
ESTUDOS

EM HOMENAGEM

AO PROF. DOUTOR

SÉRVULO CORREIA

VOLUME II



E D I Ç Ã O
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Coimbra Editora

2010

IV

Direito Administrativo

	Págs.
<i>Alexandra Leitão</i> , Da admissibilidade de pessoas colectivas de iniciativa pública beneficiarem do estatuto de utilidade pública	11
<i>Ana Fernanda Neves</i> , Os princípios da contratação pública	29
<i>Ana Gouveia Martins</i> , A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas	59
<i>André Salgado de Matos</i> , A natureza jurídica da delegação de poderes: uma reapreciação	119
<i>António Cadilha</i> , Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa	161
<i>António Cândido de Oliveira</i> , A mais recente evolução da justiça administrativa na Inglaterra: os tribunals	225
<i>Bernardo Diniz de Ayala</i> , Actividade contratual e negociações informais da Administração: dois modos comuns de actuação administrativa com oscilações na tutela jurisdiccional do particular	239
<i>Cláudia Viana</i> , Contrato de trabalho em funções públicas: privatização ou publicização da relação jurídica de emprego público?	277
<i>David Duarte</i> , A revogação de actos administrativos ilegais por incompetência relativa vista das normas de competência	305
<i>Francisco Paes Marques</i> , O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no tsunami?	325
<i>Gonçalo Coelho</i> , O licenciamento da televisão digital terrestre à luz do artigo 38.º, n.º 7, da Constituição da República Portuguesa	347
<i>João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez</i> , A contratação pública de serviços de assessoria jurídica	373
<i>João Caupers</i> , O contrato administrativo no pensamento de José Manuel Sérvulo Correia	415
<i>João Miranda</i> , O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas	433
<i>José de Melo Alexandrino</i> , A determinação das atribuições das autarquias locais	459
<i>José Luís Bonifácio Ramos</i> , Domínio público e domínio privado: mitos e sombras	487
<i>Lino Torgal/Marisa Martins Fonseca</i> , Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (<i>Unsolicited Proposals</i>)	523
<i>Luís Cabral de Moncada</i> , Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo	573
<i>Luís Filipe Colaço Antunes</i> , O dogma da anulação administrativa	613

	Págs.
<i>Luis Sousa da Fábrika</i> , A contraposição entre acção comum e acção especial no Código de Processo nos Tribunais Administrativos	631
<i>Luisa Nero</i> , A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado	657
<i>Maífaldá Carmona</i> , Relações jurídicas poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de actos administrativos	695
<i>Mark Bobela-Mota Kirkby</i> , Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia — Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP — uma alteração do paradigma de qualificação?	759
<i>Mário Aroso de Almeida</i> , Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos	811
<i>Miguel Ângelo Crespo</i> , O regime de gestão limitada nas autarquias locais	847
<i>Miguel Assis Raimundo</i> , Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos	881
<i>Miguel Prata Roque</i> , O Direito Administrativo Europeu — Um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais	903
<i>Paulo Otero</i> , Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por facto ilícito	965
<i>Pedro Gonçalves</i> , Regulação administrativa e contrato	987
<i>Ricardo Branco</i> , As sentenças substitutivas de actos administrativos no contencioso administrativo português	1025
<i>Rui Chancelle de Machete</i> , Sobre a legitimidade dos particulares nas acções administrativas especiais	1117
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> , Identificações metodológicas da doutrina jusadministrativa portuguesa na parte central do século XX: Marcello Caetano, José Carlos Moreira, Armando Marques Guedes e Afonso Queiró	1127
<i>Rui Tavares Lanceiro</i> , A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos	1147
<i>Vasco Pereira da Silva</i> , “É sempre a mesma cantiga” — O Contencioso da Responsabilidade Civil Pública	1205
<i>Vera EirólEsperança Mealha</i> , Damages under Public Procurement: the Portuguese case	1231
<i>Vitalino Canas</i> , A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas	1253

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA

JOÃO AMARAL E ALMEIDA
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

1. A APLICAÇÃO DO REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A TENDENCIAL PREFERÊNCIA POR PROCEDIMENTOS DE NATUREZA CONCORRENCIAL

1.1. A Ciência da Administração tem mostrado o papel estratégico que hoje se reconhece ao «*outsourcing*» ou «*contracting-out*» na reformulação das orgânicas e das actividades administrativas. Na maioria dos casos, estas soluções trazem consigo incremento da produtividade, redução de encargos fixos de volume muito superior ao das novas despesas, técnicas inovatórias de prestação e muito mais efectiva responsabilização pelos incumprimentos de metas e deficiências de execução. E um dos domínios em que a Administração Pública regularmente recorre à contratação de serviços externos de assessoria, como instrumento para a satisfação das atribuições que estão a seu cargo, é o dos serviços jurídicos.

Mas a verdade é que, embora reconhecendo a necessidade da contratação pública da aquisição de serviços de assessoria jurídica, tem havido recorrentemente algumas vezes a pôr em causa a bondade dessa prática; mais concretamente, o modo como a Administração Pública procede à escolha dos seus consultores.

O objecto do presente estudo é pois o dos critérios que devem presidir à selecção do procedimento pré-contratual mais adequado à formação de contratos públicos de aquisição de serviços de assessoria jurídica, incluindo, em especial, os serviços de advocacia.

Está pois em causa saber se as especificidades inerentes à prestação de serviços de assessoria jurídica, em geral, e de serviços de advocacia, em particular, justificam, à luz do novo regime de contratação pública constante do Código dos Contratos Públicos, a adopção de um procedimento restritivo da concorrência — isto é, do procedimento de ajuste directo.

1.2. A questão suscitada resulta, em primeira linha, da *preferência explícita* que as ordens jurídicas comunitária e nacional assumem pela adopção de *pro-*

cedimentos de natureza concorrencial para a formação dos contratos celebrados pela Administração Pública e para a inerente escolha do seu co-contratante.

De facto, o regime procedimental de formação de contratos públicos presentemente vigente não constitui senão uma *mera concretização de valores suportados pelas próprias ordens constitucional e comunitária* e que, portanto, se impõem ao legislador ordinário.

Com efeito, no tocante à ordem comunitária, é manifesto que o regime que o legislador nacional consagrou na Parte II do Código dos Contratos Públicos constitui, antes do mais, um instrumento privilegiado de realização do *mercado interno* e, em especial, das liberdades comunitárias de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais ⁽¹⁾. Isso implica, em concreto, que a determinação do âmbito de aplicação das regras de contratação pública nunca poderia ser desligada dos princípios da *concorrência* e da *não discriminação em razão da nacionalidade* que constituem as pedras angulares das normas comunitárias.

Mas, em rigor, aquela imposição comunitária apenas acresce a um outro mandato que já impende sobre o Estado no âmbito *interno* da própria ordem constitucional portuguesa: tal como resulta do disposto na alínea *f*) do artigo 81.º da Constituição, corresponde a uma “incumbência prioritária do Estado” “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas” — objectivo que é ainda reiterado na alínea *a*) do artigo 99.º da Lei Fundamental.

Aquelas disposições constitucionais permitem confirmar que, ainda antes de qualquer imposição heterónoma nascida do ordenamento comunitário, *é a própria ordem constitucional portuguesa que assume como valor estruturante da organização económica a defesa da concorrência* ⁽²⁾.

De resto, sem prejuízo da relevância que tal valor já representaria para a tutela (*subjectiva*) da posição de todos os agentes económicos no mercado, é certo que, quando uma das entidades contratantes é formal ou materialmente integrada na Administração Pública, o princípio da concorrência arvora-se então, sob uma nova vertente (agora *objectiva*), em garantia adicional para a satisfação do interesse público ⁽³⁾, uma vez que o legislador constituinte parte do pressuposto de que a livre abertura, participação, igualdade e competição entre os interessados em contratar com a Administração permite, pelo menos tendencialmente, incre-

⁽¹⁾ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 21.

⁽²⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 969 e 970.

⁽³⁾ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 594.

mentar os meios de seleccionar a proposta mais apta para a prossecução das necessidades de interesse geral visadas com a decisão de contratar ⁽⁴⁾.

Assim, se, na perspectiva do Direito Comunitário, o princípio da concorrência é tendencialmente associado ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, pode concluir-se que, na perspectiva do Direito Constitucional português, e dentro do âmbito da contratação pública, o princípio da concorrência surge já associado ao princípio da prossecução do interesse público proclamado pelo n.º 1 do artigo 266.º da Constituição.

Por outras palavras, quando a concorrência se destina a encontrar o co-contratante de uma entidade administrativa, a concorrência arvora-se, em simultâneo, numa garantia da *igualdade dos prestadores no mercado* — pretende-se uma tutela de *interesses privados ou particulares* — e num meio de que a Administração dispõe para maximizar as possibilidades de encontrar as *condições contratuais mais adequadas no mercado* — pretende-se então uma tutela de *interesses públicos e necessidades gerais ou colectivas* ⁽⁵⁾.

