do «preço ou custo, utilizando uma análise custo-eficácia, nomeadamente a metodologia do ciclo de vida» (art.130º, n.º 1)¹¹. O que significa que, seja qual for o critério de adjudicação adotado, haverá sempre uma decisão assente na consideração de fatores ambientais, o que constitui uma mudança assinalável no sentido de um direito da contratação pública efetivamente verde.

O projeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, apresentado pela referida comissão, afasta os resquícios das concepções “esquizofrénicas” em matéria de contratação pública e apresenta um conceito de contrato público de matriz europeia e aberto a todos os contratos do exercício da função administrativa; ao mesmo tempo que consagra o princípio da sustentabilidade ambiental e obriga à realização dos bens e valores ambientais através da contratação pública. Se quiséssemos reduzir isto a uma “ideia-chave”, de carácter emblemático, poderíamos afirmar que «os contratos administrativos não são mais ambientalmente sustentáveis e que só os novos contratos públicos são verdes».

11 E acrescenta-se ainda que «quando o custo seja calculado com base no ciclo de vida, o modelo de avaliação das propostas pode abranger custos suportados pela própria entidade adjudicante, nomeadamente:

- a) Custos relacionados com a aquisição propriamente dita;
- b) Custos de utilização, tais como consumo de energia, de consumíveis e de outros recursos;
- c) Custos de manutenção e assistência técnica;
- d) Custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem.
- e) Custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao bem, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário, os quais podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas» (art.130º, n.º 3)

O (novo) conceito de «proposta economicamente mais vantajosa» e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios

ISABEL CELESTE M. FONSECA¹

Sumário. 1. Contexto: a transposição das directivas contratos públicos/2014... desafiando o legislador nacional. 2. A pretexto... desafiando o comprador público.

1. Contexto: a transposição das directivas contratos públicos 2014

No contexto da transposição para o ordenamento jurídico nacional das Directivas Contratos Públicos/2014², é absolutamente essencial acolher no panorama legislativo português um novo conceito de adjudicação, uma vez que este «é fulcral para o regime instituído» pelas directivas e visto que os contratos públicos são vitais para cumprir os objectivos da Estratégia Europa 2020. Neste sentido, é extremamente importante que o legislador nacional venha acolher uma solução de adjudicação que permita aos entes adjudicantes tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para promover a inovação e assegurar um desenvolvimento sustentável e inclusivo.

Muitos são, pois, os desafios que se apresentam (agora) ao legislador nacional e (depois) ao comprador público. Ao legislador nacional impõe-se, pois, a tarefa difícil, de prever, até 18.04.2016., disposições legais que permitam às entidades públicas encarar o contrato público como ferramenta de trabalho e como instrumento ao serviço de estratégias e políticas públicas (nacionais e europeias). E, ao comprador público, a quem se exigirá, cada vez mais, a profissionalização na compra pública, também se apresenta um caminho de dificuldades. A par da ciência (ou técnica) e da consciência, tão necessárias à realização da compra pública sustentável, inovadora e ambiental e socialmente inclusiva, tornar-se-á necessário conhecer o direito administrativo europeu da contratação pública - todo ele e, em particular, caso o legislador nacional

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Diretiva nº 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação de contratos de concessão, da Diretiva nº 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos, que revoga a Diretiva nº 2004/18/CE, e da Diretiva nº 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, 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 nº 2004/17/CE.

não cumpra a sua obrigação de transposição, as normas das directivas/2014 que produzam efeito directo³, id est, normas que primam pela clareza, precisão e incondicionalidade, como é, por exemplo, o artigo 67.º da directiva 2014/24, relativo à adjudicação⁴.

Destarte, e trazendo à colação o considerando 89 da directiva 2014/24, o legislador nacional é convidado a usar linguagem fácil e objectiva de modo a que as disposições de transposição sejam apresentadas, «o mais possível» de «forma simples e racionalizada». E, deste modo, muito embora pudesse o legislador nacional empregar terminologia inovadora, é referido no mesmo considerando que o objectivo gizado pelo legislador europeu pode ser atingido através da conhecida expressão «proposta economicamente mais vantajosa». Já o comprador público, no entanto, é estimulado a entender este conceito com renovação, tendo em conta as estratégias talhadas para a compra pública, tanto a nível europeu como nacional. Assim não chega dizer que a proposta economicamente mais vantajosa é sinónimo daquela que a entidade adjudicante considera ser a melhor solução, numa perspectiva global, em termos económicos, de entre as apresentadas.

Devemos acrescentar algo mais: a fim de evitar qualquer confusão que possa existir entre o critério de adjudicação actualmente conhecido como «proposta economicamente mais vantajosa», acolhido nas Directivas Contratos Públicos/2004 e também presente na legislação dos Estados membros que procedeu à respectiva transposição, deve, de imediato, o legislador nacional associar a tal conceito a expressão «melhor relação-qualidade-preço»⁵. Por conseguinte, pode concluir-se da leitura do considerando 90 da directiva 2014/24 que se impõe ao legislador nacional estabelecer expressamente que a proposta economicamente mais vantajosa deve ser avaliada com base na melhor relação-qualidade-preço, e que deverá sempre incluir um elemento de preço ou custo-eficácia⁶. O artigo 67.º da directiva 2014/24 confirma esta ideia.

3 A propósito do panorama jurídico espanhol, e tendo em conta o cenário político vivido actualmente em Espanha, vd. J. M. GIMENO FELIU, «El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España», Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía e Competitividad titulado “la nueva regulación de la contratación pública: hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos”, gentilmente cedido pelo Autor.

4 Como vem reiterando o TJUE desde 1963 (sentença Van Gend en Loos de 5 de fevereiro de 1963), o direito europeu cria obrigações para os Estado e pode criar direitos para os particulares, que os mesmos podem invocar judicialmente. Assim acontece quando as disposições de uma directiva são, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas, podendo ser invocadas pelos particulares afectados pela falta de meios de execução da referida directiva, nos casos em que deveriam ter sido transpostas num prazo determinado».

5 É neste sentido que o legislador alemão vai: § 127 (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) – solução acolhida *ex vi* projecto de lei alemã sobre a modernização dos contratos públicos: «Zuschlag: (1) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden».

6 Também neste sentido vai o legislador italiano, vd. art. 90.º (Nuovo codice appalti e concessioni. Il testo della bozza 19 febbraio 2016): «(Criteri di aggiudicazione dell'appalto), (art. 67 dir. 24; lett. p), ff), gg), oo), ccc), ddd), fff), ggg) delega; artt. 81, 82, 83 d.lgs. 163/2006): 1. I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta (...). 2. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del

É certo que também fica claro da leitura dos considerandos que o legislador nacional pode estabelecer que a proposta economicamente mais vantajosa resulte da avaliação da proposta apenas com base no preço ou eficácia, em termos de custos, sendo certo que, nestes casos o legislador nacional pode impor que as autoridades adjudicantes devam definir normas de qualidade adequadas através das especificações técnicas ou das condições de execução dos contratos, sendo certo também que os Estados membros podem acolher soluções orientadas para a contratação pautada pela qualidade e, por conseguinte, podem autorizar as entidades adjudicantes a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa.

Enfim, uma coisa parece clara: a compra pública deve ser orientada para a qualidade, uma vez que este tal propósito está, com toda a certeza, em sintonia com a Estratégia Europa 2020. Aliás, porque as novas Diretivas europeias sobre contratos públicos, aprovadas em 2014, surgem no contexto da Estratégia Europa 2020 – COM (2010) 2020 – que aponta para uma economia europeia mais verde, mais inovadora e mais inclusiva do ponto de vista social, apostando na contratação pública como um instrumento de realização de políticas públicas ambientais, sociais e de fomento à inovação, este novo conceito de adjudicação deve atender sobretudo a parâmetros qualitativos, de modo a permitir que o comprador público possa contribuir para a protecção do ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, assegurando simultaneamente a obtenção da melhor relação-qualidade-preço para os seus contratos (considerando 91). Neste sentido, deve o legislador nacional garantir que a avaliação da melhor relação-qualidade-preço seja feita pela entidade adjudicante através da fixação de critérios de adjudicação económicos e qualitativos, ligados ao objecto do contrato⁷.

Por conseguinte, importa sublinhar que a adjudicação deve realizar-se com base em critérios objectivos (cujas ponderações relativas devem cumprir as obrigações de publicidade) e no respeito pelos princípios da transparência, de não discriminação e de igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objectiva do valor relativo de cada proposta, a fim de determinar, em condições de concorrência efectiva e leal, a proposta economicamente mais vantajosa. Estes critérios, que não deverão conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, deverão permitir uma avaliação comparativa do nível de desempenho de cada proposta à luz do específico objecto do contrato, tal como definido nas especificações técnicas. Assim, em suma, no contexto do que deva ser a apreciação da melhor proposta sob a perspectiva da relação-qualidade-preço, a directiva 2014/24 estabelece uma lista não exaustiva de possíveis critérios de adjudicação que incluem aspectos ambientais e sociais, a par dos critérios quantitativos⁸.

critério dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 91.».

7 Sobre a solução francesa, vd. o art. 52.º (Ordonnance n° 2015899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics): «I. Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution».

8 Seguindo muito de perto a directiva 2014/24, veja-se a solução do Reino Unido (UK, PUBLIC PROCUREMENT:

Enfim, o factor preço ou o aspecto custo continuam a ser relevantes absolutamente importantes na compra pública. Aliás, como se explica no considerando 92, o legislador nacional deve garantir que a entidade adjudicante possa potenciar uma compra pública de bens e serviços de elevada qualidade e que correspondam perfeitamente às suas necessidades, sendo certo que os contratos públicos devem assegurar uma utilização mais eficiente dos fundos públicos e, deste ponto de vista, devem ser instrumentos ao serviço da eficiência da despesa pública, procurando assegurar melhores resultados neste domínio, em termos de relação-qualidade-preço. Pois bem, não obstante promover a compra qualitativa, o legislador europeu não afasta o elemento custo dos critérios de proposta economicamente mais vantajosa. É neste sentido que entendemos o considerando 92: «a decisão de adjudicação do contrato não deverá assentar apenas em critérios diferentes dos custos» e é neste sentido que lemos a primeira parte e o último parágrafo do n.º 2 do art. 67.º da directiva 2014/24: *i)* «a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo (...); *ii)* «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». Em suma, e por outras palavras, os critérios qualitativos, quando previstos, devem ser sempre acompanhados de um critério de custos, podendo este traduzir-se, à escolha da entidade adjudicante, num (ou no) preço ou num custo-eficácia, o que pressupõe a consideração do cálculo dos custos do ciclo de vida (= CCCV) do produto, obra ou serviço.

Deste modo, impõe-se ao legislador nacional destacar factores ou critérios de densificação qualitativa da proposta, permitindo que a entidade adjudicante considere para a apreciação da proposta mais vantajosa, nomeadamente, os critérios de: *i)* «Qualidade», designadamente, valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, concepção para todos os utilizadores e características sociais, ambientais e inovadoras; *ii)* Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue possa afectar a qualidade da execução do mesmo; *iii)* Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, o processo de entrega e o prazo de entrega ou de execução. Por exemplo, passará, assim, a ser possível considerar se «os livros são impressos em papel reciclado ou em papel fabricado com madeira sustentável ou se foi promovida a integração social de pessoas desfavorecidas ou membros de grupos vulneráveis de entre as pessoas encarregadas de executar o contrato.

The Public Contracts Regulations 2015), «Contract award criteria: 67.— (1) Contracting authorities shall base the award of public contracts on the most economically advantageous tender assessed from the point of view of the contracting authority. (2) That tender shall be identified on the basis of the price or cost, using a cost-effectiveness approach, such as life-cycle costing in accordance with regulation 68, and may include the best price-quality ratio, which shall be assessed on the basis of criteria, such as qualitative, environmental and/or social aspects, linked to the subject-matter of the public contract in question. (3) Such criteria may comprise, for example — (a) quality, including technical merit, aesthetic and functional characteristics, accessibility, design for all users, social, environmental and innovative characteristics and trading and its conditions; (b) organisation, qualification and experience of staff assigned to performing the contract, where the quality of the staff assigned can have a significant impact on the level of performance of the contract; or (c) after-sales service and technical assistance, delivery conditions such as delivery date, delivery process and delivery period or period of completion.

Importa lembrar que para evitar as distorções à concorrência, torna-se necessário fixar na legislação nacional uma relação obrigatória entre a fixação de critérios qualitativos com o objecto do contrato em causa, sendo certo, pois, que é de aceitar à entidade adjudicante que estabeleça que, ainda que não façam parte da substância material das obras, bens ou serviços a fornecer ao abrigo desse contrato, tais aspectos qualitativos devem estar relacionados com o objecto do contrato, podendo considerar-se, designadamente como relacionados com o objecto do contrato os aspectos envolvidos no processo específico de produção, fornecimento ou negociação das obras, bens ou serviços, ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida.

Quanto ao conceito de CCCV, este inclui todos os custos ao longo do ciclo de vida de obras, serviços ou fornecimentos, correspondendo tanto aos custos internos e que respeitem à investigação, ao desenvolvimento, à produção, ao transporte, à utilização e à eliminação no respectivo fim de vida, como aos custos imputáveis às externalidades ambientais dos mesmos, os quais podem incluir, nomeadamente, o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas, bem como os custos da poluição causada pela extração de matérias primas utilizadas no produto ou causadas pelo próprio produto ou pelo seu fabrico, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário, ou, por outras palavras, desde que mesmos possam ser quantificados monetariamente e controlados.

Estes métodos que as entidades adjudicantes utilizam para avaliar os custos imputados às externalidades ambientais deverão ser estabelecidos previamente de forma objectiva e não discriminatória e ficar acessíveis a todas as partes interessadas, sendo certo que podem ser estabelecidos a nível nacional, regional ou local, mas deverão manter um carácter geral (no sentido de que deverão ser especificamente concebidos para um determinado contrato público), a fim de evitar distorções de concorrência que as metodologias específicas sempre potenciam⁹.

Por conseguinte, fica esta imposição ao legislador nacional de que o mesmo deva adoptar terminologia clara que esclareça que, excepto se a avaliação for efectuada apenas com base no preço, as autoridades adjudicantes possam determinar a proposta economicamente mais vantajosa e o preço mais baixo utilizando uma abordagem assente no CCCV – e isto sem prejuízo de o próprio legislador europeu reconhecer a dificuldade da fixação de metodologias comuns para o CCCV (considerando 96). Contudo, uma coisa temos por certa: no contexto europeu, este é um tema em estudo em relação ao qual se aguarda a qualquer momento novidades¹⁰, sendo certo que, no entretanto, a orientação deixada é no sentido de que a definição das metodologias comuns de cálculo do custo de ciclo de vida deva seguir, quanto possível, a legislação sectorial eu-

9 Como se refere n.º 2 do art. 68.º da directiva 2014/24, «caso as autoridades nacionais adjudicantes avaliem os custos com base numa abordagem assente no cálculo dos custos do ciclo de vida, devem incluir nos documentos do concurso os dados que os proponentes devem assegurar apresentar e a metodologia que a autoridade adjudicante utilizará para determinar os custos do ciclo de vida com base nesses dados».

10 Além disso, no quadro da União está a ser estudada a viabilidade de ser criada uma metodologia comum para o cálculo dos custos sociais do ciclo de vida, tendo em conta as metodologias existentes como as orientações para a análise, em termos sociais do ciclo de vida de produtos (*Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products*) adaptadas no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Ambiente).

ropeia¹¹ e o método fixado para os sectores dos veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes e para o sector do equipamento de escritório relativa ao programa de rotulagem em matéria de eficiência energética para equipamento de escritório). Aliás, ao nível da União, aguarda-se com expectativa o desenvolvimento de metodologias comuns para o cálculo dos custos do ciclo de vida de determinadas categorias de fornecimentos ou serviços, sendo certo que, sempre que sejam desenvolvidas metodologias comuns deste tipo, a sua utilização deverá ser considerada obrigatória¹².