1.3. É isso que justifica que o legislador tenha sido particularmente exigente na enunciação dos contratos cuja formação exige que seja submetida ao regime de contratação pública.

1) Por um lado, determina, no n.º 2 do artigo 1.º do CCP, a aplicação desse regime à formação de (tendencialmente) todos os *contratos públicos*, isto é, a quaisquer “contratos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas Entidades Adjudicantes referidas no presente Código”.

2) Por outro lado, admite a dispensa desse regime *apenas* quando, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 5.º do CCP, o objecto do contrato “abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado” — o que equivale a afirmar, sob a perspectiva contrária, que o legislador se não basta com a verificação de que a prestação *não está sujeita à concorrência de mercado* para o efeito de desaplicar a Parte II do CCP. Para tal desaplicação exige, além disso, que, em razão da natureza do tipo contratual a que ela se reconduz, tal prestação não seja sequer *susceptível de estar submetida à concorrência de mercado* — independentemente da concorrência concreta que se verifique em cada momento. Isto é, ainda que se verifique num dado momento que não existe concorrência para a realização de uma determinada prestação, requer-se, além disso, demonstrar que se está perante um tipo contratual cujas

⁽⁴⁾ Cfr. MARGARIDA CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 111 e segs.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu...* cit., pág. 370.

⁽⁵⁾ Cfr. MARGARIDA CABRAL, *O Concurso Público...*, cit., pág. 111.

prestações não podem *nunca, em nenhum caso*, suscitar essa concorrência; que, portanto, ela não existe e é *insusceptível* de vir a existir no futuro.

E, para o efeito de esclarecer o que entende por *prestação insusceptível de ser submetida à concorrência*, o legislador oferece um contributo extraordinariamente valioso quando, já no artigo 16.º do CCP, apresenta o leque de cinco procedimentos disponíveis “para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado” — o que equivale a dizer: contratos que não podem beneficiar daquela regra de exclusão prevista no n.º 1 do artigo 5.º

O legislador esclarece, então, no n.º 2 do artigo 16.º, que, “para os efeitos do disposto no número anterior, *consideram-se submetidas à concorrência de mercado*, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objecto dos seguintes contratos, *independentemente da sua designação ou natureza*:

- a) Empreitada de obras públicas;
- b) Concessão de obras públicas;
- c) Concessão de serviços públicos;
- d) Locação ou aquisição de bens móveis;
- e) *Aquisição de serviços*;
- f) *Sociedade*”.

1.4. A interpretação conjugada destes preceitos oferece, assim, um entendimento claro da particular exigência que o legislador impôs na enunciação do âmbito de aplicação do regime de contratação pública:

- i) A lei reconhece (porque, desde logo por razões de inevitabilidade lógica, não podia deixar de o fazer) que os *procedimentos concorrenciais* previstos na Parte II do CCP não são aplicáveis a prestações que *não podem ser submetidas à concorrência*;
- ii) Contudo, esclarece, desde logo, que alguns *tipos de contratos* — aqueles que são enumerados no n.º 2 do artigo 16.º — estão inequivocamente *submetidos à concorrência*, ou, pelo menos, são *susceptíveis* de o estar;
- iii) Logo, no tocante a esses *tipos de contratos*, o legislador impõe, de imediato, a conclusão de que **a regra excepcional prevista no n.º 1 do artigo 5.º não lhes é aplicável — determinando a sua submissão ao regime de contratação pública constante da Parte II do CCP.**

1.5. Portanto, na medida em que as prestações de serviços de assessoria jurídica se reconduzem obviamente a um dos tipos referidos no n.º 2 do artigo 16.º

do CCP, tais prestações contratuais consideram-se, independentemente de qualquer outro juízo ou elemento adicional, susceptíveis de serem submetidas à concorrência de mercado.

E é por isso que **qualquer Entidade Adjudicante se encontra vinculada a adoptar um dos procedimentos previstos no n.º 1 do artigo 16.º para a formação dos contratos de assessoria jurídica.**

2. O RESULTADO DA PONDERAÇÃO DE RAZÕES DE PESO FUNDAMENTADAS NA ORDENS CONSTITUCIONAL E COMUNITÁRIA: A RESTRIÇÃO À CONCORRÊNCIA ATRAVÉS DA ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO DE AJUSTE DIRECTO

2.1. Como seria de esperar, a conclusão quanto à incontornável *aplicabilidade da Parte II do CCP* aos contratos cujas prestações sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência não deve conduzir o intérprete a, caindo no extremo oposto, desconsiderar as *especificidades* que o *objecto de cada contrato* concretamente celebrado podem impor para a *dispensa de abertura de um procedimento concorrencial*.

Por outras palavras: ainda que imponha que a celebração do contrato em causa deva ser precedida de um procedimento de direito público, o legislador não deixa de admitir que, em certos casos, as prestações que constituem o objecto desse contrato podem reclamar a adopção daquele que, entre os cinco tipos de procedimentos pré-contratuais previstos no n.º 1 do artigo 16.º do CCP, se assume como o *procedimento intrinsecamente mais restritivo da concorrência* — o *procedimento de ajuste directo*.

É que, mesmo considerando que os tipos de contratos enunciados no n.º 2 do artigo 16.º do CCP são *em abstracto* susceptíveis de suscitar a concorrência de mercado, o legislador não pode ignorar que as prestações integradas *em concreto* no objecto de cada contrato podem, *de facto*, desaconselhar a realização de um apelo genérico à concorrência de mercado — podendo mesmo tal apelo genérico, alegadamente destinado à promoção da concorrência, constituir afinal uma *formalidade despropositada e contraproducente*.

2.2. Em concreto, a simples análise do regime jurídico de formação de contratos públicos permite demonstrar que a ordem jurídica reconhece que, quando aplicados irrestritamente na formação de um contrato público, os princípios da concorrência e da igualdade conduziriam a resultados inoportáveis para o interesse público, provocando, no limite, uma paralisação da própria actividade administrativa.

Com efeito, quando forma um contrato, a Administração depara-se frequentemente com dois *conjuntos de princípios* que jogam um papel central na satisfação do interesse público e que, por natureza, apresentam uma vocação intrínseca para entrar em conflito.

1) Por um lado, os já referidos princípios da igualdade e da concorrência na escolha do co-contratante permitem a maximização das possibilidades de que a Administração dispõe para encontrar uma proposta apta a satisfazer as necessidades que justificaram a decisão de contratar ⁽⁶⁾, através do aproveitamento dos mecanismos da livre iniciativa económica e da competição que a eles subjaz ⁽⁷⁾. Conduzidos ao limite do seu âmbito normativo ideal, estes princípios imporiam, portanto, a adopção de um procedimento mais solene e formalizado para a formação de qualquer contrato que a Administração celebrasse, por mais ínfimo ou insignificante que fosse o seu valor ou por mais reduzida que se revelasse a concorrência suscitada num determinado segmento de mercado.

2) Mas, justamente porque a aplicação ilimitada destes princípios conduziria a uma paralisação da actividade administrativa de satisfação das necessidades da comunidade, em sentido contrário à sua aplicação militam os princípios da celeridade na prossecução do interesse público e da desformalização da actividade administrativa contratual. Tais princípios pressupõem a adopção de um procedimento que, mesmo impondo uma restrição à concorrência, permita à Entidade Adjudicante a celebração mais rápida do contrato e a célere satisfação do interesse público que presidiu à decisão de contratar.

2.3. Tendo sido convocado para resolver esta colisão de princípios, o legislador procedeu a uma ponderação destinada a satisfazer o respectivo conteúdo normativo até onde seja juridicamente possível. Por outras palavras: a fixação de limites legais à adopção do procedimento de ajuste directo não constitui senão um resultado dessa ponderação entre princípios jurídicos conflitantes.

1) Tal ponderação é, num primeiro momento, realizada através da criação de *limites quantitativos* ao “benefício económico” ⁽⁸⁾ resultante do contrato público que a Administração pretende celebrar, os quais constam da alínea a) do artigo 19.º, da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º do CCP.

⁽⁶⁾ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., Vol. II, 2001, pág. 594.

⁽⁷⁾ Cfr. MARGARIDA CABRAL, *O Concurso...*, cit., págs. 111 e segs.

⁽⁸⁾ Cfr. n.º 1 do artigo 17.º do CCP.

Sempre que o benefício económico resultante do contrato a celebrar não atinja aqueles limites quantitativos, a lei *presume*, de modo absoluto ou *inilidível*, que o interesse ou a necessidade de submeter as prestações contratuais à concorrência de mercado é reduzido, pelo que o sacrifício que a adopção do ajuste directo representa para os princípios da igualdade, da imparcialidade e da concorrência é minimizado. Por conseguinte, justamente em razão do seu reduzido peso, tal sacrifício pode ser compensado ou suplantado pelos benefícios que a escolha de um procedimento mais desformalizado acarreta para a celeridade na prossecução do interesse público.

Assim, em resultado dessa ponderação, sempre que estas condições quantitativas estejam verificadas, a lei habilita a Entidade Adjudicante a adoptar o procedimento de ajuste directo, atribuindo-lhe a prerrogativa de escolher o número e a identidade dos operadores de mercado a convidar para a apresentação de uma proposta.

Nessas condições, a lei erige a Entidade Adjudicante como “*soberana do procedimento*”, atribuindo-lhe uma *liberdade tendencialmente absoluta quanto à tramitação a impor e quanto ao número e à identidade dos operadores económicos a convidar para apresentar proposta*.

2) Mas, abstraindo-se daquele *critério quantitativo*, o legislador reconhece ainda que **existem razões materiais de interesse geral que justificam a restrição à concorrência mesmo quando o valor do benefício económico resultante do contrato a celebrar do contrato seja mais vultuoso** — enunciando *critérios materiais* de adopção do procedimento de ajuste directo, constantes dos artigos 24.º a 27.º do CCP ⁽⁹⁾.

Neste cenário, o motivo que fundamenta a escolha do ajuste directo ultrapassa qualquer consideração de natureza quantitativa e alheia-se mesmo do valor do benefício económico a auferir pelo adjudicatário: presume-se, também aqui de forma absoluta ou inilidível, que **os princípios e valores materiais que são tutelados pela adopção do procedimento de ajuste directo compensam e suplantam, pela sua relevância para o interesse público, as desvantagens que podem decorrer da ameaça resultante da restrição à concorrência** — mesmo, insista-se, quando o valor do benefício económico que se subtrai à concorrência é elevado.

Por isso, tal como resulta do disposto no artigo 23.º do CCP, a escolha do procedimento ao abrigo de um critério material permite a celebração de contratos *de qualquer valor*, afastando a regra de condicionamento do valor do contrato que, à partida, seria aplicável por efeito do disposto no artigo 18.º

⁽⁹⁾ A que excepcionalmente acrescem ainda os previstos, para a formação dos contratos de sociedade e de concessão de serviços públicos, no n.º 3 do artigo 31.º, e para a formação de contratos a celebrar no âmbito dos “sectores especiais”, no n.º 1 do artigo 33.º

3. A ESPECIFICIDADE TÉCNICA DO OBJECTO CONTRATUAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA

3.1. Com base nesta avaliação preliminar do regime de contratação pública, pode, em suma, afirmar-se que:

1) Por um lado, a ordem jurídica reconhece que a realização de um apelo genérico ao mercado no seio de um procedimento concorrencial permite assegurar, em simultâneo, *i)* a tutela de *interesses privados ou particulares* — pela garantia da *igualdade dos prestadores no mercado* — e *ii)* a tutela de *interesses públicos e necessidades gerais ou colectivas* — pelo incremento dos meios de que a Administração dispõe para maximizar as possibilidades de encontrar as *condições contratuais mais adequadas no mercado*. É pois nessa medida que o legislador expressa uma **tendencial preferência valorativa pelo recurso a procedimentos concorrenciais e abertos a todos os operadores económicos para a formação de contratos públicos**;

2) Contudo, por outro, o legislador não deixa de identificar **razões materiais de interesse geral que justificam uma compressão do princípio da concorrência**, pelo que admite que a formação de um contrato público se concretize através da selecção daquele que, entre os cinco tipos de procedimentos pré-contratuais previstos no n.º 1 do artigo 16.º do CCP, se assume como o **procedimento intrinsecamente mais restritivo da concorrência: o procedimento de ajuste directo**.

3.2. Ora, tomando como assentes estes dois pressupostos — que, por natureza, são susceptíveis de entrar em colisão —, pode reconhecer-se intuitivamente que o tipo de prestações contratuais aqui em causa — serviços de assessoria jurídica e, em especial, serviços de advocacia — constitui justamente o exemplo ideal de um tipo de actividade económica que se revela pouco consentâneo com um apelo genérico à concorrência de mercado e com uma abertura indiscriminada à livre competição de todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração.

De facto, é razoável aceitar que a prestação desse tipo de serviços pressupõe uma especial aptidão técnica assente, primeiro, no domínio e no conhecimento das fontes do Direito e, depois, na peculiar capacidade e sensibilidade para a identificação e aplicação das soluções constantes das fontes às pretensões invocadas pelos beneficiários dos serviços jurídicos.

Evidentemente, a especial aptidão que é requerida aos prestadores deste tipo de serviços restringe em muito o âmbito potencial dos operadores económicos que podem entrar em concorrência no contexto de um procedimento pré-contratual.

Isso equivale a dizer que o apelo à concorrência que a Entidade Adjudicante eventualmente venha a realizar através da publicação de um anúncio tem o seu efeito útil fortemente condicionado e restringido.

É exactamente esse o primeiro motivo da dúvida que é suscitada quanto à viabilidade do recurso a um procedimento concorrencial para a aquisição de serviços jurídicos: é que é justamente a publicação de um anúncio, do qual consta um convite genérico ao mercado para a apresentação de uma proposta contratual, que constitui o pilar essencial dos procedimentos concorrenciais de formação de contratos públicos. Ora, a drástica restrição do número de destinatários potenciais do anúncio, resultante da especial aptidão técnica requerida aos interessados em contratar, pode, só por si, colocar em crise a própria utilidade da abertura de um procedimento concorrencial.

Portanto, essa especificidade técnica inerente ao objecto do contrato a celebrar poderia sugerir o recurso a um procedimento que assenta numa restrição genérica à concorrência e na atribuição à Administração da prerrogativa de selecção dos operadores económicos que pretende convidar para a apresentação de uma proposta, isto é, o procedimento de ajuste directo.

3.3. Contudo, esta *intuição* quanto à especificidade técnica inerente à prestação de serviços jurídicos não pode, *pelo menos só por si*, legitimar a adopção de um procedimento restritivo da concorrência. Na verdade, uma tal intuição, baseada na especial aptidão técnica requerida aos prestadores de serviços jurídicos, poderia conduzir o intérprete a fundamentar a adopção do procedimento de ajuste directo no critério material constante da alínea *e)* do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, que permite o recurso a esse procedimento quando, “por motivos técnicos (...), a prestação objecto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada”.

Ora, salvo em casos manifestamente excepcionais, **esses pressupostos de aplicação dessa norma habilitante não se verificam para a aquisição de serviços jurídicos**. De facto, para a perfeita compreensão do alcance dessa norma, é útil ter em mente que, com a sua redacção, o legislador nacional limitou-se a reproduzir a redacção que já constava da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 31.º da Directiva n.º 2004/18/CE, que admite que “as entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio (...), quando, por motivos técnicos, artísticos ou atinentes à protecção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado”.

E compreende-se o motivo pelo qual a obrigação de abertura de um procedimento concorrencial é derogada naqueles casos: pode a Entidade Adjudicante, ao configurar o objecto do contrato que pretende celebrar, verificar que *o interesse público que justifica a decisão de contratar só pode ser satisfeito com a*

contratação de um operador económico determinado, já que, em razão da sua especial aptidão técnica e, até, em certos casos, da detenção de um direito exclusivo de realização de uma certa actividade económica, *não existe margem de escolha para seleccionar um outro co-contratante*.

Isto é, quando a Entidade Adjudicante verifica que *apenas um operador económico pode executar o contrato que se pretende celebrar* — ou, sob a perspectiva negativa, que *nenhum outro prestador pode realizar as mesmas prestações que constituem o objecto do contrato* —, pode concluir-se que, sendo *juridicamente possível* a existência de concorrência em razão do tipo de contrato a celebrar (contrato de aquisição de serviços — cfr. alínea e) do n.º 2 do artigo 16.º do CCP), ela *não existe de facto*, porque *apenas uma entidade se encontra apta* a executar a prestação que constitui o objecto contratual, tal como a Entidade Adjudicante *legitimamente* o configurou ⁽¹⁰⁾.

Ou seja, é, em rigor, o próprio segmento de mercado a que a Entidade Adjudicante se dirige que a força a reduzir o leque de potenciais co-contratantes a apenas um. Esse operador é, então, em razão da *tecnicidade própria* da actividade económica em causa, o único que se assume como *tecnicamente apto ou capacitado* para executar o contrato.

Ora, como é evidente, quando uma tal situação fáctica se verifique, a simples sugestão de recurso a um procedimento concorrencial assente num anúncio é, em si mesma, técnica, jurídica e economicamente irracional: se um contrato integra prestações que, *de facto*, *não se encontram submetidas à concorrência de mercado*, é despropositada a adopção de um procedimento que era justamente destinado à *promoção da concorrência*. Mais do que *irrelevante* ou *inútil*, a imposição de um procedimento burocrático e formal para a formação desse contrato poderia, em rigor, assumir-se até como *lesiva* para o interesse público: é que, nesse cenário, a Administração estaria obrigada a protelar a celebração de um contrato relevante para a satisfação de uma necessidade de interesse geral apenas com o propósito de cumprir um conjunto de formalidades que, afinal, não teriam qualquer efeito útil para o ordenamento jurídico.