2. A pretexto... desafiando o comprador público

Se é certo que muitos são os desafios que se apresentam (ainda) ao legislador nacional, que deve prever ferramentas claras e seguras de compras públicas, não é menos certo que muitos são também os desafios que se apresentarão sempre ao comprador público, quer o legislador tenha ou não cumprido a sua missão. E é certo que, mesmo que tudo corra bem e passe a existir a melhor legislação sobre contratação pública, isso não basta¹³. Ao comprador público impõe-se

11 O sistema legislativo da União já estabeleceu requisitos obrigatórios para a contratação pública tendentes a alcançar objectivos específicos nos sectores dos veículos de transporte rodoviário (Directiva 2009/33/CE do Parlamento e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes) e do equipamento de escritório (Regulamento n.º 106/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de janeiro de 2008, relativo ao programa Comunitário de Rotulagem em matéria de eficiência energética para equipamento de escritório).

12 Seguindo muito de perto a directiva 2014/24, veja-se a solução do Reino Unido (UK, PUBLIC PROCUREMENT: The Public Contracts Regulations 2015), «Life-cycle costing: 68.— (4) Where contracting authorities assess costs using a life-cycle costing approach, they shall indicate in the procurement documents — (a) the data to be provided by the tenderers, and; (b) the method which the contracting authority will use to determine the life-cycle costs on the basis of those data. (5) Whenever a common method for the calculation of life-cycle costs has been made mandatory by a legislative act of the EU, that common method shall be applied for the assessment of life-cycle costs.».

13 Do estudo de direito comparado realizado a propósito da transposição dos artigos 67.º e 68.º da directiva 2014/24 fica precisamente a conclusão de que a semelhança de regimes é total, pelo que, para a adjudicação, se propõe para a respectiva transposição um artigo muito semelhante ao previsto na Alemanha e na Dinamarca. Neste sentido, propõe-se um artigo com 5 números. No primeiro, poder-se-á acolher a seguinte redacção: «A adjudicação deve ser feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa tendo por base a melhor relação qualidade-preço. Para o efeito, a entidade adjudicante considera, para além do preço ou custo, aspectos qualitativos, ambientais ou sociais, directamente relacionados com o objecto do respectivo contrato público». No segundo *número*, impõe-se destacar aspectos ou critérios de densificação qualitativa da proposta: «Para a apreciação da proposta mais vantajosa, são considerados, nomeadamente, os critérios de: Qualidade, designadamente, valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, utilização e características sociais, ambientais e inovadoras; Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, quando a qualidade do pessoal empregado seja relevante para o nível de desempenho do contrato e possa afectar a qualidade da execução do mesmo, sendo de relevar no quadro do valor económico da proposta; serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, o processo de entrega e o prazo de entrega ou de execução. No número 3 do artigo, é obrigatório reforçar a relação obrigatória da fixação de critérios qualitativos com o objecto do contrato: «Ainda que não façam parte da substância material das obras, bens ou serviços a fornecer ao abrigo desse contrato, consideram-se relacionados com o objecto do contrato os aspectos envolvidos no processo específico de produção, fornecimento ou negociação das obras, bens ou serviços, ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida». No número 4, faz-se menção ao preço, enquanto critério único de adjudicação: «Quando as peças do procedimento definam todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, a proposta economicamente mais vantajosa pode ser determinada apenas com base no preço». No número 5, é forçoso fazer referência ao critério do custo: «O custo pode ser determinado utilizando uma abordagem custo-eficácia, procedendo a entidade adjudicante ao cálculo do custo de ciclo de vida da obra, bens ou serviços. Para o efeito, pode considerar os custos internos e externos, nomeadamente: Custos relacionados com a aquisição

sempre um trabalho difícil tendo em conta a malha jurídica e um trabalho continuado de aprendizagem (de informação, de formação, de aquisição de conhecimentos e de técnica). E ainda se impõe mais: a ecologização da sua atitude e a consciência ambiental e social na compra pública, tão necessárias à realização da compra pública inovadora, ambientalmente sustentável e socialmente inclusiva. Do ponto de vista social, o fomento da inserção de pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis, o recrutamento de desempregados de longa duração ou a implementação de acções de formação para desempregados de longa duração ou jovens recém-licenciados podem expressamente ser acolhidos pelo legislador e passar a ser considerados verdadeiramente pelo comparador público.

E, na verdade, a sustentabilidade ecológica da compra pública não é uma moda passageira. A compra pública verde é uma preocupação que vem já do passado, tem estado presente nos trabalhos da Comissão Europeia e tem sido evidenciada na jurisprudência europeia desde 1998 (no Acórdão Beentjes e, depois, por exemplo, no Acórdão Concordia), pelo que a crescente tendência de ecologização também deve abranger o comprador público e o seu mercado, por mais desafiadora que seja a sua tarefa¹⁴.

O comprador público é também agente da mudança, neste mercado. Cabe-lhe, aliás, promover um mercado inclusivo e ecológico. O comparador público com consciência faz inovar o mercado quando compra papel com fibra 100% reciclada, em vez de papel de cópia simples. E quando considera o CCCV dá sinal ao mercado que prefere uma compra hipocarbónica e qualitativa. E quando adjudica um serviço de limpeza com uso de produtos cuja componente química não ultrapassa certo nível de toxicidade revela ao mercado as preferências sustentáveis de consumo verde dos compradores públicos e deste modo impõe mudanças de estratégias no mercado, do ponto de vista da oferta.

Esta transição da compra burocrática («de como comprar») para a compra estratégica («o que comprar») coloca no centro do tema o momento da formação do contrato e especialmente: i) «a decisão de contratar» (ou «na decisão de não contratar»), ii) a escolha do procedimento pré-contratual, iii) a definição do objecto do contrato, iv) a elaboração das peças do procedimento (momento do programa, e respectivo critério de adjudicação, e do caderno de encargos) e a v) adjudicação.

Assim, por exemplo, o comprador público eficiente antes de comprar reavalia as necessidades, pondera a reciclagem e a reutilização, promove a troca de material de escritório entre os sectores da Administração Pública, avalia a vantagem da videoconferência em vez da deslocação

propriamente dita; Custos de utilização, tais como consumo de energia, de consumíveis e de outros recursos; Custos de manutenção e assistência técnica; Custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem; Custos imputados a externalidades ambientais, ligadas ao bem, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o respectivo valor monetário.

14 Sobre a complexidade do tema, recomenda-se a leitura de ANA RITA FRANCO DA SILVA CARNEIRO, «Contratação Pública Verde», e de CRISTINA PEREIRA «Critérios de adjudicação: o fim do critério do preço mais baixo», que são dissertações de Mestrado, apresentadas na Escola de Direito da Universidade do Minho, defendidas respectivamente em Setembro de 2015 e Fevereiro de 2016, gentilmente cedidas pelas autoras e disponíveis no Repositório Institucional da Universidade do Minho.

de agentes a cargo dos entes públicos, investe num centro de impressões em vez de pulverizar a aquisição de impressoras, aprecia a água da torneira em vez da água engarrafada.

E mais: o comprador público que realiza uma política horizontal e deseja ir ao encontro de uma estratégia amiga do ambiente no momento em que define o objecto do contrato promove a aquisição de transportes não poluentes e energeticamente eficientes e avalia o desempenho energético de um edifício público. Ao definir o objecto do contrato, o comprador público com consciência ecológica prefere a compra de papel reciclado, a gestão municipal de transporte de autocarros silenciosos ou o fornecimento de eletricidade através de uma fonte de energia renovável. O comprador público inovador entra em diálogo com o mercado para saber como conceber, produzir e comercializar um produto ou serviço inovadores, ou dialoga com o mercado para procurar saber qual o produto que tem melhor desempenho. E, por exemplo, adquire em conjunto, procedendo a compras de grupo.

E, por exemplo, com a ajuda da Comissão Europeia, o comprador público que adquire bens sente-se inspirado a avaliar o impacto ambiental das matérias utilizadas para o fabrico dos mesmos, ou a ter em conta o consumo de energia ou água na utilização desses produtos, por exemplo, a sua durabilidade. Na prestação de serviços, comprar bem do ponto de vista ambiental, significa ter em conta especiais conhecimentos técnicos e a qualificação do pessoal para executar o serviço¹⁵, ou os procedimentos de gestão para minimizar o impacto no ambiente ou a produção de resíduos.

Enfim, comprar ecológico pressupõe preparar com cuidado o caderno de encargos e as especificações técnicas e acolher nelas as normas técnicas ambientais, os termos de desempenho ou exigências funcionais, rótulos ecológicos ou permitir as variantes verdes. Precisamente ao elaborar as peças do procedimento, o comprador público é incentivado a preparar bem a adjudicação verde ou socialmente inclusiva, pois, no final do procedimento, a adjudicação deverá permitir a avaliação tendo por base a relação-qualidade-preço, sendo certo que, para o efeito, deve ser feita a fixação do melhor critério de avaliação, um que combine critérios económicos e qualitativos, ambientais e sociais e que permita a escolha da proposta economicamente mais vantajosa.

Pois bem, para o legislador ordinário aproxima-se a finalização do seu prazo para a transposição das directivas contratos públicos 2014. No dia 18.04 abre-se uma nova possibilidade, um novo cenário jurídico caracterizado pelo efeito directo das directivas. Os desafios mantêm-se para o legislador e intensificam-se para o comprador público. Talvez daqui a dez anos haja um Regulamento Europeu dos Contratos Públicos e antes de 2050 um Código Europeu da Contratação Pública e, quem sabe, tudo ficará menos desafiante.

¹⁵ Como se refere no considerando 94 da directiva 2014/24, tal pode ser o caso, por exemplo, dos contratos de serviços de natureza intelectual, como os de consultoria ou os serviços de arquitetura. Aliás, sempre que a entidade adjudicante lança mão deste factor de majoração na adjudicação, deve, depois, do ponto de vista das soluções contratuais, assegurar que o pessoal encarregado da execução do contrato cumpra efectivamente as normas de qualidade especificadas e só possa ser substituído com o consentimento do contraente público, que verificará se a substituição do pessoal proporciona um nível de qualidade equivalente.

O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública

NUNO CUNHA RODRIGUES¹

O Direito da contratação pública e o Direito da concorrência são, frequentemente, observados como ramos de direito distintos e sem conexão aparente.

Por um lado, a emergência tardia do Direito da concorrência que, acompanhando o Direito da economia, apenas se afirma verdadeiramente a partir do início do século XX, nos Estados Unidos da América, e, na União Europeia, a partir da aprovação do Tratado de Roma, e, por outro lado, os fundamentos económicos em que assenta, levaram a um afastamento entre estes ramos do direito.

Recentemente, tem-se assistido a uma evolução que torna obrigatório, para diversos operadores jurídicos, o conhecimento das duas disciplinas.²

Referimo-nos, especialmente, a aspectos procedimentais.

Como se sabe, a atuação das autoridades de concorrência nacionais (ACN-NCA) e europeias (Comissão Europeia) rege-se por princípios e regras de natureza administrativa relacionados, entre outras matérias, com o regime nacional³ e europeu⁴ de controlo prévio de concentrações⁵; o procedimento administrativo em caso de verificação de práticas anti-concorrenciais⁶ ou a obrigação de notificação prévia de auxílios de Estado.⁷

Relativamente ao Código dos Contratos Públicos, encontramos múltiplas áreas em que o Direito da contratação pública e o Direito da concorrência se cruzam.

Referimo-nos nomeadamente ao artigo 70.º, n.º 2, alínea g), que prevê a obrigatoriedade de ser comunicada à Autoridade da Concorrência a prática de um “preço anormalmente baixo” ou

1 Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente texto encontra-se igualmente publicado na Revista de Concorrência & Regulação, n.º 19, 2016.

2 V. o exemplo da recente obra colectiva *Contratação Pública e Concorrência* [TRABUCO e EIRÓ; 2013].

3 Cfr. os artigos 42.º a 57.º da Lei da Concorrência (LDC - Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

4 Cfr. Regulamento n.º 139/2004, de 20 de Janeiro, in JOUE L24/1, de 29 de janeiro de 2004.

5 A este propósito, v. [GONÇALVES, 2012: 245310] e [FREIRE, 2009: pp. 457].

6 Cfr., a nível europeu, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, in JO L 1 de 04.01.2003 e, a nível nacional, os artigos 22.º a 29.º da LdC.

7 Cfr. Regulamento n.º 794/2004 da Comissão, de 21 de Abril de 2004, relativo à aplicação do Regulamento (CE) n.º 659/1999, in JOUE L140/1.

à circunstância de cerca de 25% dos cartéis investigados por autoridades nacionais da concorrência terem origem em práticas anti-concorrenciais ocorridas no âmbito de concursos públicos ou de procedimentos pré-contratuais em que está em jogo a aplicação de dinheiros públicos.⁸⁹

Esta percepção levou o legislador europeu – e, de forma consequente e posterior, o nacional – a aproximar, aqui e além, o Direito da contratação pública ao Direito da concorrência, procurando prevenir a existência de práticas anti-concorrenciais.

Deve, no entanto, ter-se presente que a análise do Direito da contratação pública, sob qualquer prisma, pressupõe a diferenciação do (i) princípio da concorrência, dos objectivos subjacentes à (ii) defesa da concorrência e da aplicação do (iii) Direito da concorrência.

O princípio da concorrência, frequentemente sinalizado mas poucas vezes densificado¹⁰, distingue-se de outros princípios fundamentais na contratação pública como os princípios de igualdade de tratamento, de não discriminação e de transparência.¹¹

O TJUE aplicou, pela primeira vez, o princípio da concorrência no contexto da contratação pública, em 2001, no acórdão *Lombardini e Mantovani*¹², aí referindo, ainda que de forma sintética, a necessidade de os processos nacionais de concurso de empreitadas de obras públicas respeitarem todos os imperativos do direito comunitário, nomeadamente os princípios de livre concorrência, de igualdade de tratamento dos concorrentes e o dever de transparência.

Mais tarde, em 2004, o princípio de concorrência foi densificado pela advogada-geral Stix-Hackl que, nas conclusões apresentadas no acórdão *Sintesi*¹³, o destacou como um dos princípios fundamentais da legislação comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos.

Este princípio teria – e tem - diversas finalidades de protecção.

Podem extrair-se das conclusões da advogada-geral Stix-Hackl três funções essenciais a desempenhar pelo princípio de concorrência no contexto da contratação pública¹⁴:

8 [CLARKE e EVENETT, 2003: 77168] e [MORAIS e RODRIGUES, 2013b: 85116].

9 Por exemplo, no período que mediou entre 1972 e 1992, o Departamento de Justiça norte-americano proferiu 1.159 condenações das quais 625 – quase 54% referiam-se a fenómenos de colusão em contratos públicos. Referindo estes dados, [ANDERSON e KOVACIC, 2009: 76].

10 A este propósito, ainda que relativamente às anteriores diretivas sobre contratação pública, [MEDEIROS, 2008: 329] e [RAIMUNDO, 2013].

11 Assim, v. [RODRIGUES, 2012a: 181230].

12 V. acórdão *Lombardini e Mantovani*, proc. C285/99 e C286/99, de 27 de Novembro de 2001, Colectânea 2001, p. I9233, parágrafo 76.