3.4. Tendo em conta este enquadramento, bem se compreende o motivo pelo qual, na generalidade dos casos, **a aquisição de serviços jurídicos não permite o apelo a este critério material de adopção do procedimento de ajuste directo**: é certo que a prestação desse tipo de serviços pressupõe uma especial aptidão técnica que restringe o âmbito potencial dos operadores económicos suscetíveis de contratar com a Administração. Mas, como é bom de ver, por

⁽¹⁰⁾ Cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2.ª edição, Sweet & Maxweel, London, 2005, págs. 615 e 616.

maior que seja essa aptidão — ou por mais exigente que seja a Entidade Adjudicante na selecção do co-contratante —, dificilmente o leque de potenciais co-contratantes pode ser reduzido ao ponto de apenas poder ser seleccionado *um prestador* de serviços jurídicos. Isto é, por maior que seja a *tecnicidade própria* da actividade inerente à prestação de serviços jurídicos, não parece verosímil a hipótese de se identificar *um único* operador económico tecnicamente apto ou capacitado para executar o contrato.

Ora, de acordo com o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, o recurso ao ajuste directo só estaria justificado pela *inexistência concreta de concorrência* entre operadores económicos aptos a contratar com a Administração — tornando pois contraproducente a adopção de um procedimento burocrático destinado à promoção de uma concorrência que inexistente *in casu*. E é esse pressuposto que se não verifica no caso da aquisição de serviços jurídicos: é certo que a aptidão técnica requerida para a prestação desses serviços restringe o número de operadores económicos aptos a contratar com a Administração; *mas, enquanto tal número for superior a um, ainda é possível submeter as prestações objecto do contrato à concorrência de mercado*.

Portanto, não pode legitimamente afirmar-se que a adopção de um procedimento destinado ao fomento da concorrência seja, no caso em apreço, inútil ou contraproducente; a especificidade técnica do objecto contratual *não constitui uma razão de peso suficiente para fundamentar a compressão do princípio da concorrência através do recurso ao procedimento de ajuste directo*.

Sendo assim, **não se encontra verificado o pressuposto material que a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP enuncia como causa habilitante para adopção do procedimento de ajuste directo**, já que se não vislumbram “motivos técnicos” que forcem a que “a prestação objecto do contrato *só possa ser confiada a uma entidade determinada*”.

4. A ESCOLHA DO TIPO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO PARA A FORMAÇÃO DE CONTRATOS DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA

4.1. Razão de ordem

4.1.1. O percurso realizado até ao momento permite demonstrar, em suma, que:

- a) O âmbito dos operadores económicos *potencialmente habilitados* a prestar serviços jurídicos à Administração Pública é *drasticamente restringido* pela especial aptidão técnica inerente ao tipo de prestações a realizar;

- b) Contudo, por maior que seja essa restrição, pode vislumbrar-se ainda um conjunto suficientemente relevante de operadores económicos que podem entrar em concorrência para obter a adjudicação da sua proposta no âmbito de um procedimento concorrencial;
- c) Essa circunstância constitui motivo bastante para concluir que, pelo menos em princípio, *não pode ser aplicável* à aquisição de serviços jurídicos o fundamento material de recurso ao procedimento de ajuste directo constante da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, o qual depende da demonstração de que “a prestação objecto do contrato *só [pode] ser confiada a uma entidade determinada*” — algo que não sucede quando se verifique existirem *pelos menos duas entidades* aptas a contratar com a Administração.

4.1.2. Todavia, esta conclusão não é ainda suficiente para confirmar que o recurso a um procedimento concorrencial de natureza concursal é efectivamente *viável e exequível*.

Não pode ignorar-se, é certo, o pressuposto do qual se partiu para a presente análise: que a ordem jurídica expressa uma *tendencial preferência valorativa* pelo recurso a procedimentos concorrenciais e abertos a todos os operadores económicos para a formação de contratos públicos, reconhecendo o contributo que a promoção da competição entre operadores de mercado pode oferecer para a obtenção de condições contratuais mais vantajosas ou idóneas para a prossecução do interesse público.

Porém, uma tal preferência *valorativa* só pode concretizar-se *de facto* na adopção de um procedimento concorrencial quando a Entidade Adjudicante realize um juízo adicional — e imprescindível — quanto à *exequibilidade* da submissão do contrato à concorrência de mercado. Em concreto, cabe à Entidade Adjudicante confirmar que **a natureza das prestações a adquirir é compatível com a elaboração de um critério de adjudicação** apto a permitir a **comparação entre as diversas propostas** que venham a ser apresentadas pelos diversos interessados em contratar com a Administração e de, por fim, escolher a proposta mais atractiva para a prossecução do interesse público.

4.1.3. Com efeito, como bem se compreende, a *fixação de um critério de adjudicação* constitui a *decisão-chave* a praticar pela Entidade Adjudicante quando pretende iniciar um procedimento de formação de um contrato; é, efectivamente, com a selecção desse critério, bem como dos factores e subfactores que eventualmente o densifiquem, que a Administração esclarece o mercado quanto às características, às especificações e aos requisitos das propostas que pretende adquirir e a que atribui maior valor ou relevância.

Em suma, o critério de adjudicação tem a função de corporizar e hierarquizar ou ordenar, de acordo com a valia ou com o peso relativo que a Entidade Adjudicante lhes reconhece, as diversas necessidades de interesse público que foram ponderadas e seleccionadas no momento em que se decidiu celebrar um contrato com um determinado tipo e objecto ⁽¹⁾.

Por isso, também se pode concluir, sob uma perspectiva negativa, que a adopção de um procedimento concorrencial será *inexequível* no caso de o objecto do contrato integrar um particular tipo de prestações que não permitem que a Entidade Adjudicante fixe as especificações contratuais necessárias (ou suficientemente precisas) para a fixação de um critério de adjudicação.

4.1.4. É esta apreciação que cabe realizar para o efeito de confirmar a viabilidade do recurso a um procedimento concorrencial (*maxime*, de natureza concursal) para a aquisição de serviços jurídicos.

Essa confirmação depende, necessariamente, da apreciação da exequibilidade de qualquer das *duas alternativas* a que, em abstracto, a Entidade Adjudicante pode recorrer para a fixação de um critério de adjudicação:

- i) O recurso a um critério assente em elementos de *natureza exclusivamente quantitativa* (o que inclui o critério do *mais baixo preço*, mas não se cinge a ele);
- ii) O recurso a um critério assente em elementos de *natureza qualitativa* ou, pelo menos, um *critério misto* assente numa *combinação* de elementos qualitativos e quantitativos.

4.1.5. Sublinhe-se: a análise cuidadosa e exaustiva de cada uma dessas alternativas, a que agora se procederá, é imprescindível porque, como se verificou, a ordem jurídica manifesta uma *preferência valorativa pelo recurso a procedimentos concorrenciais e abertos a todos os operadores económicos para a formação de contratos públicos*.

Por isso, a Entidade Adjudicante só pode preterir aquela preferência e adoptar um procedimento de ajuste directo se *demonstrar que a derrogação do princípio da concorrência é indispensável e incontornável*, sendo a adopção de um ajuste directo a *opção necessária e insubstituível* para a formação do contrato.

De facto, só com um tal juízo pode a Entidade Adjudicante justificar o motivo pelo qual pretende afastar a adopção de um procedimento concorrencial que, afinal, de modo patente, o legislador havia considerado constituir a

⁽¹⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, págs. 537 e 538.

opção preferível ou desejável para a satisfação de todos os interesses públicos e privados afectados com a celebração do contrato.

É pois por isso que o intérprete não pode dispensar uma cuidadosa avaliação da viabilidade de *todas as alternativas* a que, em abstracto, a Entidade Adjudicante poderia recorrer para fixar um critério de adjudicação adequado à adopção de um procedimento concorrencial — *concluindo-se pela legitimidade da adopção de um ajuste directo apenas quando se confirme que cada uma das restantes alternativas procedimentais será inexequível ou inaplicável*.

4.2. O recurso a um critério de adjudicação exclusivamente assente em elementos quantitativos

4.2.1. Procedendo a essa tarefa e iniciando essa apreciação com a ponderação da *primeira* daquelas alternativas enunciadas — o recurso a um critério exclusivamente assente em elementos quantitativos —, deve ter-se em mente que, na generalidade dos procedimentos pré-contratuais, a condição para a sua exequibilidade depende da confirmação de que *é possível prever no caderno de encargos um conjunto de condições muito exigentes de aceitabilidade contratual para as propostas no tocante a cada um dos aspectos da execução do contrato que assumam uma natureza qualitativa e que se afigurem relevantes para a prossecução do interesse público que presidiu à decisão de contratar*.

Com efeito, se tiver estabelecido *patamares de aceitabilidade contratual extraordinariamente exigentes quanto a cada um dos aspectos de execução do contrato relevantes para o interesse público*, a Entidade Adjudicante pode estar segura de que todas as propostas que não sejam excluídas — por não serem incompatíveis com o caderno de encargos — apresentam a qualidade pretendida face aos elevados padrões que pretende impor às prestações a adquirir. Portanto, também estará segura de que qualquer das propostas que venham a ser avaliadas à luz do critério de adjudicação constante do Programa do Concurso já prossegue o interesse público de forma tão satisfatória que, afinal, a escolha de uma delas pode residir em *critérios estritamente quantitativos* — e, preferencialmente, em *critérios puramente financeiros*, a saber, o mais baixo preço delas constante.