13 Conclusões apresentadas em 1 de Julho de 2004 no acórdão *Sintesi*, proc. C-247/02, de 7 de Outubro de 2004, parágrafos 3440.

14 Como se refere nas mesmas conclusões, constituem manifestações concretas do princípio de concorrência os preceitos sobre o caderno de encargos, principalmente as especificações técnicas, os preceitos acerca da aptidão dos empreiteiros, bem como os relativos aos critérios de adjudicação (v. parágrafos 38 a 40).

Por outro lado, a fim de assegurar a concorrência, é necessário um padrão mínimo de transparência que se traduz numa série de obrigações em matéria de publicidade.

Também a obrigação da entidade adjudicante de fixar previamente os critérios de adjudicação e de os respeitar se destina a garantir a efetiva concorrência. Em contrapartida, em certos casos, é necessário, para assegurar a

- i) O princípio visa as relações entre as empresas, isto é, os concorrentes ou proponentes, pretendendo-se que exista entre estes uma concorrência paralela no que se refere ao pedido de fornecimento;
- ii) O princípio diz respeito à relação entre as entidades adjudicantes que devam ser qualificadas como empresas e as empresas, em particular ao comportamento de uma entidade adjudicante com uma posição dominante no mercado relativamente às empresas, ou ao de uma empresa em posição dominante no mercado para com a entidade adjudicante e à apreciação deste comportamento à luz do artigo 102.º do TFUE;
- iii) O princípio tem por objectivo proteger a concorrência do ponto de vista institucional.

Note-se que o princípio de concorrência na contratação pública não se confunde com a defesa da concorrência postulada no Direito Europeu.

Aquele princípio é, como acabámos de ver, mais abrangente, funcionando a defesa da concorrência – que o TFUE erige em objectivo da política da União – como um dos seus corolários.

A defesa da concorrência por via da contratação pública foi objecto das diretivas sobre contratação pública, aprovadas em fevereiro de 2014: diretiva 2014/23/UE (concessões); 2014/24/UE (vulgarmente designada por diretiva-clássica) e 2014/25/UE (sectores especiais).

As novas diretivas de 2014 visam essencialmente a simplificação e flexibilização das regras existentes em matéria de contratos públicos; criar incentivos à contratação pública transfronteiriça e à participação de pequenas e médias empresas e, por fim, estimular o desenvolvimento de políticas secundárias, horizontais ou públicas mediante a contratação pública.

Com esse objectivo, as diretivas retomam princípios gerais de Direito da União Europeia aplicáveis à contratação pública, tais como os de igualdade de tratamento, de não-discriminação e de proporcionalidade.

Pode dizer-se que as (novas) diretivas vão mais longe do que as anteriores, no que se refere à concretização e densificação do princípio de concorrência.

A ampliação do princípio de concorrência já tinha sido reconhecida no livro verde sobre a modernização da política de contratos públicos da União Europeia – “Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”¹⁵ no qual a Comissão Europeia reconhecia que o primeiro objectivo da modernização do regime jurídico da contratação pública consistia em aumentar a eficiência da despesa pública, incluindo a procura dos melhores resultados possíveis

concorrência, que certas informações referentes a uma das empresas não sejam divulgadas a outras. Assume ainda relevância em matéria de concorrência a participação num processo de adjudicação das empresas que tenham tomado parte na fase de preparação desse processo.

15 Bruxelas, 27.1.2011 COM (2011) 15 final.

em termos de contratação (melhor relação qualidade-preço) e que, para alcançar este objectivo, seria vital conseguir a maior concorrência possível no que respeita aos contratos públicos adjudicados no mercado interno, devendo ser dada aos proponentes a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições e, igualmente, evitadas as distorções da concorrência causadas pela contratação pública.

Ao longo de todas as referidas diretivas é reforçada a preocupação do legislador comunitário com a aplicação do princípio de concorrência, entendido não apenas de forma estrita, segundo a qual se procura assegurar a convocação do maior número possível de concorrentes, em condições de igualdade, ao procedimento pré-contratual, mas igualmente como necessidade de as entidades adjudicantes prevenirem a eventual distorção da concorrência causada pela contratação pública.

Nesta última dimensão, está em causa o chamado poder de aquisição do Estado (buyer power) que decorre da circunstância de este adquirir frequentemente quantidades inusitadas de bens e serviços – podendo, no limite, dar lugar a situações de monopólio – o que pode permitir à entidade adjudicante, por via das aquisições em causa, moldar ou, no limite, distorcer os mercados relevantes em que atuam os respetivos fornecedores.

Num momento em que se reforça o papel das centrais de compras na contratação pública, este poder das entidades adjudicantes deve ser observado por forma a evitar situações de excessiva concentração como é, aliás, assinalado no parágrafo 29 da Diretiva 2014/24/UE.¹⁶

Os artigos 18.º da Diretiva 2014/24/UE e 36.º da Diretiva 2014/25/UE referem, justamente, a propósito dos princípios gerais de contratação pública que os concursos não podem ser organizados de forma a reduzir artificialmente a concorrência.¹⁷

Em sentido idêntico, o artigo 24.º da Diretiva 2014/24/UE estabelece que os Estados-Membros devem assegurar “(...) que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos.”

De forma semelhante, o artigo 67.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24/UE prevê, a propósito dos critérios de adjudicação, que estes, não podendo ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, devem assegurar a possibilidade de concorrência efetiva.

Em todos os casos, as disposições são especialmente dirigidas à entidade adjudicante.

16 No qual se afirma o seguinte: “(...) a agregação e a centralização das aquisições deverão ser atentamente acompanhadas para evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio e para preservar a transparência e a concorrência, bem como as oportunidades de acesso ao mercado para as PME.”

17 Os artigos citados dispõem da seguinte forma: “(...) Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.”

Repare-se que não está em causa a necessidade de convocar o maior número possível de concorrentes para o procedimento pré-contratual – desiderato ao qual o princípio da concorrência é vulgarmente associado¹⁸ em termos equivalentes aos reconhecidos no passado no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho¹⁹ – mas especialmente o objectivo de o Estado, através da aquisição de bens e serviços, não dever contribuir para distorcer a concorrência, o que poderia suceder face, nomeadamente, ao tipo ou à quantidade de bens e serviços a adquirir.

A afirmação de uma nova perspectiva do princípio da concorrência traduz-se, por exemplo, na possibilidade de a aquisição de bens e serviços ser qualificada como um auxílio de Estado, nomeadamente quando se infere que o procedimento aquisitivo não conferiu à entidade adjudicante qualquer vantagem económica, isto é, qualquer vantagem que o contratante não teria recebido em condições normais de mercado ou se não estiver em causa uma transação comercial normal.²⁰

Pode discutir-se, neste contexto, de que forma e quais os mecanismos de que as entidades adjudicantes dispõem para evitar a distorção da concorrência.

Aqui, sempre se dirá, em primeiro lugar, que a entidade adjudicante pode proceder à triagem de (eventuais) práticas anti-concorrenciais.

Esta possibilidade encontra-se prevista, em Portugal, no Código dos Contratos Públicos – que prevê, no artigo 70.º, n.º 2, alínea g), a exclusão de propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência – assim devendo persistir no futuro uma vez que o artigo 57.º, n.º 4, alínea d) da Diretiva 2014/24/UE prevê que “as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação (...) se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência.”²¹

Por outro lado, nos casos em que exista uma operação de concentração de empresas resul-

18 Neste sentido, v. *inter alia* o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Português, de 3 de abril de 2002 (proc. 277/02), disponível em www.dgsi.pt, no qual o STA considerou que “o princípio da concorrência postula a consideração dos concorrentes a determinado concurso como opositores uns dos outros, por forma a que compitam entre si e sejam avaliados, bem como as respectivas propostas, sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis.”

19 Que dispunha da seguinte forma: “artigo 10.º - Princípio da concorrência
Na formação dos contratos deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, e em cada procedimento deve ser consultado o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.”

20 É o que se passa, *verbi gratia*, quando a quantidade contratada não está relacionada com as necessidades da entidade adjudicante (v.g. porque são superiores, como sucedeu no acórdão BAI do TGUE, proc. T-14/96, de 28.01.1999) ou quando os termos do contrato são excessivamente favoráveis ao fornecedor.

21 Descrevendo práticas anti-concorrenciais tradicionalmente verificadas na contratação pública, v. [MORAIS e RODRIGUES, 2013b, 108112] e o documento da Autoridade da Concorrência disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx (acesso em Novembro de 2014).

tante de um procedimento para a formação de um contrato público – como sucede, por exemplo, com a adjudicação de concessões que envolvem ativos já existentes, a entidade adjudicante deve regular, no programa do procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração consagrado.²²

A distorção da concorrência pode ainda ser acautelada por meio do apelo, pelas entidades adjudicantes, a noções jus-concorrenciais típicas – tal como a noção de mercado relevante – nomeadamente no contexto da interpretação do conceito de prestações do mesmo tipo previsto no CCP (cfr. artigo 22.º, n.º 1) ou, noutro cenário, quando legalmente vinculadas a tal obrigação.²³

Mas o princípio de concorrência tem, agora, outros campos férteis de aplicação.

Com efeito, face a dificuldades de aplicação do Direito da concorrência ao Estado, em resultado da jurisprudência FENIN e SELEX do TJUE, a gradual afirmação do princípio de concorrência que resulta quer da jurisprudência do TJUE quer das (novas) diretivas pode ajudar a reduzir o afastamento entre a aplicação do Direito da concorrência e o Direito da contratação pública, determinando que o Estado procure assegurar, através da contratação pública, a defesa da concorrência efetiva, evitando práticas abusivas realizadas quer por concorrentes, quer pelo Estado (ainda que o Estado possa, em algumas situações, não estar sujeito à aplicação do Direito da concorrência).²⁴

Por fim, o papel das autoridades nacionais da concorrência pode ser pedagógico como forma de prevenir eventuais formas de distorção da concorrência por parte das entidades adjudicantes.

Veja-se, a este propósito, o recente exemplo verificado em Portugal.

A Autoridade da Concorrência pronunciou-se no contexto da audição pública promovida pela ESPAP relativa à contratação pública de comunicações móveis.

O documento em referência²⁵ retoma um outro, emitido pela mesma Autoridade da Con-

22 Assim, cfr. artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência Portuguesa):

“2 - As operações de concentração abrangidas pela presente lei devem ser notificadas à Autoridade da Concorrência (...) no caso de uma operação de concentração que resulte de procedimento para a formação de contrato público, após a adjudicação definitiva e antes de realizada.

3 — Nos casos a que se refere a parte final do número anterior, a entidade adjudicante regulará, no programa do procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração consagrado na presente lei.”

A este propósito, v. [RODRIGUES, 2012b: 47 68].

23 V., a este propósito, o artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE (sectores especiais) que determina regras relativas ao apuramento das atividades diretamente expostas à concorrência, o qual é feito com base na noção de mercado relevante rigorosamente idêntica à noção operativa no Direito da concorrência.

24 Sobre a jurisprudência FENIN e SELEX e as questões relativamente à (não) aplicação do Direito da concorrência ao Estado enquanto adquirente de bens e serviços, v. [RODRIGUES, 2013: 395430].

25 O documento está disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Documents/ESPAP_Contrata%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%20de%20servi%C3%A7os%20de%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20de%20voz%20e%20dados.pdf (acesso em novembro de 2014)

corrência, em 2004, a recomendação 1/2004²⁶, relativa à aquisição de serviços de comunicações pela Administração Central do Estado.

Nesse ano – 2004 – a Autoridade da Concorrência tinha reconhecido, no contexto do sector das comunicações electrónicas, que o “Estado pode contribuir para estruturar o mercado, através da legislação para aquisição de bens e serviços, e para promover a concorrência no sector das comunicações, fator crucial para aumentar a eficiência económica e melhorar a competitividade da economia nacional.”

Neste sector – comunicações electrónicas – verificou-se, entretanto, uma alteração genérica do paradigma dos produtos oferecidos que, em 2014 e em alguns casos, privilegia a venda agregada de serviços (bundling), designadamente em triple-play e quadrupleplay, em detrimento da oferta isolada (stand-alone).

Sabendo-se que, normalmente, apenas as grandes empresas de comunicações electrónicas estão em condições de disponibilizar ofertas agregadas, pode ficar prejudicado o acesso de pequenas e médias empresas à possibilidade de oferecerem estes serviços ao Estado.

Colocouse, conseqüentemente, a dúvida de saber se, em 2014, o Estado deve adquirir serviços de comunicações electrónicas de forma agregada ou se, pelo contrário, deve privilegiar ofertas em stand-alone.

Neste contexto, foi entendido pela Autoridade da Concorrência que, face à necessidade de promover o acesso a PME`s e a empresas em fase de arranque (como é, aliás, reconhecido no considerando 78 da Diretiva 2014/24UE), a solução de ofertas unificadas ou agregadas deve “ser sujeita a uma avaliação de indispensabilidade e proporcionalidade para a prossecução do interesse público e o aproveitamento de economias” recomendando-se, a final, que a aquisição de serviços de comunicações pelo Estado seja desagregada por lotes, de forma a maximizar o número de concorrentes (ex.: telefonia fixa, internet, transmissão de dados).

Observe-se que a Autoridade da Concorrência ressaltou que a eventual aquisição de ofertas agregadas – a introdução de um lote unificado de comunicações fixas e móveis – deve ser precedida de um estudo que permita avaliar, concreta e fundamentadamente, as vantagens e desvantagens em causa, em consideração das preocupações concorrenciais subjacentes, o que faz sobressair a atenção ao princípio de concorrência que a entidade adjudicante deve ter face, nomeadamente, à relevância e impacto que a aquisição de bens e serviços pode causar no funcionamento concorrencial dos mercados.

É a partir do potencial impacto causado nos mercados pelas compras públicas que se pode inferir um sub-princípio que deve vincular as entidades adjudicantes: o princípio de neutralidade concorrencial da intervenção pública nos mercados.

26 http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Anexos-Recomendacoes/05_recomendacao1-2004.pdf (acesso em novembro de 2014)

Este sub-princípio (inserido no princípio de concorrência) reflete-se, nomeadamente, no desenho do procedimento (v.g. a propósito das quantidades a adquirir); nas especificações técnicas; nos critérios de adjudicação ou até na necessidade de acautelar a possibilidade de proceder à divisão em lotes como forma de estimular o acesso das PME`s à contratação pública, em linha com os objectivos das novas diretivas.

Em síntese, pode afirmar-se que existe uma nova conceptualização do princípio de concorrência que se encontra presente nas novas diretivas sobre contratação pública aprovadas em 2014.

É legítimo assim concluir que o princípio de concorrência, reconhecido no Direito da contratação pública, tem-se afirmado de forma dinâmica, no curso dos últimos anos, evoluindo de uma perspectiva que, decorrente do princípio da transparência e da igualdade de tratamento, visava, no passado, convocar o maior número possível de opositores ao procedimento pré-contratual, para uma densificação superior que, no presente, assegura igualmente a necessidade de a entidade adjudicante acautelar a eventual distorção da concorrência causada pelo procedimento aquisitivo.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ANDERSON, Robert D. e KOVACIC, William E., Competition policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets, in *Public Procurement Law Review (PPLR)*, n.º 18 (2), 2009, pp. 67101

CLARKE, Julian e EVENETT, Simon J., A multilateral framework for competition policy?, State Secretariat of Economic Affairs e Simon J. Evenett (eds.), *The Singapore Issues and The World Trading System: the Road to Cancun and Beyond*, capítulo II, Berna, 2003, pp. 77168

FREIRE, Paula Vaz, Direito Administrativo da Concorrência, in Paulo Otero e Pedro Costa Gonçalves (org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial, I*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 457 e segs.

GONÇALVES, Pedro Costa, Controlo administrativo de concentrações, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n.ºs 7 e 8, 2012, pp. 245310

MEDEIROS, Rui, Âmbito do novo regime de contratação pública à luz do princípio da concorrência, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Maio/Junho 2008, pp. 329

MORAIS, Luís e RODRIGUES, Nuno Cunha, Contratação pública e práticas anticoncorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia: em especial acordos entre empresas, in Cláudia Trabuco e Vera Eiró (org.), *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2013b, pp. 86116

RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público, AAFDL, Lisboa, 2013

RODRIGUES, Nuno Cunha, A nulidade de contratos públicos à luz do direito da concorrência, in *Estudos de Contratação Pública*, volume IV, CEDIPRE, Coimbra, 2012, pp. 181230

RODRIGUES, Nuno Cunha, A adjudicação de concessões na nova lei da concorrência, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, 2012b, pp. 47 a 68

RODRIGUES, Nuno Cunha, A contratação pública como instrumento de política económica, Almedina, Coimbra, 2013

TRABUCO, Cláudia e EIRÓ, Vera (org.), *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2013

O acesso das Pequenas e Médias Empresas ao mercado dos contratos públicos: algumas soluções

ISABEL CELESTE M. FONSECA¹

NUNO MIGUEL MOTA²

Sumário: 0. Introdução. I. Contexto. II. A pretexto: algumas soluções. III. Notas finais.

0. Introdução

O mais recente pacote de diretivas comunitárias de contratação pública fez-se acompanhar de novas soluções e estratégias para a formação (e execução) dos contratos públicos³. A facilitação do acesso das Pequenas e Médias Empresas aos procedimentos contratuais é uma matéria amplamente referida nos novos diplomas, mormente na parte dos considerandos, onde se reconhece a necessidade de a legislação nacional adotar soluções para o problema da insuficiente participação destes operadores económicos nos procedimentos adjudicatórios. A pretexto da transposição das novas diretivas comunitárias para o ordenamento jurídico português, oferecemos um singelo contributo sobre o tema em apreço, dando notícia das novidades consagradas e ensaiando algumas (breves) reflexões sobre a participação das Pequenas e Médias Empresas nos procedimentos de contratação pública⁴.

1 Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

2 Jurista e Mestrando da Escola de Direito da Universidade do Minho.

3 Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de 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; 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.

4 A noção de PME adotada no presente trabalho é aquela que consta na Recomendação 2003/361/CE, da Comissão, de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas e que foi acolhida pelo DL 372/2007, de 6 de novembro. Segundo essa noção, a categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros. Dentro da categoria das PME, uma pequena empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros. Uma micro empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros.

I. Contexto

0. O acesso das Pequenas e Médias Empresas (doravante PME) aos procedimentos de contratação pública não é preocupação recente, sendo o assunto abordado diversas vezes pelas instituições comunitárias e pelas nacionais. Com efeito, no quadro europeu, a relevância do tema conduziu à elaboração de um *Código Europeu de Boas Práticas* para facilitar o acesso das PME aos Contratos Públicos, onde se concluiu ser necessário as entidades adjudicantes definirem «uma abordagem mais favorável às PME», em ordem a potenciar a participação destes operadores económicos nos procedimentos adjudicatórios⁵. No mesmo sentido, o Livro Verde sobre a modernização da política dos contratos públicos da UE alertou para a necessidade de se facilitar o acesso das PME e de se tornar o mercado dos contratos públicos mais competitivo e transparente⁶. Por seu turno, a estratégia «Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo»⁷ aponta para a necessidade de se «melhorar o ambiente empresarial, nomeadamente para as PME inovadoras, em especial através de contratos públicos para apoiar os incentivos à inovação».

Pois bem, as instituições europeias têm vindo a demonstrar muita preocupação pelo insuficiente envolvimento das PME nos procedimentos de contratação pública, propondo medidas que potenciem um acesso mais amplo. Importa contudo evidenciar, com maior detalhe, a pertinência dessa preocupação, aferindo da importância das PME para o mercado dos contratos públicos e, em última análise, para o desenvolvimento e consolidação do mercado interno da União.

1. A adjudicação dos contratos públicos tem atingido valores próximos dos 20% do PIB da UE, o que torna este setor imprescindível para o desenvolvimento do mercado comum. Segundo um estudo elaborado para a Comissão Europeia existem aproximadamente 20.8 milhões de PME registadas na UE⁸, sendo certo que as PME representam 99,8% do total de empresas e contribuem para mais de metade do PIB comunitário, sendo são responsáveis por dois em cada três empregos no setor privado⁹.

5 Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME. Disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_pt.pdf Acesso em: 12 de março de 2016.

6 Livro Verde sobre a modernização da política dos contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa. Disponível em http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Documentacao/Livro_Verde_COM-2011-15_final-PRINCIPAL_1289703_1-.PDF Acesso em: 12 de março de 2016.

7 Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:pt:PDF> Acesso em: 12 de março de 2016.

8 *SME's Access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU, A study commissioned by the the European Commission*, DG Internal Markets and Services. February 2014. Disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/smes-access-and-aggregation-of-demand_en.pdf Acesso em: 12 de março de 2016.

9 Segundo o INE, em Portugal, no ano de 2010, o tecido empresarial era composto por 1.168.964 empresas, das quais 99,9% eram micro, pequenas e médias empresas. Em síntese, o mercado nacional e comunitário é

Não surpreende, portanto, que sejam consideradas a «espinha dorsal» da economia europeia, uma vez que o potencial destas empresas, enquanto motores do crescimento económico, da competitividade, da inovação e do emprego, é indispensável para o sucesso do mercado comum, estando pacificamente reconhecido que o contributo para a melhoria do ambiente empresarial destes operadores passa (também) pelo mercado dos contratos públicos, nomeadamente pela melhoria das condições de acesso a esse mercado.

Ora, no que concerne à participação das PME no mercado dos contratos públicos, o mencionado estudo mostrou que, entre os anos de 2009 e 2011, cerca de 56% dos contratos de valor superior ao limiar comunitário foram adjudicados a PME (correspondendo 18% a micro empresas, 21% a pequenas empresas e 17% a médias empresas). Todavia, embora as PME, no seu conjunto, obtenham mais de metade dos contratos adjudicados, o valor agregado estimou-se somente em 29% (4% para micro empresas, 9% para pequenas empresas e 15% para médias empresas)¹⁰, sendo certo que as grandes empresas alcançaram 71% do valor agregado dos contratos.

Face ao exposto, parece razoável admitir que a presença das PME no mercado dos contratos públicos não é proporcional à dimensão que estes operadores económicos ocupam no mercado em geral, o que sugere que há margem para melhorias, em especial no mercado comunitário. Na verdade, também a Comissão Europeia está consciente do problema e, por essa razão, tem apresentado medidas para facilitar o acesso das PME ao mercado dos contratos públicos, vincando a importância de se prestar especial atenção a estes operadores económicos.

2. Na esteira das soluções propostas, foi apresentado em 2008 o Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos Contratos Públicos, com o intuito de fornecer às entidades adjudicantes um conjunto de orientações sobre o modo de aplicação do quadro jurídico comunitário, em ordem a potenciar a participação das PME no mercado dos contratos públicos. Atentas as participações das partes consultadas para a elaboração do documento, os problemas no acesso das PME aos procedimentos de contratação pública resultam dos seguintes aspetos: *i*) dificuldades no acesso à informação; *ii*) desconhecimento dos procedimentos de adjudicação; *iii*) encargos administrativos excessivos; *iv*) a grande dimensão dos contratos; *v*) prazos insuficientes para elaborar as propostas; *vi*) o custo da elaboração das propostas; *vii*) exigências desproporcionadas em matéria de qualificação e certificação; *viii*) exigências excessivas em matéria de garantias financeiras, *ix*) a discriminação de proponentes estrangeiros e o favorecimento de empresas locais ou nacionais; *x*) A identificação de parceiros para colaboração noutros países; *xi*) os atrasos nos pagamentos.

composto essencialmente por pequenas e médias empresas, o que demonstra a importância que estes operadores têm para o desenvolvimento económico e social. Estudo disponível em https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=143261404&att_display=n&att_download=y Acesso em: 12 de março de 2016.

¹⁰ No que diz respeito ao mercado nacional dos contratos públicos, o mais recente relatório sobre contratação elaborado pelo InCI I.P. (atual IMPIC, I.P.) dá-nos conta que 65,4% do valor agregado dos contratos foi adjudicado a PME e 34,6% a grandes empresas. In: *Contratação Pública em Portugal 2013*. http://www.inci.pt/Portugues/inci/EstudosRelatoriosSectoriais/EstudosRelatorios%20Sectoriais/Rel_Anual_Contratos_Publicos_2013.pdf Acesso em: 12 de março de 2016.

3. Em face das dificuldades identificadas, da insuficiente participação das PME no mercado dos contratos públicos e da importância destes operadores para a construção do mercado comum, tudo indica que há, efetivamente, necessidade de introduzir mecanismos que minimizem os obstáculos à participação destas empresas. Todavia, deve ter-se em linha de conta que a introdução de medidas que facilitem a participação das PME nos procedimentos de contratação pública terá de ajustar-se à moldura *principlológica* que preside à formação dos contratos públicos, nomeadamente ao respeito pelos princípios da concorrência, do tratamento igualitário e da não discriminação. Nesse sentido, parece-nos que o legislador não deverá criar um quadro de participação *mais fácil* para as PME do que para os demais operadores, sob pena de se colocar em crise os aludidos princípios. Em consequência, julgamos que a solução deverá passar, num primeiro momento, pelo estabelecimento de um quadro de acesso mais favorável para todos os operadores económicos e, depois, pelo incentivo à adoção de práticas contratuais mais benéficas para as PME, tendo em conta as suas características distintivas, utilizando-se, para o efeito, as ferramentas legais já consagradas, sem prejuízo de outras que futuramente advenham. Exige-se, de qualquer modo, criatividade e habilidade jurídicas na elaboração das normas que disciplinam o acesso aos procedimentos contratuais bem como o incentivo à alteração do paradigma contratual que vigora na generalidade das entidades adjudicantes.

4. A redação das novas diretivas comunitárias de contratação pública não se alheou destes constrangimentos e não deixou de tratar o problema do acesso das PME com acentuado desenvolvimento. O conjunto dos principais tópicos para melhorar o acesso das PME ao mercado os contratos públicos inclui os seguintes pontos: *i*) necessidade de rever e modernizar as diretivas de 2004 a fim de aumentar a eficiência nos gastos públicos, em particular facilitando a participação das PME na contratação pública (considerando 2.º da Diretiva 2014/24/UE e 4.º da Diretiva 2014/25/UE); *ii*) incentivo à aplicação do «Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos» por parte das entidades adjudicantes (considerando 78.º da Diretiva 2014/24/UE e 87.º da Diretiva 2014/25/UE); *iii*) necessidade de diminuir os requisitos de capacidade financeira e económica que constituam um injustificado obstáculo à participação das PME nos contratos públicos (considerando 83.º da Diretiva 2014/24/UE e 92.º da Diretiva 2014/25/UE); *iv*) necessidade de diminuir a carga administrativa, a qual é considerada muitas vezes um obstáculo à participação das PME (considerando 84.º da Diretiva 2014/24/UE e 120.º da Diretiva 2014/25/UE); *v*) encurtamento dos prazos de modo que não criem obstáculos indevidos aos operadores e, em especial, às PME (considerando 80.º da Diretiva 2014/24/UE e 89.º da Diretiva 2014/25/UE); *vi*) assegurar a quota-parte das PME no valor total dos contratos adjudicados (considerando 124.º da Diretiva 2014/24/UE e 130.º da Diretiva 2014/25/UE).

II. A pretexto: algumas soluções

0. Numa perspetiva geral, depreende-se do teor das diretivas comunitárias de contratação pública, uma vontade de melhorar a participação das PME nos procedimentos adjudicatórios. A motivação resulta, desde logo, pelo potencial económico que estes operadores representam mas também pela necessidade de se dinamizar o mercado dos contratos públicos, incrementando a eficiência, a concorrência, a transparência e a competitividade. Parece-nos importante a relação que as diretivas estabelecem entre a participação das PME no mercado dos contratos públicos e a melhoria da eficiência na despesa pública¹¹. Efetivamente, a lógica da economicidade, ou seja, a procura da melhor alocação dos recursos públicos (*best value for money*) é um dos objetivos fundamentais da contratação pública¹². Nesse sentido, estamos em crer que a ampla participação das PME no mercado dos contratos públicos contribuirá para esse desígnio.

Em síntese, as propostas formuladas nas novas diretivas procuram incentivar as entidades adjudicantes a aplicarem o quadro jurídico comunitário, em ordem a reforçar a participação das PME e introduzir mecanismos legais que favoreçam essa participação. Vejamos, com mais detalhe, as novidades introduzidas.

1. Começamos pelo incentivo à utilização Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos. Dentro do quadro das medidas de incentivo cumpre referir, desde logo, o encorajamento à aplicação do Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos¹³. Em abono da verdade, não é de inteiro rigor apresentar o incentivo à utilização do código de boas práticas como uma «novidade», tanto mais quanto, por um lado, se trata de um diploma que não é recente (2008) e, por outro, porque a Comissão Europeia sempre recomendou a sua utilização às entidades adjudicantes.

Todavia, reconhecemos que o código ganha uma importância acrescida, agora que as diretivas comunitárias de contratação pública incentivam expressamente a sua utilização. Como é sabido, o código de boas práticas visa auxiliar as entidades adjudicantes na elaboração de planos de ação para facilitar o acesso das PME aos procedimentos de contratação pública, apresentando soluções possíveis para ultrapassar os constrangimentos assinalados pelas PME e elencando um conjunto de boas práticas adotadas em diversos Estados-Membros que podem contribuir para ultrapassar as dificuldades sentidas.

De facto, as soluções consagradas no código são um interessante contributo para as entida-

11 Referimo-nos aos considerandos 2.º da Diretiva 2014/24/EU e 4.º da Diretiva 2014/25/EU.

12 A esse propósito, escreve PEDRO COSTA GONÇALVES (*Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 128): «para uns Autores, a regulação da contratação cumpre o objetivo precípua da economicidade, e, portanto, da procura do *Best Value for Money*, mediante a busca da melhor proposta com o menor custo e gasto de recursos; para outros, o sentido primário dessa regulação reside na exigência, que se deve reclamar dos poderes públicos, de conceder às empresas um direito à igualdade de oportunidades ao “mercado dos contratos públicos, bem como à igualdade de tratamento no âmbito do procedimento de contratação».

13 Vide considerando 78.º da Diretiva 2014/24/UE e considerando 87.º da Diretiva 2014/25/EU.

des adjudicantes aplicarem o quadro jurídico comunitário da forma mais adequada a facilitar o acesso destes operadores económicos. De igual modo, os exemplos de boas práticas adotadas em diversos Estados-Membros demonstram a possibilidade de se facilitar o acesso das PME aos procedimentos adjudicatórios através dos instrumentos legais já existentes.

Contudo, enquanto instrumento de *soft law* comunitária, o código europeu de boas práticas não estabelece vinculações jurídicas estritas. Pretende, somente, que os seus destinatários adotem as recomendações nele contempladas. Em consequência, e ainda que se reconheça o mérito das soluções propostas, o sucesso dependerá da efetiva vontade das entidades adjudicantes aderirem às soluções preconizadas neste diploma.