É nesse sentido que o n.º 2 do artigo 74.º do CCP admite a adopção do “critério do mais baixo preço quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto daquele”.

Em suma: o recurso a *elementos exclusivamente quantitativos* (como o preço, por exemplo) para a fixação do critério de adjudicação pressupõe que a Entidade Adjudicante já terá salvaguardado os interesses públicos subjacen-

tes ao contrato através da *definição clara, precisa e objectiva de níveis mínimos de aceitabilidade contratual para todos os restantes aspectos da execução do contrato que revestem uma natureza qualitativa* — assegurando assim que são insusceptíveis de adjudicação quaisquer propostas que não atinjam os patamares qualitativos mínimos de aceitabilidade contratual constantes do caderno de encargos.

4.2.2. Mas é exactamente a definição de *todos* esses patamares mínimos relevantes que não é viável na formação da generalidade dos contratos de aquisição de serviços jurídicos. De facto, tais serviços reclamam desde logo, necessariamente, o respeito pela autonomia técnica e pela independência do prestador do serviço ⁽¹²⁾. Por outro lado, importa não esquecer que, ainda que tal autonomia não seja, por algum motivo, plena, a verdade é que o interesse que, na prática, a entidade Adjudicante pretende satisfazer com a aquisição do serviço consiste num *resultado* a obter pelo prestador, sendo irrelevante o *modo* que este selecciona para o exercício da sua actividade.

Por outras palavras, sem prejuízo da evidente possibilidade de definição contratual das *condições formais* a que o prestador deve obedecer para executar o serviço — por exemplo, o *local* da prestação do serviço ou o *número mínimo de elementos da equipa* afectos à execução do contrato —, a Entidade Adjudicante encontra-se desprovida do poder de definição adicional da *metodologia* ou da *estratégia* que o seu co-contratante adoptará para proceder à prestação do serviço ⁽¹³⁾.

O desempenho do prestador e a avaliação de quão satisfatório foi o resultado do serviço prestado podem até ser apreciados *a posteriori*, uma vez que o contrato já tenha sido executado; em contrapartida, a metodologia utilizada para alcançar esse resultado não é susceptível de ser definida *a priori*, através de um caderno de encargos, já que, muito simplesmente, a preocupação da Entidade Adjudicante cifra-se exclusivamente no resultado apresentado pelo seu co-contratante — é, aliás, esse resultado que justifica a própria necessidade que ela sen-

⁽¹²⁾ No caso dos serviços de advocacia, esta independência quanto ao exercício da actividade é aliás legal e deontologicamente reconhecida — cfr. n.º 1 do artigo 76.º e artigo 84.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro — o que impede que o adquirente dos serviços de advocacia possa determinar ou impor ao respectivo prestador a forma de exercício da sua actividade.

⁽¹³⁾ De resto, essa circunstância fica bem patente se se tiver em conta que nem mesmo no âmbito de um contrato de trabalho pode a entidade patronal constranger o exercício livre da actividade da advocacia, sendo “nulas quaisquer orientações ou instruções da entidade empregadora que restrinjam a sua isenção e independência” (cfr. n.º 3 do artigo 68.º do Estatuto da Ordem dos advogados). Neste sentido, ALFREDO GASPAS, *Estatuto da Ordem dos Advogados e Legislação Complementar Anotado*, Jornal do Fundão Editora, 1985, pág. 81.

tiu de celebrar um contrato —, e não no percurso que o co-contratante realizou para alcançar tal resultado.

Em especial no caso dos serviços de advocacia, é terminantemente vedado ao advogado aceitar qualquer forma de ingerência e de interferência que tenda a influenciar a sua acção. Sublinhe-se: essa independência não se destina somente a assegurar que o exercício da profissão não é condicionado pelo poder político ou económico; além disso, tem em vista proteger a liberdade de exercício da profissão *mesmo face ao próprio beneficiário dos serviços jurídicos* ⁽¹⁴⁾.

Portanto, pode até afirmar-se que carece de sentido proceder a uma avaliação do nível de exigência que a Entidade Adjudicante pode impor aquando da elaboração do caderno de encargos: é que *a maior parte dos aspectos da execução do contrato não pode sequer ser previamente definida pelo caderno de encargos, já que depende da autonomia que o prestador de serviços detém e pode livremente imprimir na execução das prestações que constituem o objecto contratual*.

4.2.3. Isso implica, só por si, que a Entidade Adjudicante **não pode socorrer-se de elementos ou de factores de natureza exclusivamente quantitativa para a definição do critério de adjudicação:**

1) Por um lado, a opção pela adjudicação, no âmbito de um procedimento concursal, através do critério do mais baixo preço (cfr. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 74.º) implicaria admitir que todas as propostas que nele fossem apresentadas conduziriam a idêntica ou similar qualidade da prestação do serviço.

Com efeito, não levando ao critério de adjudicação factores relativos a aspectos da execução do contrato relacionados com essa qualidade, a Entidade Adjudicante estaria a pressupor, naturalmente, que qualquer que fosse o adjudicatário (e sê-lo-ia o que oferecesse o preço mais baixo!) o nível de qualidade do serviço estaria sempre assegurado à luz do modo como foram configuradas as obrigações constantes do caderno de encargos. É que, se o critério de adjudicação consolida e ordena as diversas necessidades de interesse público que se pretende satisfazer com a execução do contrato, a escolha do critério do mais baixo preço equivaleria ao reconhecimento implícito de que *a única preocupação da Entidade Adjudicante consiste em obter um serviço de assessoria jurídica ao mais baixo preço possível*, uma vez que a qualidade sempre estaria assegurada pelo simples cumprimento do caderno de encargos.

Ora, não só não é verosímil que o objectivo de quem adquire serviços de assessoria jurídica consista *exclusivamente* na obtenção desses serviços ao mais

⁽¹⁴⁾ Cfr., por todos, ABEL LAUREANO, *O Cliente e a Independência do Advogado (Uma Chave da Deontologia Profissional)*, 2.ª reimpressão, Quid Juris, Lisboa, 2003, *passim*.

baixo preço possível, como não é igualmente verdade que o pretendido nível da qualidade intrínseca da prestação esteja sempre assegurado, qualquer que seja o adjudicatário.

Sob outra perspectiva: a Entidade Adjudicante só poderia adjudicar uma proposta que, ilustrativamente, apresentasse um preço horário de 80 euros em detrimento de uma outra que apresentasse um preço horário de 140 euros — sem ponderar sequer, e comparar, os respectivos atributos qualitativos — se tivesse conseguido proceder previamente (no caderno de encargos) a uma definição completa e precisa de todos os termos a que deve obedecer a execução do contrato por forma a garantir o respectivo nível de qualidade; só então poderia estar segura de que a qualidade da prestação em todas as propostas é a pretendida para que a sua escolha possa resumir-se a uma avaliação daquele aspecto puramente financeiro ⁽¹⁵⁾.

É exactamente a definição desse nível de qualidade que a Entidade Adjudicante não pode descrever e impor quando pretende adquirir um *serviço cuja execução depende da autonomia reconhecida ao respectivo prestador na definição dos termos a que obedecerá a execução do contrato* ou quando, por outro lado, pretende adquirir um *serviço para a obtenção de um resultado concreto* sem que, contudo, se afigure relevante qual *o meio ou a metodologia* utilizada para alcançar tal resultado.

2) O mesmo obstáculo se verifica quanto à hipótese de definição de um critério que se não reduza ao mais baixo preço, mas que, em qualquer caso, assente em elementos de *natureza exclusivamente quantitativa*. De facto, por mais amplo que fosse o leque de aspectos quantitativos da execução do contrato que a Entidade Adjudicante convocasse para avaliar, comparar e diferenciar as propostas (v. g., além do preço, integrar também no critério de adjudicação o *prazo de execução dos serviços*), em caso algum se poderia dispensar a apreciação de *elementos intangíveis, isto é, de natureza qualitativa*, como critério de classificação e de ordenação das propostas.

Para ilustrar, e como é bom de ver, nenhuma Entidade Adjudicante ousaria formular um *apelo genérico a todos os prestadores de serviços jurídicos no*

⁽¹⁵⁾ Recorde-se que, mesmo antes da vigência do CCP, se reconhecia pacificamente que o critério do mais baixo preço “só pode aplicar-se (pelo menos coerentemente) naqueles casos — menos frequentes, hoje em dia — em que as prestações exigidas aos concorrentes estão completamente definidas nos documentos do concurso”. Isto é, o critério do mais baixo preço só poderia estar reservado para os casos em que o objecto contratual permitisse uma definição precisa e objectiva de todos os requisitos de aceitabilidade necessários à preservação dos interesses públicos afectados pela execução do contrato — o que não sucede nos contratos de aquisição de serviços jurídicos. Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa — Das Fontes às Garantias*, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 538.

mercado se o critério para a diferenciação entre as suas propostas consistisse na mera ponderação do preço e do prazo propostos para a execução do serviço. É que, obviamente, a circunstância de um prestador propor um preço horário de apenas quinze euros e um prazo de dois dias para a execução da prestação nada revelaria quanto à qualidade que tal prestador imprimiria a um serviço essencial para a preservação dos interesses jurídicos a cargo da Entidade Adjudicante. É aliás isso mesmo que demonstra a total desadequação do recurso exclusivo a elementos quantitativos para avaliação das propostas: a circunstância de outro prestador se propor executar o mesmo contrato por um preço dez vezes superior e num prazo de vários meses também nada revela sobre a qualidade da prestação dos seus serviços.