2. Atente-se agora ao tema da dimensão dos contratos. Como ficou reconhecido, o valor elevado dos contratos é, tradicionalmente, um dos obstáculos maiores à participação das PME nos procedimentos de contratação pública, porque, não raras vezes, estes operadores económicos não têm capacidade para apresentar propostas que garantam o cumprimento da totalidade do contrato. Assim, no sentido de se adaptar a celebração dos contratos públicos às necessidades das PME, as entidades adjudicantes são incentivadas a dividir em lotes os contratos de maior valor¹⁴. Nestes termos, a divisão poderá estabelecer-se numa base meramente quantitativa ou, em certos casos, numa base qualitativa, ou seja, tendo em conta os diferentes setores comerciais e especializações envolvidos no objeto contratual.

A novidade mais relevante nesta matéria reside no dever de as entidades adjudicantes fundamentarem a decisão de não dividir o contrato em lotes, no caso das aquisições abrangidas pela Diretiva 2014/24/UE (cfr. n.º 1, do art.º 46.º). Com efeito, o regime anterior estatuiu regra diversa, ou seja, as entidades adjudicantes tinham o dever de fundamentar a divisão do contrato em lotes (cfr. art.º 9.º da Diretiva 2004/18/UE).

Ainda assim, a autonomia das entidades adjudicantes na decisão da divisão em lotes mantém-se muito ampla, reservando-se-lhes o direito de não procederem à subdivisão se entenderem que é suscetível de restringir a concorrência, ser muito onerosa ou tecnicamente difícil. Todavia, deve notar-se que as diretivas comunitárias dão liberdade aos Estados-Membros para ir mais além, podendo, em certas situações, tornar-se efetivamente obrigatória a divisão em lotes¹⁵. Adicionalmente, admite-se a possibilidade das autoridades adjudicantes limitarem o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a um proponente (n.º 2, do art.º 46.º, da Diretiva 2014/24/EU e n.º 2, do art.º 65.º, da Diretiva 2014/25/UE.).

Em síntese, parece-nos que a subdivisão quantitativa de um contrato em lotes, contanto que seja viável à natureza da empreitada, do fornecimento ou do serviço que a entidade adjudicante pretende obter, é um importante instrumento para facilitar o acesso das PME aos procedimen-

14 Vd. considerando 78.º da Diretiva 2014/24/UE e 87.º da Diretiva 2014/25/UE.

15 Vd. considerando 78.º da Diretiva 2014/24/EU e 87.º da Diretiva 2014/25/UE.

tos de contratação pública, revelando-se também como instrumento de fomento dos níveis de concorrência.

3. Vejamos agora o assunto relativo aos requisitos de capacidade económica e financeira. Sabemos que, em ordem a garantir a adequada execução de um contrato público, as entidades adjudicantes estão legitimadas a estabelecer requisitos económicos e financeiros aos operadores económicos, contanto que sejam adequados e proporcionais ao objeto do contrato. Tradicionalmente, o legislador tem reservado ao espaço de discricionariedade da entidade adjudicante a liberdade para fixar os requisitos necessários.

Porém, o novo pacote de diretivas comunitárias trouxe novidades a este respeito. Com efeito, a redação do n.º 3, do art.º 58.º, da diretiva 2014/24/UE, passa a determinar que «o volume de negócios anual mínimo que é exigido aos operadores económicos não pode exceder o dobro do valor estimado do contrato, salvo em casos devidamente justificados como os que se prendem com os riscos especiais associados à natureza das obras, serviços ou fornecimentos»¹⁶. Neste sentido, parece claro que esta norma procura, de forma objetiva, limitar a utilização abusiva dos requisitos económicos e financeiros exigidos às empresas, fixando limites máximos de qualificação que só poderão ser ultrapassados em casos «devidamente justificados» que tenham a ver com situações de «riscos especiais».

De facto, não merece a nossa discordância a solução adotada pelo legislador europeu, designadamente pelas seguintes razões: por um lado, porque não retirou a possibilidade das entidades adjudicantes fixarem requisitos económicos e financeiros; por outro, porque introduziu um limite que se justificava e que há muito os operadores económicos reclamavam, em especial as PME. Na verdade, os requisitos económicos e financeiros devem servir para atestar se um operador económico tem capacidade para executar um determinado contrato e não devem ser utilizados como instrumentos de verificação da habilitação global das empresas, como amiúde acontece. Com efeito, não raras vezes, os requisitos de capacidade económica e financeira são desproporcionados em relação ao contrato que se pretende celebrar e, em consequência, muitos operadores económicos, em especial as PME, ficam arredados da participação por não terem condições de os cumprir.

Claro está que a fixação dos requisitos de capacidade económica e financeira desde sempre esteve condicionada ao objeto do contrato e às exigências que decorrem dos princípios da proporcionalidade e da concorrência¹⁷. Todavia, como nem sempre esses desígnios foram cum-

¹⁶ Por seu turno, a Diretiva 2014/25/EU determina no considerando 92.º que «na medida em que sejam compatíveis com a necessidade de garantir o cumprimento do objetivo das boas práticas comerciais, permitindo ao mesmo tempo a máxima flexibilidade, haverá que prever a aplicação da Diretiva 2014/24/UE, no que diz respeito aos requisitos em matéria de capacidade económica e financeira e de provas documentais. Prevê-se, por conseguinte, que as entidades adjudicantes possam aplicar os critérios de seleção estabelecidos nessa Diretiva e que, caso o façam, sejam obrigadas a aplicar as disposições relativas, nomeadamente, a limites máximos para preencher os requisitos em matéria de volume de negócios e de utilização do Documento Europeu Único de Contratação Pública».

¹⁷ Vd, a propósito, o acórdão 01257/09, de 25/03/2010, do Tribunal Central Administrativo - Norte, disponível

pridos, resultando na fixação de requisitos desproporcionados e no entrave à participação das PME, justifica-se a intervenção do legislador nesta matéria, nomeadamente através da fixação de limites máximos para os requisitos económicos e financeiros.

4. Desde há muito que a diminuição da carga administrativa é uma das medidas mais reclamadas pelas PME. Com efeito, as exigências decorrentes da apresentação de um número significativo de certificados e outros documentos é suscetível de afastar eventuais operadores económicos, nomeadamente as PME, uma vez que estas empresas nem sempre dispõem de recursos administrativos suficientes para dar resposta às diversas solicitações. Uma das novidades introduzidas nas novas diretivas é o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), que consiste numa declaração atualizada que procura simplificar a apresentação de candidaturas e propostas¹⁸. Assim, reza o n.º 1 do art.º 59.º da Diretiva 2014/24/UE que «No momento da apresentação dos pedidos de participação ou das propostas, as autoridades adjudicantes devem aceitar o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), constituído por uma declaração sob compromisso de honra atualizada, como elemento de prova preliminar, em substituição dos certificados emitidos por autoridades públicas ou por terceiros»¹⁹.

De resto, as medidas que fomentem a simplificação e a diminuição da carga administrativa exigida tendem a facilitar a participação das PME nos procedimentos de contratação pública e, por conseguinte, são sempre recebidas com agrado. Aliás, uma outra medida que procura diminuir a carga administrativa resulta da proibição de as entidades adjudicantes solicitarem documentos que já tenham em sua posse e que estejam atualizados²⁰. Ainda relativamente às medidas de diminuição e simplificação administrativa, dá-se conta da utilização de um formulário-tipo para as declarações de compromisso de honra, que garante maior certeza jurídica às empresas quanto à forma de elaborar estes documentos²¹.

Por fim, uma última nota sobre a possibilidade da utilização do e-Certis, um sistema eletrónico que facilita o intercâmbio de certificados e outros documentos que são normalmente exigidos pelas entidades adjudicantes²² e que tem o potencial de simplificar o acesso a informação per-

em www.dgsi.pt.

18 Vd. considerandos 84.º da Diretiva 2014/24/UE e 92.º da Diretiva 2014/25/UE. De referir, ainda, que o Regulamento de Execução 2016/7 da Comissão, de 5 de janeiro de 2016, estabelece o formulário-tipo do Documento Europeu Único de Contratação Pública.

19 Por seu turno, a Diretiva 2014/25/UE determina no considerando 92.º que «Na medida em que sejam compatíveis com a necessidade de garantir o cumprimento do objetivo das boas práticas comerciais, permitindo ao mesmo tempo a máxima flexibilidade, haverá que prever a aplicação da Diretiva 2014/24/UE, no que diz respeito aos requisitos em matéria de capacidade económica e financeira e de provas documentais. Prevê-se, por conseguinte, que as entidades adjudicantes possam aplicar os critérios de seleção estabelecidos nessa Diretiva e que, caso o façam, sejam obrigadas a aplicar as disposições relativas, nomeadamente, a limites máximos para preencher os requisitos em matéria de volume de negócios e de utilização do Documento Europeu Único de Contratação Pública».

20 Vd., a propósito, considerando 85.º da Diretiva 2014/24/UE.

21 Vd., a propósito, considerando 86.º da Diretiva 2014/24/UE.

22 Vd., a propósito, considerando 87.º da Diretiva 2014/24/UE.

tinente. Contudo, a obrigatoriedade de utilizar esta plataforma ainda não está definida, sendo a sua utilização opcional.

5. No que concerne aos prazos procedimentais, estes são habitualmente mencionados pelas PME nos inquéritos sobre as condições de acesso ao mercado dos contratos públicos como não favorecendo a respetiva participação, sendo comum a referência à necessidade de as entidades adjudicantes estabelecerem prazos adequados às solicitações.

Determina a Diretiva 2014/24/UE (no considerando 80) que «os prazos de participação nos procedimentos de contratação deverão ser tão curtos quanto possível, sem criar obstáculos indevidos ao acesso por parte dos operadores económicos de todo o mercado interno e, em especial, das PME». Adiante acrescenta-se que «as autoridades adjudicantes deverão ter em conta, em especial, a complexidade do contrato e o tempo necessário à elaboração das propostas, ainda que tal implique a fixação de prazos mais longos do que os mínimos previstos na presente diretiva».

Sendo assim, afigura-se que legislador europeu pretende encontrar um ponto de equilíbrio entre a celeridade procedimental e a adequação dos prazos de entrega de propostas e de pedidos de participação. De facto, o encurtamento de prazos pode ter o efeito benéfico de melhorar as condições de participação no mercado dos contratos públicos, introduzindo dinamismo, celeridade e eficácia nas compras públicas. Todavia, a fixação de prazos de receção de propostas e de pedidos de participação deve ter em consideração a complexidade dos contratos e o tempo necessário à elaboração das propostas (cfr. determina o art.º 47.º da Diretiva 2014/24/EU, o art.º 66.º da Diretiva 2014/25/UE e o art.º 39.º da Diretiva 2014/23/UE), sob pena de se criarem distorções ao nível da concorrência.

6. Atente-se no tema dos pagamentos a subcontratados. Ora, os atrasos nos pagamentos são, de um modo geral, um motivo que afasta as empresas do mercado dos contratos públicos (em especial as de menor dimensão), uma vez que os atrasos têm efeitos gravosos no normal funcionamento destas organizações. Em consequência, as medidas que introduzam mecanismos de pagamento mais ágeis e eficientes podem contribuir para uma maior adesão das PME ao mercado dos contratos públicos.

Como é sabido, em diversos contratos, nomeadamente nos de maior dimensão, é frequente o contraente privado recorrer a subcontratados para executar parte das prestações a que está obrigado. Tal circunstância é benéfica para as empresas e suscetível de favorecer as PME que podem aceder, por esta via, ao mercado dos contratos públicos. Não obstante, estes operadores económicos podem ficar numa situação de fragilidade se os atrasos nos pagamentos forem frequentes ou muito demorados. Por essa razão, parece-nos que a possibilidade das entidades adjudicantes efetuarem pagamentos diretamente aos subcontratados (cfr. n.º 3, do art.º 71.º, da Diretiva 2014/24/UE e n.º 3, do art.º 88.º, da Diretiva 2014/25/UE) é benéfica e pode contribuir para a melhoria do acesso das PME ao mercado dos contratos públicos.

III. Notas finais

Dado o potencial das PME para a criação de emprego, para o desenvolvimento económico e para a inovação, o legislador comunitário acentuou a importância de se incentivar a participação destes operadores económicos no mercado dos contratos públicos, tanto através das disposições contidas nas diretivas como através de iniciativas dos Estados-Membros. Através das soluções propostas, a Comissão Europeia espera assegurar a quota-parte das PME no valor total dos contratos públicos e contribuir para um mercado mais concorrencial, eficiente e transparente. As novidades mais relevantes no novo pacote de diretivas comunitárias podem ser condensadas nos seguintes pontos:

- a) Recomenda-se a utilização do Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos Contratos Públicos, com o intuito de fornecer às entidades adjudicantes um conjunto de orientações sobre o modo de aplicação do quadro jurídico comunitário, em ordem a potenciar a participação das PME no mercado dos contratos públicos;
- b) No que concerne à dimensão dos contratos, realça-se o dever de a entidade adjudicante fundamentar a decisão de não dividir os contratos em lotes (no caso das aquisições abrangidas pela Diretiva 2014/24/UE), ao contrário do que se exigia anteriormente. Contudo, a autonomia das entidades adjudicantes mantém-se muito ampla, reservando-se-lhes o direito de não adjudicação por lotes e não procederem à subdivisão se entenderem que é suscetível de restringir a concorrência, ser muito onerosa ou tecnicamente difícil. Note-se, no entanto, que os Estados-Membros estão convidados a ir mais além nesta medida;
- c) Introduce-se limites para os requisitos económicos e financeiros exigidos às empresas que só poderão ser ultrapassados em casos «devidamente justificados» que envolvam «riscos especiais». Trata-se de uma medida importante e que poderá evitar a fixação de requisitos desproporcionados que frequentemente impedem muitos operadores económicos, em especial as PME, de aceder ao mercado dos contratos públicos;
- d) Surgem novas medidas tendentes à diminuição da carga administrativa (DEUCP; formulários-tipo; incentivo à utilização do e-certis). Admitimos, contudo, que o legislador poderia ter ido mais além, nomeadamente acelerando a obrigatoriedade de utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública em todo o espaço comunitário e incentivando a utilização de bases de dados para consulta de informação pertinente (situação contributiva, tributária, certificados de registo criminal, etc.);
- e) Procura-se adequar os prazos para elaboração de propostas e pedidos de participação, reforçando-se a importância de se harmonizar estes prazos com a celeridade procedimental;

- f) Introduce-se a possibilidade de se efetuarem pagamentos a terceiros, solução que pode contribuir para uma maior adesão das PME ao mercado dos contratos públicos, tendo em consideração que estes operadores são frequentemente subcontratados pelos adjudicatários.

Em síntese, parece-nos que as diretivas comunitárias revelam medidas adequadas à insuficiente participação das PME nos procedimentos de contratação pública bem como destacam a importância destes operadores económicos para o desenvolvimento e consolidação do mercado comum. A prática demonstrará se as medidas acolhidas nas directivas e as soluções transpostas são (e serão) suficientes para assegurar a quota-parte das PME no mercado dos contratos públicos ou se será necessário uma abordagem regulatória mais intensa. Em nossa opinião, parece-nos que o sucesso dependerá, em grande medida, da adesão das entidades adjudicantes às soluções que favoreçam a participação das PME o que implica, em termos práticos, uma alteração do paradigma contratual vigente. Adicionalmente, será fundamental o acompanhamento e monitorização dos objetivos fixados nas diretivas comunitárias de forma a reorientar, sempre que se justifique, as estratégias e soluções. Por fim, será importante a aposta na especialização dos quadros profissionais, públicos e privados, para dominarem adequadamente o quadro jurídico comunitário de contratação pública.

Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades

ISABEL CELESTE M. FONSECA¹

Sumário. 1. Contextualização: gold plating... 2. A solução e as razões gizadas na Directiva 2014/24. 3. As soluções nacionais: as antigas e as novas. 4. Nota final

1. Contextualização: gold plating...

Este é, sem dúvida alguma, um dos temas inovadores do Direito Europeu da Contratação Pública, ainda que, no plano nacional, seja um assunto velho e caro à jurisprudência dos tribunais administrativos e à dogmática administrativista². E não há como negar: o regime contido nas Directivas Contratos Públicos/2014, em especial no capítulo IV da Directiva 2014/24, sobre a execução, modificação e rescisão dos contratos públicos, vem bulir com o regime substantivo clássico, de matriz francesa, do contrato administrativo, impondo ao legislador nacional reajustamentos, particularmente no que concerne aos fundamentos e limites da modificação do contrato público existente.

E, por conseguinte, parece agora certo (e definitivo) que não pode continuar a remeter-se para Bunker legal nacional o tema das modificações introduzidas no contrato durante a sua execução,

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² A título meramente exemplificativo, vd. Aresto do Conselho de Estado francês de 11 de março de 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. 216, Concl. Blum, a propósito dos pressupostos e dos limites do poder de modificação unilateral do contraente público, no quadro de uma concessão de um serviço de transporte. Na verdade, ainda que, a propósito do princípio da adaptabilidade do contrato, o CE tivesse reconhecido esse princípio já em 1902, no Aresto *Gaz de Deville-lès-Rouen*, de 10 de janeiro, só neste Aresto reconhece a obrigação de o contraente público restabelecer o reequilíbrio financeiro do contrato. Assim, neste aresto fica claro o princípio da adaptabilidade do contrato administrativo através do reconhecimento ao concedente do direito de modificação por razões de interesse público - («le droit, no seulement d'approuver les horaires des trains... mais encore de prescrire les additions et modifications nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service») - e a afirmação do direito do concessionário ao restabelecimento do equilíbrio financeiro: «il appartiendrait seulement à la Compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation». Deste modo, podemos concluir que os dois princípios foram afirmados, pela primeira vez, de forma clara e em co-relação vital: «le principe de mutabilité du contrat administratif et le principe d'équation financière da ce même contrat». Quanto à reequilíbrio, oCE expressou-se nestes termos: «le préjudice qui doit être réparé dans sa totalité comprend à la fois la perte subie "damnum emergens" et le manque à gagner "lucrum cessans"». Sobre o tema, vd. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, coord. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, 14 e. édition, Dalloz, Paris, 2003, pp. 135 ss.

aconteçam estas unilateralmente, por ato administrativo, ou por acordo, sejam invocadas razões de interesse público ou outras, designadamente a da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Destarte, os pressupostos e os limites da modificação do contrato público existente, apresentados nas Directivas Contratos Públicos/2014, estão em vigor e produzem efeito directo, pelo que importa, desde já, mesmo na ausência de notícias sobre a Proposta de Transposição apresentada pela Comissão de Revisão do CCP, saber distinguir a «alteração substancial» daquilo que não é, mormente por ser pouco significativo o impacto que a alteração produz no contrato ou por se apresentar dentro dos limiares “de minimis”, abaixo dos quais não se considera que possa existir alteração substancial, no quadro europeu.

Enfim, independentemente de se questionar se este regime europeu vem «pôr fim ao “ius variandi”»³ ou se vem impor ao legislador nacional que anule (ou «ponha em crise»⁴, aquilo que historicamente traduziu a distinção e a autonomia da figura do contrato administrativo, o necessário parece ser, agora, prever para o tema das modificações e limites da modificação do contrato existente uma solução nacional que se harmonize com a europeia, distinguindo as modificações possíveis das não legítimas, as alterações substanciais (que são proibidas e obrigam à rescisão do contrato) das alterações não substanciais, tanto mais quanto - sublinhamos - o efeito directo do artigo 72.º da Diretiva 2014/24 parece não suscitar quaisquer dúvidas⁵.

Aliás, dourando a pílula, desafiamos o leitor para reflectir sobre o desiderato da normativa europeia, que tanto é a proteção da concorrência, tão cara ao regime relativo à formação dos contratos públicos, incluindo os princípios da transparência e igualdade, como a da proteção do próprio interesse público (incluindo o do erário público e a racionalização da despesa pública) - em vez de se ver neste assunto um problema de destruição do *quid specificum* do contrato administrativo e a nova frente de batalha contra a figura. E, por conseguinte, proponho que se aquilate o que há em comum entre a regulação europeia e a nacional (tanto na que está em vigor como naquela que se advinha que virá a ser acolhida), do ponto de vista dos valores e interesses em confronto, pois, na verdade, considerando que ambos os sistemas normativos procuram conciliar a estabilidade do contrato que foi sujeito à concorrência com a adaptabilidade do mesmo, parece existir entre os regimes europeu e nacional maior proximidade do que distância.

Vejamos: esta ideia de procurar harmonizar os princípios da concorrência, *pacta sunt servanda* e estabilidade contratual com o da adaptabilidade do contrato sempre esteve subjacente ao regime nacional (estando actualmente consagrado no Código dos Contratos Públicos (=CCP)⁶).

3 Sobre o tema, vd., por exemplo, MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA, prólogo a FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 19 a 21.

4 Sobre o tema, é absolutamente necessária a leitura de PEDRO GONÇALVES, «Acórdão Pessetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato», CJA, 73, pp. 1 ss.

5 A propósito do panorama jurídico espanhol, e tendo em conta o cenário político vivido actualmente em Espanha, vd. J. M. GIMENO FELIU, «El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España», Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía e Competitividad titulado “la nueva regulación de la contratación pública: hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos”, gentilmente cedido pelo Autor.

6 Lembre-se que o art. 302.º do CCP consagra na al. c), o poder de autoridade de o contraente público alterar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e o modo de execução das prestações previstas, por

E está também presente na Directiva 2014/24, sendo certo que, neste caso, este entendimento está presente nas soluções em que se acolhem possíveis situações de alteração contratual, que, assim, são consideradas legítimas e que acolhem a possibilidade de o contraente público poder reajustar objectiva e subjectivamente o contrato para o adaptar às novas circunstâncias, por razões de interesse público. Afinal, como se afirma nos considerandos da Directiva, as «autoridades adjudicantes podem ser confrontadas com situações em que sejam necessárias obras, fornecimentos ou serviços adicionais» (considerando 108), ou «podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não poderiam ter previsto quando adjudicaram o contrato, em especial quando a execução se prolonga durante muito tempo» (considerando 109)⁷. E, além do mais, dentro dos limites impostos pelas Directivas continuará a dever ser conferida à entidade adjudicante a possibilidade de incluir nos próprios contratos cláusulas de revisão ou opção, desde que as mesmas sejam redigidas de forma suficientemente clara (considerando 111). Aliás, lembre-se ainda que neste considerando se afirma que «as cláusulas podem prever adaptações ao contrato por serem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou manutenção ou incluir tanto a manutenção normal como as intervenções extraordinárias para assegurar a continuidade de um serviço público».

Pois bem, importa, pois, concluir que não existe necessidade de pensar no tema como se o direito nacional estivesse em total rota de colisão com o estabelecido no direito europeu. Existe, sim, necessidade de reajustamento - designadamente linguístico-terminológico, dado que devem deixar-se cair as expressões «trabalhos a mais» e «alteração anormal e imprevisível», por exemplo - e necessidade de considerar os novos pressupostos e os novos limites a ter em conta no momento da alteração do contrato existente. Por exemplo: o art. 302.º do CCP consagra na al. c), o poder de autoridade de o contraente público alterar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e modo de execução das prestações previstas, por razões de interesse público. Ora, esta norma, em nosso entender, tem de ser aplicada, desde já, em conformidade com o art. 72.º da Directiva 2014/24. E, por conseguinte, o poder de modificação unilateral consagrado no actual art. 311.º, n.º 2, com os fundamentos previstos no art. 312.º, com os limites estabelecidos no art. 313.º e com as consequências consagradas no n.º 1, alíneas a) e b) do CCP, deve ser reconfigurado e reajustado à luz do art. 72.º da Directiva, quer no que concerne aos fundamentos como aos limites e às consequências⁸. Aliás, o mesmo acontecendo com a alteração anormal e imprevisível.

razões de interesse público. A Proposta de transposição das Directivas Contratos Públicos 2014 mantém a solução no seu art. 189.º, n.º 1, al. c), mas acrescenta a menção à existência de pressupostos e limites fixados nos art. 195.º e 196.º.

7 Repare-se nos considerandos 108, 109 e 110 da Directiva 2014/24.

8 Assim, para além de outras formas de proceder à alteração objectiva do contrato (tal como o acordo de partes, é possível como regra, a menos que a natureza do contrato ou a lei não permitam, que o contraente público modifique o contrato, alterando o conteúdo das prestações contratuais, de modo a reajustá-lo às novas exigências de interesse público, ou seja, por razões de interesse público decorrentes de novas necessidades ou de uma nova ponderação de circunstâncias existentes. Aliás, o CCP permite a modificação objectiva do contrato 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 afecte gravemente os princípios de boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. A solução e as razões gizadas na Directiva 2014/24.

Dito isto, voltamos ao novo regime europeu que versa sobre o assunto e ao propósito nele gizado. Não se duvida de que o artigo 72.º da Directiva 2014/24 tem como principal objetivo limitar a intenção de as partes procederem à renegociação livre do contrato durante a execução do mesmo, particularmente quando se vislumbra que isso traduza violação da concorrência, por desvirtuação da adjudicação⁹ - e que no quadro português foi dando lugar ao fenómeno das derrapagens. E, por conseguinte, importa sublinhar que, não obstante ser a primeira vez que o legislador europeu acolhe uma solução, este tema já há muito foi identificado como problema a resolver também no quadro europeu. Uma primeira solução foi apresentada de forma clara no Ac. *Pressetext*, de 19.06.2008, C-454/06, depois foi muito discutida no Livro Verde (sobre a Modernização da Política de Contratos Públicos)¹⁰, tendo inclusive sido reconhecido um conjunto de fragilidades à jurisprudência entretanto ditada pelo TJUE que deveria ser corrigido pelo legislador, e, finalmente, as Propostas de 2011 das Diretivas Contratos Públicos (particularmente a proposta de directiva de 20.12.2011 COM (2011/896 final), cujos considerandos iniciais se impõe visitar constantemente.

Ora, é exatamente neste sentido que compreendemos a preocupação legislativa europeia específica sobre modificação de contratos públicos durante a sua vigência e a apresentação de soluções para fazer face às circunstâncias imprevistas que exijam a adaptação do contrato, tirando o melhor partido das soluções já dadas pelo TJUE. Dir-se-ia mesmo que, por se reconhecer que muito ficou por prever na Directiva 2014/24, o considerando 107 faz referência ao trabalho necessário do TJUE para concluir o objectivo desenhado de forma inacabada pelo legislador europeu: «é necessário esclarecer as condições em que as modificações de um contrato durante a sua execução exigem um novo procedimento de contratação, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia»¹¹.

9 A este propósito, vd. considerando 107 da Directiva 2014/24: «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 Aliás, o Livro Verde sobre a Modernização da Política de Contratos Públicos: para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, de 27.01.11, chama a atenção para a questão cada vez mais relevante e complexa da modificação dos contratos durante o seu período de vigência e denunciou a falta de clareza e a insuficiência da jurisprudência do TJUE. Sobretudo, lembrou que «as entidades adjudicantes não conseguem identificar as situações de alteração substancial que impõem pôr fim ao contrato e desencadear um novo processo adjudicatório», sendo certo que também evidenciou que as entidades adjudicantes «não conseguem identificar as consequências dessa alteração e se, designadamente, devem acolher um novo procedimento adjudicatório mais simples e rápido, se devem convocar o 2.º classificado no anterior procedimento adjudicatório ou reiniciar o procedimento antigo com novos proponentes...», bem como ainda lembrou as alterações relativas ao co-contratante, como seja a substituição não prevista ou ilegítima do co-contratante por outro operador, e a mudança de estatuto do co-contratante que tenha impacto no equilíbrio contratual ou na capacidade de execução do contrato (como seja uma falência ou a saída de peritos essenciais da empresa do co-contratante).

11 Aliás, a jurisprudência inicial sobre o tema data de 2000, tendo sido inaugurada com o Ac. De 05.10.2000, proc. C-337/98, *Comissão versus França*. Impõe-se ainda lembrar o Ac. De 29.04.2014, *Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA*, proc. C-496/99; o Ac. de 13.04.2010, proc. n.º C-91/08, *Wall AG*; o Ac. de 22.04.2010, *Comissão/Espanha*, proc. n.º C-423/07; o Ac. de 08.05.2014, *Idrodinamica Apurgo Velox Srl*, proc. n.º C-161/13. Contudo, é no Ac. de 19.06.2008, proc. C-454/06, *Pressetext Nactrichtenagentur* que o TJEU foi mais marcante, dando a conhecer que «as alterações das disposições de um contrato público em vigor, caso apresentem características significativamente

Contudo, sublinhe-se, que esta nova regulação europeia não visa proibir a modificação dos contratos Públicos durante a sua execução. Aliás, como já enunciámos, também encontramos no direito europeu um conjunto de situações em que a modificação é possível e é mesmo desejável e recomendada. E, em suma, sublinhe-se que importa perceber que agora os pressupostos de introdução de alterações aos contratos públicos durante a sua vigência são, isso sim, outros, sendo certo que os respetivos limites também são outros. E a dificuldade está precisamente tanto na invocação do interesse público (enquanto pressuposto legítimo) para introduzir alterações contratuais, por decisão unilateral do contraente público, através de ato administrativo, que passa a ser mais limitado, como nos limites da modificação não prevista e imprevisível. Os parâmetros europeus existem agora de forma clara, precisa e incondicional.

Vejamos a solução apresentada pelo direito europeu: A introdução de modificações ao contrato público, durante a sua execução, que sejam consideradas substanciais, traduz renegociação do contrato inicial e, por isso, obriga o contraente público a pôr-lhe fim e a desencadear um novo procedimento de adjudicação¹². Não se duvida que o que marca a diferença entre o permitido e o proibido a este propósito se prende com o conceito de «alteração substancial». E também é certo que quanto a este tema também importa ter presente que as alterações são possíveis independentemente do seu valor se tiverem sido previstas em cláusulas de revisão e se, não alterando a natureza global do contrato, tiverem sido contempladas de forma clara, precisa e inequívoca nas peças do procedimento (art. 72, ponto 1., al. a) da Directiva 2014/24).

Aliás, a primeira situação em que é legitimamente possível proceder à alteração do contrato durante a sua vigência pressupõe a prévia antecipação da previsão da alteração nas peças do procedimento (cadernos de encargos), com objetividade e clareza. Destarte, nada se opõe à alteração quando, independentemente do valor que represente em relação ao preço inicial, a modificação é prevista nas peças do procedimento, em cláusulas de revisão (incluindo cláusulas de revisão de preços) ou cláusulas de opção, devendo as mesmas ser claras, precisas e inequívocas e devendo igualmente indicar os respetivos âmbito, natureza e as condições de aplicação, nada se opõe a modificação. Ainda assim, importa realçar bem que as cláusulas de revisão ou opção não podem alterar nunca a natureza global do contrato;

No que concerne às situações referentes a alterações substanciais do contrato inicial, sempre se pensou que estas poderiam traduzir alterações ao seu âmbito de aplicação, alterações relativas ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes ou alterações que, ao tocarem nas condições essenciais do contrato, poderiam ter tido influência no resultado do procedimento,

diferentes do inicial, obrigam a lançar um novo procedimento de adjudicação do contrato em causa», sendo certo que, quanto ao conceito de alteração substancial, o TJUE foi explicando que isso acontece designadamente quando «se introduzem condições de suscetíveis de permitir a participação ou a qualificação de outros proponentes», ou «de alargar consideravelmente o âmbito do contrato» ou de «alterar o respectivo equilíbrio económico».