Sublinhe-se: nenhuma censura poderia ser imputada à adjudicação de uma proposta que assentasse *também* em elementos de natureza quantitativa, tais como o preço ou o prazo propostos, *desde que* tal ponderação quantitativa fosse acompanhada da apreciação de aspectos da execução do contrato intrinsecamente conexos à qualidade do serviço que cada operador económico se propõe prestar à Entidade Adjudicante — os quais, por natureza, não podem ser avaliados de acordo com um critério mensurável, isto é, de natureza quantitativa.

4.2.4. Portanto, e em suma:

- a) **A fixação de um critério de adjudicação adequado à escolha de uma proposta de aquisição de serviços jurídicos** — enquanto condição imprescindível para a adopção de um procedimento concorrencial — **sempre teria de depender da apreciação de aspectos da execução do contrato que assumem uma natureza qualitativa;**
- b) A apreciação de tais elementos qualitativos pode não ser realizada em exclusividade — isto é, pode ser concretizada em combinação com elementos de natureza quantitativa —, mas, em qualquer caso, **não pode ser totalmente dispensada.**

4.3. O recurso a um critério de adjudicação (também) assente em elementos qualitativos: a inexecuibilidade da adopção de um procedimento de concurso público

4.3.1. A análise da primeira alternativa a que, em abstracto, a Entidade Adjudicante poderia recorrer para fixar um critério de adjudicação adequado à adopção de um procedimento concorrencial — o recurso a um critério exclusivamente assente em elementos quantitativos — permitiu desde já confirmar que a adjudicação da proposta mais atractiva para o interesse público não pode dispensar a apreciação de elementos qualitativos.

Mas esta conclusão inviabiliza, só por si, o recurso a um procedimento de concurso público para a aquisição de serviços jurídicos. É que, ao seleccionar este tipo de procedimento, a Entidade Adjudicante renuncia a apreciar a aptidão técnica de que os operadores económicos dispõem para executar o contrato. Com efeito, com a eliminação da fase de qualificação de concorrentes no âmbito do concurso público, a tramitação inerente a este tipo de procedimento, constante dos artigos 130.º a 154.º do CCP, não permite vislumbrar um único momento no qual a Entidade Adjudicante possa avaliar a aptidão técnica e financeira que os autores das propostas hajam comprovado para a celebração e execução do contrato.

Pelo contrário, os artigos 135.º e seguintes do CCP apenas prevêm a apresentação de propostas — isto é, de declarações pelas quais “o concorrente manifesta à Entidade Adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo” (16) — que hão-de ser avaliadas, de acordo com o critério do mais baixo preço ou o critério da proposta economicamente mais vantajosa, em ordem a seleccionar a proposta que oferece as melhores condições contratuais para a prossecução do interesse público que presidiu à decisão de contratar.

4.3.2. É claro que, nos termos previstos nos artigos 81.º e seguintes do CCP, a Entidade Adjudicante dispõe ainda de um momento em que, já após a prática do acto de adjudicação, procede à confirmação de que o adjudicatário se encontra legalmente habilitado a executar o contrato. Mas essa habilitação apenas lhe permite assegurar que o adjudicatário *pode, à luz da lei, celebrar o contrato* em virtude de reunir as condições imperativas que a lei estabeleceu para a realização das prestações que constituam o objecto do contrato.

Isto é, através dessa apreciação, a Entidade Adjudicante tão-somente verifica que não é cúmplice de uma ilegalidade, na medida em que confirma que o contrato não é executado por quem não dispunha, afinal, dos requisitos que a própria lei exigia — ou seja: por quem não se encontrava legalmente habilitado — para a realização da actividade económica objecto do contrato.

Essa habilitação não oferece à Entidade Adjudicante, em contrapartida, os meios para averiguar a capacidade de que os potenciais adjudicatários dispõem para executar o contrato através da fixação autónoma — isto é, que não se cinja aos requisitos já previamente definidos pela lei — de requisitos eliminatórios relativos à aptidão técnica que cada um deles demonstra para a execução do contrato.

Em suma: **quando selecciona o procedimento de concurso público, a Administração renuncia à apreciação da capacidade técnica de que os pres-**

(16) Cfr. a definição do conceito de “proposta” constante do n.º 1 do artigo 56.º do CCP.

tadores de serviços jurídicos dispõem para executar o contrato; obriga-se, pois, a adjudicar a proposta que apresente as melhores condições contratuais, independentemente da aptidão técnica do seu proponente.

4.3.3. Este enquadramento deixa bem patente o motivo pelo qual o procedimento de concurso público não é adequado para a aquisição de serviços de natureza jurídica: é que, tal como prescreve o n.º 1 do artigo 75.º do CCP, os factores e os subfactores que a Entidade Adjudicante selecciona para densificar o critério de adjudicação “não podem dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”.

Ou, na formulação do Tribunal de Justiça da União Europeia, “são excluídos como «critérios de adjudicação» os critérios que não visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa, mas que estão ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em questão” (17).

Mas, quando adquire serviços jurídicos, são exactamente os elementos de facto relativos aos concorrentes que a Entidade Adjudicante pretende apreciar para escolher o seu co-contratante; é, de facto, sobre esses elementos que invariavelmente recai o juízo que qualquer adquirente de serviços jurídicos realiza quando pretende escolher o prestador a quem recorrerá para obter a tutela das suas pretensões jurídicas.

Isto porque não se vislumbram elementos de natureza qualitativa que possam ser integrados no critério de adjudicação e que incidam em aspectos da execução do contrato — isto é, em condições contratuais: é que, como já se verificou, em virtude da autonomia técnica que lhes é (inclusive, legal e estatutariamente) reconhecida, serão os próprios prestadores que ulteriormente definirão esses elementos e condições ao longo da execução do contrato.

E, além disso, mesmo que se ensaiasse um conjunto de atributos qualitativos que permitisse que a avaliação incidisse sobre os próprios aspectos da execução do contrato, não pode negar-se que se trataria de aspectos perfeitamente artificiais e, sobretudo, incompletos.

Por um lado, tais aspectos/factores de avaliação seriam artificiais porque não se vê em que termos a Entidade Adjudicante procederá à apreciação das condições qualitativas de execução do contrato — sob pena de, no limite, o júri ser conduzido a apreciar a metodologia proposta para a elaboração de uma contes-

(17) Esclarecendo que é absolutamente vedado à Entidade Adjudicante ter em conta a aptidão ou a experiência dos proponentes ao fixar o critério de adjudicação das propostas, cfr. Acórdão do TJUE de 24 de Janeiro de 2008 (Processo C-532/06 — *Lianakis*) (30-33).

tação judicial ou para a preparação de audiências de julgamento ou o mérito dos argumentos que o proponente se vincularia a utilizar na elaboração de um parecer jurídico...

Mas, sobretudo, esses aspectos/factores de avaliação seriam incompletos porque **continuariam a não incluir, precisamente, o conjunto de elementos de facto com base nos quais é seleccionado qualquer prestador de serviços jurídicos**. Com efeito, a escolha do prestador deste tipo de serviços assenta fundamentalmente nas suas qualidades técnicas pessoais — maxime no seu currículo e na confiança que dele emana para o adquirente dos serviços —, e não em características objectivas de eventuais propostas de prestação do serviço.

Em concreto, a experiência curricular e, sobretudo, o desempenho anterior do prestador do serviço cria no adquirente a convicção de que é aquele potencial adjudicatário, mais do que qualquer outro, que está capacitado para desenvolver uma actividade essencial à satisfação de uma necessidade específica da Entidade Adjudicante — independentemente dos termos concretos pelos quais tal operador se propõe executar o contrato. É essa aptidão pessoal, e não a atractividade da proposta contratual que cada operador apresente, que constitui o critério essencial de decisão que conduz o adquirente de serviços jurídicos a seleccionar o seu co-contratante.

Portanto, a escolha do co-contratante assenta na apreciação dos atributos dos proponentes, e não dos atributos das propostas — o que constitui uma flagrante contradição com o tipo de atributos que poderiam ser seleccionados para a fixação de um critério de adjudicação no âmbito de um procedimento de concurso público (18).