12 Confronte-se a alínea a) do art. 73.º da Directiva 2014/24, que expressamente comina tal sanção. Assim, caso isso aconteça, deve haver lugar à respetiva rescisão do contrato. Avança neste sentido a Comissão de revisão do CCP ao propor no n.º 4 do art. 196.º (da Proposta de Transposição das Directivas Contratos Públicos 2014) que «as modificações que não respeitem os limites estabelecidos no presente Código determinam a adopção de um novo procedimento de formação de contrato, caso a entidade adjudicante mantenha a decisão de contratar».

caso tivessem sido inicialmente consideradas. Vejamos o que significa alteração substancial para este efeito. Para o legislador europeu a modificação é considerada substancial quando dê lugar a um contrato diferente do celebrado inicialmente e por se verificar uma ou mais das seguintes condições:

1. A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido maior concorrência e, por isso mesmo, poderia ter permitido a escolha de um outro adjudicatário, a admissão de outros candidatos ou proponentes, ou a aceitação de outra proposta ou teriam permitido maior participação no procedimento;
2. A modificação altera o equilíbrio económico do contrato a favor do co-contratante;
3. A modificação alarga consideravelmente o âmbito material do contrato (ou seja o seu objeto, o núcleo identitário das prestações essenciais);
4. O co-contratante, a quem foi inicialmente adjudicado o contrato, é substituído por um outro operador económico (numa situação diferente da permitida na Directiva 2014/24);

Não obstante o disposto no número anterior, e seguindo a lógica que permite adaptar o contrato de longa duração às circunstâncias, acolhendo flexibilidade, impõe-se dizer que, nos termos do Direito Europeu da Contratação Pública, um contrato público existente pode ser modificado, sem que haja lugar a novo procedimento de contratação, em qualquer uma das 3 seguintes situações:

Situação 1: necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares: quando estes não tenham sido incluídos no contrato inicial e a substituição do co-contratante não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas e seja altamente inconveniente ou provoque custos adicionais significativos para a entidade adjudicante;

Situação 2: circunstâncias imprevisíveis (até para uma entidade adjudicante diligente): 1. quando a modificação não altera a natureza global do contrato e (2.) se considera necessária devido a circunstâncias que no âmbito do seu dever de diligência a entidade adjudicante não pudesse prever;

Situação 3: substituição do co-contratante, devida a situação de reestruturação interna deste, designadamente, quando o adjudicatário ao qual a entidade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído, quando tal tenha sido previsto inicialmente nas peças do procedimento, ou nos seguintes casos:

- i) quando haja transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de reestruturação societária, incluindo, OPA, aquisição,

fusão ou falência, a favor de outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos;

ii) ou quando o próprio co-contratante assume as obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes.

Finalmente, importa sublinhar que, se a modificação é pouco relevante do ponto de vista do impacto económico no contrato celebrado inicialmente, é também possível a modificação. E assim é quando a natureza global do contrato não é alterada e o valor da modificação não excede os limiares europeus, e quando o valor não excede 10% do valor de contratos de fornecimento e de serviços ou 15% do valor dos contratos de obras. Contudo, importa notar que, em caso de várias modificações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações introduzidas sucessivamente.

Importa lembrar os requisitos (limites) à permissão da modificação: Nas situações 1 e 2, ou seja em caso de trabalhos, obras ou serviços complementares ou necessários por não terem sido previstos, no primeiro caso, e não terem sido previstos e por serem imprevisíveis, no segundo caso, o preço não pode ser aumentado em mais de 50% do valor do contrato inicial, sendo que no caso de várias modificações sucessivas esse limite é considerado em relação ao valor de cada modificação, sendo que as alterações devem ser publicadas no Jornal Oficial da União Europeia.

3. As soluções nacionais: as antigas e as novas.

No panorama jurídico europeu, o artigo 72.º tem sido transposto com diferentes intensidades. A transposição (e as propostas de transposição que conhecemos) do artigo 72.º da Directiva 2014/24 traduz, aliás, um fenómeno de Europa a duas velocidades, quase desejando que a próxima conformação europeia em matéria de contratação pública aconteça por Regulamento e não por directiva ¹³ o que não é difícil que venha a acontecer.

Aliás, nos ordenamentos jurídicos alemão¹³, do UK, e dinamarquês, por exemplo, o artigo

13 Configure-se a solução alemã: § 132 (Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit) (1) Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrager erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn

1. mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,

a) die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten,

b) die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten oder

c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten,

2. mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,

3. mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird oder

4. ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer in anderen als den in Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 vorgesehenen Fällen ersetzt.

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn

1. in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungs Klauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen

72.º da Diretiva 2014/24 é transposto na totalidade, acolhendo-se uma solução muito semelhante nos três sistemas jurídicos, sendo certo que, como se compreende, é nos sistemas jurídicos onde a regulação da execução dos contratos é mais pormenorizada que as dificuldades são patentes¹⁴ o que não nos surpreende, tendo em conta a figura do contrato administrativo e do seu regime clássico, caracterizado pela exorbitância de poderes do co-contraente público, mormente de modificação unilateral das prestações contratuais.

Neste sentido, e enquanto não existir transposição, julgamos que fará sentido seguir bem de perto artigo 72.º da Diretiva 2014/24, não obstante salvaguardar o regime nacional dos contratos públicos não sujeitos às diretivas. Por exemplo, o art. 302.º do CCP consagra na al. c), o poder de autoridade de o contraente público alterar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e modo de execução das prestações previstas, por razões de interesse público. Ora, esta norma, em nosso entender, tem de ser aplicada em conformidade como o art. 72.º, particularmente no que respeita aos limites estabelecidos nesta directiva. É aliás neste sentido que avança a proposta da Comissão de Revisão do CCP, ao fixar que o poder de modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações contratuais se deve fazer «com os fundamentos e os limites previstos no presente Código (ex vi art. 189.º e artigos 195.º e 196.º da Proposta de Transposição da Directivas Contratos Públicos/2014).

enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert,
 2. zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers
 a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
 b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre,
 3. die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert oder
 4. ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt
 a) aufgrund einer Überprüfungs Klausel im Sinne von Nummer 1,
 b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie zum Beispiel Drucksache 18/6281 – 34 – Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen im Sinne des Absatzes 1 zur Folge hat, oder
 c) aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.
 In den Fällen des Satzes 1 Nummer 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.
 (3) Die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist ferner zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung
 1. die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 nicht übersteigt und
 2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.
 Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.
 (4) Enthält der Vertrag eine Indexierungsklausel, wird für die Wertberechnung gemäß Absatz 2 Satz 2 und 3 sowie gemäß Absatz 3 der höhere Preis als Referenzwert herangezogen.
 (5) Änderungen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und 3 sind im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu»

14 E veja-se o caso francês: art. 65.º: «Les conditions dans lesquelles un marché public peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public Lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le marché public peut être résilié par l'acheteur.»

Portanto, o poder de modificação unilateral consagrado no actual art. 311.º, n.º 2, com os fundamentos previstos no art. 312.º, com os limites estabelecidos no art. 313.º e com as consequências consagradas no n.º 1, alíneas a) e b) do CCP, deve ser reconfigurado e reajustado à luz do art. 72.º da Directiva, quer no que concerne aos fundamentos quer aos limites e respectivas consequências. Aliás, o mesmo acontecendo com regime que disciplina «a alteração anormal e imprevisível». O CCP permite a modificação objectiva do contrato «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 afecte gravemente os princípios de boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Também aqui se impõe reajustamento, no nosso entender.

Nos termos do art. 313.º a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato, uma vez que este é intangível, nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência. Pois bem, para garantir a transparência, o CCP em vigor obriga à publicação da modificação introduzida cujo valor acumulado ultrapasse 15% do valor contratual, enquanto condição de eficácia da mesma. E existe o dever de reposição do reequilíbrio financeiro (nos termos do art. 314.º).

Neste contexto, impõe-se dizer que cabe tanto ao aplicador do CCP dar já efeito útil às Directivas Contratos Públicos 2014, mormente ao art. 72.º da Directiva 2014/24, como cabe ao legislador nacional ir mais longe, sendo certo que a Proposta de Transposição das Directivas Contratos Públicos 2014 vai nesse sentido. Destarte, e em clara sintonia com o direito europeu (incluindo a jurisprudência do TJUE), está previsto um novo pressuposto para a modificação do contrato existente: no art. 195.º, n.º 1. Este inovador preceito diz respeito à primeira situação em que é legitimamente possível proceder à alteração do contrato durante a sua vigência, nos termos do art. 72.º, n.º 1 al. a) da Directiva 2014/24. Assim, o 195.º, n.º 1 da Proposta de Transposição das Directivas consagra a possibilidade de o contrato ser modificado com fundamento nas condições nele previstas, fazendo alusão à prévia antecipação da previsão da alteração nas peças do procedimento (cadernos de encargos), com objetividade e clareza (art. 143.º al. f) da Proposta). Deste modo, o legislador nacional vem permitir que a alteração aconteça quando, independentemente do valor que represente em relação ao preço inicial, a modificação seja prevista no próprio contrato tendo essas cláusulas (incluindo cláusulas de revisão de preços) ou cláusulas de opção, sido incluídas nas peças do procedimento, de forma clara, precisa e inequívoca. Assim, estando previsto igualmente os respetivos âmbito, natureza e as condições de aplicação dessas cláusulas, nada se opõe à modificação do contrato existente. Ainda assim, importa realçar que as cláusulas de revisão ou opção não podem alterar nunca a natureza global do contrato.

No nosso entender, a necessidade de cumprir a diretiva diz respeito particularmente a empreitadas, fornecimentos e serviços. Lembro que nos considerandos da Directiva 2104/24 se faz amiúde referência a exemplos que respeitam a empreitadas e serviços, pelo que, no que concerne ao regime das empreitadas, importa alinhar o regime nacional com as Directivas

Contratos Públicos/2014, mormente acolhendo as expressões trabalhos complementares e trabalhos imprevisíveis, bem como acolhendo os quantitativos (limiares “de minimis”) relativos aos preços dos trabalhos complementares e imprevisíveis considerados legítimos ou possíveis (id est, por não serem modificações proibidas, que obriguem a nova adjudicação).

4. Nota final

Eis a nossa proposta quanto à modificação de contratos públicos (abrangidos pelas diretivas europeias):

- 1- As alterações introduzidas no contrato público durante o seu período de vigência que sejam consideradas substanciais impõem um novo procedimento de adjudicação.
- 2- É considerada substancial a alteração que dê lugar a um contrato diferente do celebrado inicialmente e por 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 proponentes, ou a aceitação de outra proposta ou teriam permitido maior participação no procedimento;
 - b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato a favor do (adjudicatário) co-contratante em termos que não estavam previstos no contrato inicial;
 - c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito material do contrato;
 - d) O co-contratante, a quem foi inicialmente adjudicado o contrato, é substituído por um novo, em situação distinta da referida na alínea d) do n.º 3 do presente artigo.
- 3- Não obstante o disposto no número anterior, um contrato pode ser modificado, sem que haja lugar a novo procedimento de contratação, em qualquer dos seguintes casos:
 - a) quando, independentemente do valor que represente em relação ao preço inicial, a modificação é prevista nas peças do procedimento, em cláusulas de revisão (incluindo cláusulas de revisão de preços) ou opção, desde que as mesmas sejam claras, precisas e inequívocas, devendo indicar os respetivos âmbito, natureza e as condições de aplicação. As cláusulas não podem alterar a natureza global do contrato;
 - b) quando houver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares por parte do co-contratante original que não tenham sido incluídos no contrato inicial e a substituição do co-contratante não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas e seja altamente inconveniente ou provoque custos adicionais significativos para a entidade adjudicante;

- c) quando a modificação não altera a natureza global do contrato e se considera necessária devido a circunstâncias que no âmbito do seu dever de diligência a entidade adjudicante não pudesse prever;
 - d) quando o adjudicatário ao qual a entidade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído, nos termos da alínea a) do n.º 3, ou nos seguintes casos:
 - i) quando haja transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de reestruturação societária, incluindo, OPA, aquisição, fusão ou falência, a favor de outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos;
 - ii) ou quando a própria entidade adjudicante assume as obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes.
 - e) quando a natureza global do contrato não é alterada e o valor da modificação não excede os limiares europeus, quando o valor não excede 10% do valor de contratos de fornecimento e de serviços ou 15% do valor dos contratos de obras, sendo que, em caso de várias modificações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações introduzidas sucessivamente.
- 4- Nas situações previstas nas alíneas b) e c) do número 3, o preço não pode ser aumentado em mais de 50% do valor do contrato inicial, sendo que no caso de várias modificações sucessivas esse limite é considerado em relação ao valor de cada modificação.
- 5- As alterações referidas nas alíneas b) e c) do número 3 devem ser publicadas no Jornal Oficial da União Europeia.

Breves notas para um novo regime do CCP em matéria de contratos sobre o exercício de poderes públicos

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹

1. O CCP configura o contrato administrativo com um âmbito muito alargado e heterogéneo. Desde logo, porque nele faz convergir duas figuras provenientes de tradições muito distintas e que apresentam um perfil muito diferenciado: os contratos administrativos da tradição francesa e os contratos sobre o exercício de poderes públicos de construção alemã, que podem ser contratos celebrados em substituição da prática de atos administrativos ou contratos através dos quais a Administração se compromete quanto aos termos em que procederá no futuro ao exercício concreto de determinado poder, praticando ou omitindo a prática de um ato administrativo.

O CCP associa, entretanto, à qualificação de certos contratos como administrativos a produção de um efeito operativo concreto, o de submeter esses contratos a um regime (aparentemente) unitário, o regime dos "contratos administrativos em geral", que consta do Título I da Parte III do CCP. Neste sentido, estabelece, na verdade, o n.º 5 do artigo 1.º do CCP que "o regime substantivo dos contratos públicos estabelecido na Parte III do presente Código é aplicável aos que revistam a natureza de contrato administrativo"; e o n.º 1 do artigo 280.º, que integra as disposições gerais do referido Título I, especifica que "na falta de lei especial, as disposições do presente título são aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas".

Que há aspetos de regime que se afigura vantajoso estabelecer para todos os contratos administrativos, senão mesmo para todos os contratos públicos, não parece haver dúvidas. Mas daí não resulta, em nossa opinião, que uma figura tão ampla e heterogénea como é, hoje, a do contrato administrativo deva ser submetida a um regime (aparentemente) unitário com o conteúdo daquele que se encontra configurado no Título I da Parte III do CCP. A opção do CCP de submeter os "contratos administrativos em geral" a um regime (aparentemente) unitário com as características daquele que se encontra configurado no Título I da Parte III do CCP afigura-se-nos, pois, problemática, pelo que, a nosso ver, carece de revisão.

Com efeito, o regime do Título I da Parte III do CCP mistura algumas disposições de carácter verdadeiramente geral com uma larga maioria de disposições, provenientes do capítulo do CPA

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

de 1991 sobre os contratos administrativos, do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas e de outros diplomas anteriores ao CCP, que, tendo nascido para conformar relações jurídicas emergentes de uma categoria específica de contratos, os contratos administrativos de colaboração subordinada dos particulares na prossecução das atribuições das entidades públicas, não faz sentido aplicar a contratos como os contratos sobre o exercício de poderes públicos.

É, desde logo, assim no que diz respeito a disposições como as dos artigos 292.º a 301.º, que ninguém no seu perfeito juízo poderá sustentar que possam ser aplicadas a outras categorias de contratos e que, por isso, não se compreende que sentido tenha a sua inclusão num regime dos "contratos administrativos em geral". Mas, a nosso ver, é, de um modo geral, assim, quanto à generalidade das disposições que dão corpo ao regime do Título I da Parte III, na medida em que consagram soluções que nada parece justificar que, por regra, se considerem aplicáveis a contratos como os contratos sobre o exercício de poderes públicos.

Mais precisamente: é só nos primeiros três capítulos do Título I, e mesmo assim só em parte, que, a nosso ver, se podem encontrar disposições de carácter verdadeiramente geral, como tal aptas a constar de um regime dos "contratos administrativos em geral". De um modo geral, todo o regime compreendido entre os artigos 288.º e 335.º deveria ser, salvo exceções pontuais, apenas qualificado como "regime geral dos contratos administrativos de colaboração subordinada" — ou, talvez melhor, como "regime geral dos contratos administrativos de colaboração", na medida em que se deve entender que, hoje, esse regime não é apenas aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão e de fornecimento contínuo, constitutivos de relações duradouras de subordinação do co-contratante, mas também a todos os contratos de aquisição e locação de bens móveis e de aquisição de serviços por contraentes públicos, que o CCP entendeu tipificar, em bloco, como contratos administrativos, para o efeito de os submeter à aplicação da sua Parte III, assim como aos contratos administrativos atípicos de colaboração do co-contratante na prossecução das atribuições do contraente público.

2. Do exposto resulta que, a nosso ver, o Título I da Parte III do CCP enferma do grave defeito de ter a pretensão de definir o regime dos "contratos administrativos em geral", mas adotar como modelo, na maioria das suas disposições, uma categoria específica de contratos, os contratos de colaboração subordinada, que, embora corresponda ao paradigma em torno do qual, em França, foi construída a teoria do contrato administrativo e que, em Portugal, esgotava, efetivamente, durante praticamente todo o século XX, o universo circunscrito dos contratos que eram qualificados como administrativos, a verdade é que não se adequa à nova configuração, ampla e heterogénea, que hoje apresenta a figura do contrato administrativo, que se estende à categoria dos contratos sobre o exercício de poderes públicos.

A nosso ver, pelo contrário, o Título I da Parte III do CCP deveria ser integrado por um primeiro capítulo, dirigido a consagrar o verdadeiro regime dos "contratos administrativos em geral". Atendendo à heterogeneidade que hoje caracteriza a figura do contrato administrativo, exigim-

do soluções muito diversificadas de regime, este primeiro capítulo teria, necessariamente, uma dimensão muito reduzida. Para a determinação do seu conteúdo, haveria que fazer um esforço no sentido de identificar as questões que, carecendo de regulação normativa própria no Direito Administrativo, verdadeiramente se colocam em relação a todo e qualquer contrato administrativo, em termos de deverem ser objeto de regimes de aplicabilidade transversal às diferentes categorias de contratos administrativos. A nosso ver, os primeiros três capítulos do atual Título I da Parte III do CCP integram, como já foi dito, disposições passíveis de integrar o primeiro capítulo em referência, podendo talvez dizer-se que isso sucede com o essencial do regime dos artigos 278.º a 287.º, que compreende o regime da invalidade contratual — isto, naturalmente, sem prejuízo da existência, no âmbito deste regime, de soluções diferenciadas, designadamente em matéria de invalidade consequente, para certas categorias de contratos.

Ao referido primeiro capítulo seguir-se-ia um segundo capítulo, dirigido a consagrar o "regime geral dos contratos administrativos de colaboração". Como já foi dito, grande parte do regime do Título I da Parte III do CCP tem por objeto definir esse regime, que, como já foi dito, se encontra, a nosso ver, compreendido, ainda que com exceções pontuais, entre o artigo 288.º e o artigo 335.º. Os preceitos correspondentes deveriam, pois, integrar este segundo capítulo, que, no Título I da Parte III do CCP, assumiria explicitamente o propósito de definir o "regime geral dos contratos administrativos de colaboração", entendido este último conceito, como foi dito, no sentido de abranger os contratos administrativos de empreitada, de concessão e de aquisição e locação de bens móveis e de aquisição de serviços, assim como os contratos administrativos atípicos de colaboração do co-contratante na prossecução das atribuições do contraente público.

Uma vez feito isto, caberia, então, num terceiro capítulo, definir o regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos.

3. Como é sabido, para além da menção pontual a estes contratos em alguns preceitos dos artigos 278.º a 335.º, o Título I da Parte III do CCP contém dois artigos especificamente dedicados aos contratos sobre o exercício de poderes públicos: os artigos 336.º e 337.º. Tanto do conteúdo destes dois artigos, como do modo como ele (não) é articulado com os artigos que no mesmo Título os precedem, resulta o carácter incipiente do regime do CCP sobre esta categoria de contratos administrativos. Incipiente pela sua manifesta incompletude. Falta, na verdade, no Título I da Parte III do CCP, um capítulo autónomo inspirado por uma pretensão de completude na definição do regime dos contratos sobre o exercício dos poderes públicos que os atuais artigos 336.º e 337.º, manifestamente, não têm: em primeiro lugar, porque parecem assentar no pressuposto da aplicabilidade a esta categoria de contratos do regime dos artigos 278.º a 335.º, que, nessa perspectiva, apenas viriam complementar; e, em segundo lugar, porque, mesmo no que diz respeito às questões que especificamente se colocam a propósito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, apenas versam sobre três questões pontuais, sem procederem ao respetivo enquadramento.

No âmbito da estrutura que preconizamos, o terceiro capítulo do Título I da Parte III do CCP deveria ter essa pretensão, de modo a poder desempenhar, para os contratos sobre o exercício de poderes públicos, papel equivalente àquele que, na referida estrutura, seria desempenhado pelo segundo capítulo do mesmo Título, em relação aos contratos de colaboração. No confronto com o primeiro capítulo do Título I, ao qual, como foi dito, caberia definir o verdadeiro regime dos "contratos administrativos em geral", tanto ao capítulo segundo, para os contratos de colaboração, como ao capítulo terceiro, para os contratos sobre o exercício de poderes públicos, caberia, na verdade, disciplinar todos os aspetos de regime excluídos do objeto do primeiro capítulo por não serem de aplicabilidade transversal a todas as categorias de contratos administrativos.

E o primeiro dos aspetos específicos de regime que, por serem próprios aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, deveriam, quanto a nós, ser objeto de definição no terceiro capítulo do Título I da Parte III do CCP teria por objeto clarificar o sentido da expressão, que o CCP reiteradamente utiliza, de "contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos". A nosso ver, o CCP utiliza a expressão, de modo pouco feliz, para designar, no seu conjunto, os contratos públicos de matriz alemã, que são objeto de regulação na lei alemã de procedimento administrativo, pretendendo, assim, referir-se, através da fórmula "contratos com objeto passível de ato administrativo", aos contratos atípicos celebrados em substituição de atos administrativos (contratos substitutivos de atos administrativos), e da fórmula dos "demais contratos sobre o exercício de poderes públicos", aos contratos atípicos mediante os quais a Administração se compromete quanto aos termos em que procederá no futuro ao exercício concreto dos seus poderes (contratos obrigacionais). Haveria, por isso, vantagem em que o Código assumisse isso expressamente, não só para tornar claro que a expressão em causa não compreende contratos como as concessões, que são contratos administrativos típicos de colaboração, mas sobretudo para o efeito de assumir que, no seio da categoria dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, existem duas espécies bem distintas de contratos, cada uma das quais coloca questões próprias que carecem de respostas diferenciadas de regime — matéria que seria objeto de regulação subsequente, em duas pequenas secções, uma dedicada aos contratos substitutivos de atos administrativos e a outra aos contratos obrigacionais.

4. No que diz respeito ao regime dos contratos substitutivos de atos administrativos, haveria, a nosso ver, que começar por se assumir que, embora o artigo 278.º do CCP confira à Administração a possibilidade de optar, em situações concretas, pela utilização da forma do contrato em substituição da forma do ato administrativo, essa opção não tem o alcance de subtrair a Administração ao dever de observar o princípio da legalidade, pelo qual se rege todo o exercício de poderes administrativos, de onde resulta que o contrato substitutivo de ato administrativo se encontra submetido ao mesmo regime de legalidade material aplicável ao ato administrativo com o mesmo objeto que introduza idêntica regulamentação da situação concreta. A nosso ver, é, na verdade, de lamentar que postulado tão importante como este não seja hoje expressamente assumido no artigo 336.º do CCP, cujo conteúdo, a abrir a secção dedicada aos contratos sobre

o exercício de poderes públicos, nos parece, pelo contrário, passar uma mensagem ambígua, senão mesmo errada, em matéria tão sensível.

De harmonia com este postulado, haveria, por outro lado, que assumir também que a substituição do ato por contrato não pode ser determinada pelo propósito de impor ao particular, através do contrato, obrigações, ónus ou sujeições que não lhe pudessem ser impostas através da inserção de cláusulas particulares ou acessórias no conteúdo do ato substituído, pelo que a eventual imposição acessória ao co-contratante da realização de contrapartidas para o interesse público só é admissível quando seja determinante para justificar, como mais favorável para o interesse público, o exercício do poder discricionário em sentido favorável ao interessado que é objeto principal do contrato. Daqui decorre que os contratos constitutivos de direitos para os particulares só podem ser modificados ou resolvidos por supervenientes razões de interesse público dentro dos condicionalismos que a lei estabeleça para a revogação dos atos administrativos de conteúdo correspondente, pelo que só dentro desses limites poderá ser validamente estipulada a previsão da respetiva modificação ou resolução no clausulado do contrato.

Esta solução, que naturalmente decorre da aplicação dos princípios, é, a nosso ver, aquela que, já hoje, resulta da interpretação adequada do regime do artigo 336.º do CCP, na parte que diz respeito aos contratos substitutivos de atos administrativos. Não podemos deixar, no entanto, de reconhecer que o texto do preceito é ambíguo, pelo que o sentido da sua interpretação é equívoco. Daí o interesse na clarificação deste ponto, que, naturalmente, envolve a eliminação do regime do atual artigo 336.º do CCP, pondo cobro a um perigoso experimentalismo, que, no aparente propósito de promover a todo o custo a flexibilização do conteúdo dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, como se tal resultado fosse, por definição, um bem em si mesmo, conduziu à consagração, no referido artigo, de um regime inédito no direito comparado e que não encontra, na doutrina pátria que o precedeu, alicerces aptos a fornecer-lhe uma base sedimentada de sustentação.

5. No que, por sua vez, diz respeito ao regime dos contratos obrigacionais, mediante os quais a Administração se compromete quanto aos termos em que procederá no futuro ao exercício concreto dos seus poderes, haveria, a nosso ver, que explicitar que, para que a Administração possa vincular-se antecipadamente quanto aos termos do exercício futuro dos seus poderes, é necessário que, no momento em que se vincula, ela já esteja na posse de todos os elementos relevantes para a tomada da decisão e verifique que, não só se encontram preenchidos os pressupostos legalmente exigidos para que ela possa ou deva ser tomada nesse sentido, mas também, não estando em causa o exercício de um poder vinculado, que existem motivos que identifica como determinantes para o exercício do poder discricionário no sentido convencionado. Este é o postulado em que, a nosso ver, se funda, e à luz do qual deveria ser, por isso, interpretado, o regime do n.º 2 do artigo 337.º do CCP, na parte em que se refere aos "pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado", mas que, precisamente por isso, haveria, quanto a nós, toda a vantagem em assumir de forma clara.

Por outro lado, decorre do referido postulado que não é admissível a vinculação prévia da Administração quanto ao resultado de procedimentos ainda não instruídos, representando esta, a nosso ver, uma forte limitação à legitimidade dos vínculos que a Administração pode assumir quanto ao exercício futuro dos seus poderes. Por conseguinte, também seria, a nosso ver, de consagrar, neste domínio, uma disposição que submetesse expressamente à condição da compatibilidade do respetivo cumprimento com o resultado do procedimento os contratos mediante os quais a Administração se comprometa quanto aos termos do exercício futuro de um seu poder em momento anterior ao desenvolvimento do procedimento respeitante ao exercício concreto do poder em causa.

Questões de regime que também se colocam a propósito dos contratos mediante os quais a Administração se vincula à prática ou omissão futura de um ato administrativo dizem respeito às consequências da invalidade do contrato sobre o ato prometido e do eventual incumprimento do contrato sobre a validade do ato administrativo que venha a ser praticado em desconformidade com a obrigação contratualmente assumida. Também estas questões deveriam ser, por isso, objeto de regulação no capítulo do Título I da Parte III do CCP dedicado à definição do regime aplicável aos contratos sobre o exercício de poderes públicos.

A nosso ver, o aspeto em relação ao qual se afigura mais problemática a determinação do regime aplicável aos contratos administrativos obrigacionais sobre o exercício de poderes públicos é o que diz respeito ao regime da modificação e extinção destes contratos.

Sobre essa matéria, já existe o n.º 2 do artigo 337.º do CCP, que, a nosso ver, prevê a ocorrência de alterações objetivas das circunstâncias, embora optando — de modo, a nosso ver, discutível — por lhes fazer corresponder uma solução automática de caducidade do contrato. A nosso ver, seria, no entanto, de prever também a possibilidade da aplicação propriamente dita, neste domínio, do instituto da alteração objetiva de circunstâncias, designadamente para o efeito de qualquer das partes poder obter a modificação do contrato, sendo, nesse contexto, de integrar no capítulo relativo aos contratos sobre o exercício de poderes públicos previsão correspondente à da alínea a) do atual artigo 312.º e de deslocar para este capítulo a previsão do n.º 3 do atual artigo 313.º do CCP.

A nosso ver, a própria função que os contratos obrigacionais sobre o exercício de poderes públicos visam prosseguir seria, entretanto, defraudada, em prejuízo da confiança por eles gerada, se eles pudessem ser livremente modificados ou resolvidos pelo contraente público por razões de interesse público apenas decorrentes "de uma nova ponderação das circunstâncias existentes", a exemplo do que admitem os artigos 312.º e 334.º do CCP, no que diz respeito aos contratos de colaboração dos particulares na prossecução das atribuições das entidades administrativas. A nosso ver, o regime de modificação e resolução dos contratos aqui em referência não deve, por isso, estender a estes contratos a aplicabilidade de soluções que, fora dos casos de alteração objetiva das circunstâncias, admitem a imposição pelo contraente público da modificação ou da resolução do contrato por razões de interesse público.

A nosso ver, deve, na verdade, entender-se que, no momento em que, de posse de todos os elementos relevantes para a tomada da decisão, a Administração conclua, como foi dito, que existem motivos que identifica como determinantes para o exercício do poder discricionário em determinado sentido e, em função disso, ela se vincule quanto aos termos do exercício futuro do seu poder, o exercício do seu poder discricionário fica consumido pela pré-determinação dos termos do seu exercício, de modo que tudo deve passar-se como se a decisão já tivesse sido tomada e, portanto, como se já tivesse sido praticado um ato constitutivo de direitos, que só dentro de determinados pressupostos pode ser revogado. Por conseguinte, os contratos em referência só devem, quanto a nós, poder cessar ou ser modificados com fundamento em alterações objetivas das circunstâncias.