4.4. A inaptidão genérica dos procedimentos concorrenciais para a formação de contratos de aquisição de serviços jurídicos: em especial, o procedimento de concurso limitado por prévia qualificação

4.4.1. Mas tão-pouco esta conclusão permite, só por si, assegurar a inviabilidade da adopção de procedimentos concorrenciais para a aquisição de serviços jurídicos e, em consequência, demonstrar a legitimidade da adopção do procedimento de ajuste directo. O intérprete não pode, com efeito, contornar a avaliação de uma terceira alternativa que, à partida, se oferece à Entidade Adjudicante para o efeito de proceder à adopção de um procedimento concursal.

(18) Cfr. Acórdão do TJUE de 24 de Janeiro de 2008 (Processo C-532/06 — *Lianakis*) (30-33); TOTIS KOTSONIS, “The Nature of Award Criteria and the Subsequent Stipulation of Weights and Sub-criteria”, in *Public Procurement Law Review*, 2008, n.º 4, págs. NA128-NA134.

É que, perante este último obstáculo na fixação de um critério de adjudicação, a resposta intuitiva e aparente consistiria no recurso a um *procedimento de concurso limitado por prévia qualificação*. De facto, pode alegar-se que o legislador só veda a possibilidade de a Entidade Adjudicante avaliar os atributos dos proponentes no âmbito de um concurso público pela simples razão de que essa possibilidade já lhe é concedida no âmbito de um concurso limitado.

Efectivamente, quando a especificidade inerente à prestação objecto do contrato requeira uma avaliação prévia da aptidão técnica dos proponentes, a Entidade Adjudicante já dispõe, para esse o efeito, de um procedimento que, nos termos previstos nos artigos 167.º a 188.º, por um lado, e nos artigos 189.º a 192.º do CCP, por outro, se configura como *instrumento procedimental bifásico*, no qual a avaliação das propostas — isto é, a avaliação das condições contratuais mais adequadas para a prossecução do interesse público que presidiu à decisão de contratar — é precedida por uma verificação da aptidão técnica e financeira que, nas suas candidaturas, os interessados em apresentar propostas hajam comprovado.

4.4.2. Porém, ao contrário do que sucede com a vasta maioria das prestações que reclamam a apreciação das características dos próprios proponentes, o **procedimento de concurso limitado por prévia qualificação tão-pouco constitui a solução adequada para a formação de contratos de aquisição de serviços jurídicos**.

1) Em primeiro lugar, pela sua própria natureza bifásica, esse procedimento pressupõe que a Entidade Adjudicante se dirija inicialmente ao mercado para o simples efeito de obtenção de *candidaturas* constituídas por documentos destinados à qualificação dos interessados em contratar, permitindo a confirmação de que cada um deles dispõe da capacidade técnica e financeira para executar as prestações do contrato em causa; só mais tarde, aos *candidatos já qualificados* é dirigido um *convite à apresentação de propostas*, nas quais finalmente serão apresentadas as condições contratuais que estes pretendem oferecer para a celebração do contrato.

O procedimento pré-contratual não pode pois concluir com um acto de adjudicação e com a celebração de um contrato sem que tenham primeiro decorrido dois prazos para a resposta dos participantes no procedimento — o prazo de apresentação de candidaturas e o prazo de apresentação de propostas — e sem que, paralelamente, a Entidade Adjudicante tenha procedido a uma apreciação dos dois conjuntos de documentos apresentados, primeiro, pelos candidatos e, depois, pelos concorrentes.

Isso equivale a dizer que o “custo” que a Entidade Adjudicante suporta como contrapartida pela adopção de um procedimento que lhe permite apreciar

a capacidade dos próprios proponentes consiste, afinal, na duplicação dos prazos procedimentais e na substancial protelação da conclusão do procedimento e da celebração do contrato⁽¹⁹⁾.

Mas, como é evidente, essa protelação é totalmente contrária à própria natureza de boa parte dos contratos de aquisição de serviços jurídicos, os quais se destinam à obtenção da assessoria necessária à preservação de direitos ou interesses cuja subsistência ou efeito útil podem ficar prejudicados pelo adiamento na conclusão do procedimento pré-contratual.

Essa circunstância é especialmente manifesta no caso de aquisição de *serviços de patrocínio judiciário*, os quais, por natureza, só podem ser prestados no prazo (geralmente muito curto) que a lei tenha concedido para a prática de actos processuais.

Obviamente, a mera sugestão de iniciar um procedimento concorrencial bifásico para a aquisição desses serviços constituiria um total despropósito, já que, na generalidade dos casos, o prazo para a prática dos actos processuais a que esses serviços se destinam poderia caducar ainda antes da adjudicação de qualquer proposta e da celebração do contrato.

É evidente qual a consequência inevitável que daí resultaria: as Entidades Adjudicantes submetidas ao regime de contratação pública constante do Código dos Contratos Públicos seriam conduzidas a invocar sistematicamente a existência de uma situação de “urgência imperiosa” resultante de “acontecimentos imprevisíveis” que a elas não seriam imputáveis para, ao abrigo do fundamento material previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, justificar novamente o recurso ao mesmíssimo procedimento de ajuste directo cuja adopção se pretendia evitar...

Mas, naturalmente, uma tal solução contraria manifestamente o sentido deste último preceito, o qual se encontra reservado para situações excepcionais de urgência — e não para uma utilização sistemática na formação de todos os contratos que abrangem prestações do mesmo tipo (*in casu*, para todos os contratos de aquisição de serviços jurídicos).

Em suma: o órgão competente para a decisão de contratar seria artificialmente conduzido a invocar um fundamento material de adopção do procedimento de

⁽¹⁹⁾ Nos termos previstos no n.º 1 e no n.º 3 do artigo 174.º e no n.º 1 do artigo 191.º do CCP, quando o concurso limitado deva ter publicidade internacional, a Entidade Adjudicante deve conceder um prazo mínimo de 37 dias para a apresentação das candidaturas (30 dias quando o anúncio seja enviado através dos meios de transmissão indicados no portal da Internet <http://simap.eu.int>) e de 35 dias para a apresentação de propostas. Apenas quando o concurso tenha publicidade meramente nacional é que tanto os prazos de apresentação de candidaturas como de propostas podem ser reduzidos para 9 dias, salvo nos casos de empreitadas que não revistam manifesta simplicidade, em que este último prazo pode ser fixado em 20 dias (cfr. artigos 173.º e 190.º do CCP).

ajuste directo como simples consequência da criação de uma solução — não menos artificial — que era justamente motivada pelo intuito de evitar o recurso ao mesmo procedimento de ajuste directo.

2) Mas, evidentemente, o maior obstáculo à utilização deste procedimento é de natureza *substantiva*, e não *temporal*. Efectivamente, o procedimento de concurso limitado por prévia qualificação não constitui a solução adequada para a formação de contratos de aquisição de serviços jurídicos *sobretudo* porque *não permite a apreciação dos elementos fácticos essenciais com base nos quais a Entidade Adjudicante procede à selecção do seu co-contratante*.

Com efeito, é certo que, tal como sucede em qualquer outro procedimento concorrencial limitado por uma prévia qualificação, a Entidade Adjudicante fundamenta a escolha do prestador de serviços jurídicos, pelo menos em parte, na sua experiência curricular e na sua trajectória anterior para, com base nisso, formular um juízo quanto à aptidão técnica que este actualmente possui para executar o contrato.

Porém, existe um elemento caracterizador que individualiza e distingue a *aptidão do prestador de serviços jurídicos* — e que, com isso, o afasta da generalidade dos operadores económicos: ao contrário do que sucede nos demais sectores de mercado, *o juízo de avaliação da sua aptidão técnica não pode ser fundamentado em elementos objectivamente mensuráveis* — pelo que constitui o *simples resultado da confiança subjectiva que, com base naquela trajectória anterior, o órgão que tomou a decisão de contratar deposita no prestador do serviço*.

Ora, é precisamente este o motivo central pelo qual se não pode identificar qualquer tipo de procedimento concorrencial assente na publicação de um anúncio que se revele adequado à formação de contratos de aquisição de serviços jurídicos — o que sucede em especial no caso da aquisição dos serviços de advocacia.

Em concreto, esta *falta de mensurabilidade objectiva* radica naquela que poderia definir-se como a **característica distintiva e basilar da prestação de serviços de advocacia**: a circunstância de se basear numa relação de *estrita confiança subjectiva* entre o prestador e o beneficiário desses serviços.

4.4.3. Com efeito, tal como tem sido pacificamente reconhecido, a actividade da advocacia constitui uma condição indispensável para a organização do Estado de Direito, já que ao seu prestador é cometida a função de tutela e de intransigente defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos beneficiários desses serviços⁽²⁰⁾. De facto, a proclamação e o reconhecimento das pre-

⁽²⁰⁾ Cfr., por todos, o disposto nos artigos 20.º e 208.º da Constituição e, bem assim, as anotações de GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Ano-*

tensões de qualquer sujeito de direito, por qualquer texto constitucional ou legal, só ganham efectividade quando o seu beneficiário se encontra provido dos meios de exercício de tais pretensões e do aconselhamento ou patrocínio necessários para esse efeito⁽²¹⁾.

Ora, o titular de direitos ou interesses legalmente protegidos só pode delegar a tutela das suas pretensões no prestador de serviços jurídicos em quem possa depositar totalmente a sua confiança; de modo paralelo, o advogado só pode exercer de forma intransigente a defesa das pretensões do seu cliente no caso de se sentir plenamente respaldado e protegido pela sua confiança.

É nesse sentido que o n.º 1 do artigo 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados determina que “a relação entre o advogado e o seu cliente deve fundar-se na confiança recíproca”⁽²²⁾; é, aliás, também por isso que se considera ser um *dever deontológico* do advogado o de *fazer cessar a sua relação com o cliente se sente que essa relação de confiança deixou de existir* — constituindo uma *infração deontológica a subsistência da prestação de serviços de advocacia sob tais condições*⁽²³⁾.

4.4.4. Esta característica inerente à prestação de serviços de advocacia — *sem a qual, insista-se, a relação entre o advogado e o seu cliente não pode sequer subsistir* — produz implicações evidentes no âmbito do Direito da Contratação Pública. Com efeito, se uma relação contratual *já iniciada* tem forçosamente de terminar logo que se extinga o vínculo de confiança subjectiva entre o beneficiário e o prestador dos serviços, é manifesto que, por maioria de razão, *tal relação não pode sequer iniciar-se se, no momento em que selecciona o operador económico a quem entrega a tutela das suas pretensões jurídicas, o beneficiário dos serviços não deposita nele a sua plena e cabal confiança*.

Por outras palavras: **à luz das disposições constitucionais, legais e deontológicas que regulam este tipo de actividade económica, não pode proceder-se à prestação de serviços de advocacia se o respectivo beneficiário não é totalmente livre na escolha do seu prestador e se se encontra, por algum**

tada, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 408 e segs., e de JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 98 e segs.

⁽²¹⁾ Cfr. Acórdãos n.º 661/94 e n.º 106/04 do Tribunal Constitucional.

⁽²²⁾ No mesmo sentido, ver os pontos 1.2. e 2.1. do Código de Deontologia dos Advogados da União Europeia, originalmente adoptado na Sessão Plenária do *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE) de 28 de Outubro de 1988, e subsequentemente alterado nas Sessões Plenárias do CCBE de 28 de Novembro de 1998, 6 de Dezembro de 2002 e 19 de Maio de 2006.

⁽²³⁾ Neste sentido, cfr., por todos, o Acórdão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados de 9 de Janeiro de 2004.

meio ou medida jurídico-pública ou jurídico-privada, condicionado a seleccionar um co-contratante em quem não deposita a sua plena confiança ⁽²⁴⁾.

4.4.5. Contra este entendimento não pode alegar-se que a existência de uma tal relação de confiança apenas se revela indispensável quando os serviços de advocacia sejam prestados *em benefício de particulares* (sejam eles pessoas singulares ou colectivas) e que, pelo contrário, pode já ser dispensada *quando o beneficiário consista numa entidade pública*.

Pode reconhecer-se, na verdade, que o exercício do patrocínio e da consulta jurídica constitui um pilar essencial da *tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos* e que, por isso, é neste contexto que o papel do advogado como confidente necessário do respectivo cliente adquire um especial significado.

Mas os elementos essenciais que caracterizam a relação contratual de prestação de serviços jurídicos não se alteram quando é uma entidade pública que se assume como beneficiária desses serviços. Se, no primeiro caso, as pretensões confiadas ao advogado se destinam à tutela de interesses subjectivos livremente seleccionados ao abrigo da autonomia privada, já neste último caso o advogado exerce a tarefa de protecção de direitos ou posições *funcionalmente atribuídos* a uma entidade pública para o efeito de prossecução dos interesses públicos que lhe foram confiados.

Ora, para este estrito efeito, é irrelevante qual a natureza do beneficiário dos serviços jurídicos: em qualquer daqueles dois casos, é indisputável que — *sob pena de violar as normas deontológicas que regulam o exercício da sua profissão* — o advogado só pode aceitar o mandato forense ou praticar o exercício da consulta jurídica se considera que o cliente nele deposita a sua plena confiança para a tutela das suas posições jurídicas; de modo paralelo, os titulares dos órgãos que formam a vontade da entidade pública beneficiária dos serviços jurídicos não podem validamente confiar a protecção dos interesses públicos a seu cargo a um prestador cuja selecção não se pautou pelo princípio da confiança e não assentou numa escolha livre.

É, aliás, por isso mesmo que o dever estatutário e deontológico de *fazer cessar a relação contratual* de prestação de serviços jurídicos se mantém sempre

⁽²⁴⁾ Importa ter em mente, neste âmbito, que o n.º 2 do artigo 62.º do Estatuto da Ordem dos Advogados proíbe que o mandato forense seja “objecto, por qualquer forma, medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário ou do mandante”. Embora incida directamente sobre uma forma específica de prestação de serviços jurídicos — o mandato forense —, a razão de ser da proclamação do valor estruturante da confiança recíproca entre o beneficiário e o prestador dos serviços pode ser alargada para as demais prestações jurídicas inerentes ou essenciais à Administração da Justiça. V. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., págs. 101 e 102.

que o advogado verifique ter sido quebrada essa relação de confiança — independentemente da natureza pública ou privada do respectivo beneficiário. Portanto, por maioria de razão, é também por isso que o advogado mantém o **dever de não aceitar sequer iniciar a prestação dos serviços jurídicos no caso de verificar que os titulares do órgão da Entidade Adjudicante competente para a decisão de contratar foram condicionados na sua escolha e não puderam seleccionar um prestador em quem mantivessem uma plena confiança para o exercício do patrocínio ou do aconselhamento jurídico — constituindo uma infracção disciplinar a aceitação do mandato ou o exercício da actividade de consulta jurídica sob tais condições** ⁽²⁵⁾.

Em suma: tendo em conta o condicionamento que impõe à prestação deste tipo de serviços, pode concluir-se que a **ordem jurídica proíbe a imposição da adopção de um procedimento pré-contratual que possa concluir na selecção de um prestador sobre o qual não recai a plena confiança dos titulares dos órgãos da Entidade Adjudicante competentes para a decisão de contratar**.

4.5. A relação de confiança subjectiva entre o prestador e o beneficiário dos serviços como fundamento material de adopção do procedimento de ajuste directo

4.5.1. Tendo em mente esse pressuposto, deve recordar-se que constitui uma característica comum aos procedimentos de concurso público, de concurso limitado por prévia qualificação, de negociação e de diálogo concorrencial a circunstância de *se iniciarem com um anúncio* que se traduz num *apelo genérico ao mercado* para a apresentação de candidaturas ou de propostas (conforme os casos).

Ora, essa característica acarreta inevitavelmente o risco de o prestador finalmente seleccionado pela Entidade Adjudicante não reunir as condições necessárias para merecer a confiança inerente à execução do contrato, impossibilitando, com isso, que a própria relação contratual de prestação de serviços possa ser iniciada.

Isto porque, como se verificou, aqueles procedimentos não provêm qualquer meio pelo qual a Entidade Adjudicante possa limitar o âmbito de potenciais adjudicatários e reduzi-lo ao ponto de assegurar a exclusiva selecção de prestadores em quem a sua confiança recaia:

- a) Por um lado, é-lhe vedada a integração no critério de adjudicação de “situações, qualidades, características ou outros elementos de facto rela-

⁽²⁵⁾ Cfr. n.º 2 do artigo 62.º, artigo 84.º, n.º 1 do artigo 92.º, n.º 1 do artigo 93.º e artigo 110.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

tivos aos concorrentes” (cfr. n.º 1 do artigo 75.º do CCP), sendo a sua margem de apreciação reduzida à avaliação de elementos das propostas relativos a aspectos da execução do contrato — isto é, aspectos cuja avaliação, no âmbito da aquisição de serviços jurídicos, se revela inexequível ou, pelo menos, insuficiente;

- b) Por outro lado, mesmo contemplando a hipótese de recurso a um procedimento bifásico que se inicie com a apreciação de candidaturas e com a avaliação da aptidão técnica dos operadores de mercado, não se vislumbram aspectos ou elementos de facto relativos à própria experiência curricular dos candidatos que sejam susceptíveis de — *através de uma fórmula objectivamente mensurável* — assegurar a selecção de candidatos dotados de uma efectiva aptidão para a execução das prestações objecto do contrato.

4.5.2. Para ilustrar e concretizar estas duas conclusões, pense-se, por exemplo, na hipótese de a Entidade Adjudicante ser citada para apresentar a sua contestação no âmbito de uma acção judicial que contra si foi intentada e de, por isso, pretender adquirir os necessários *serviços de patrocínio judiciário*. Concretizando as coordenadas teóricas *supra* expostas, seria, como se viu, de todo impensável formular um apelo genérico *a todos os operadores de mercado* para a participação num procedimento de concurso público, no qual, em razão da proibição de avaliação de aspectos relativos aos próprios concorrentes, a Entidade Adjudicante seria *reduzida à apreciação de condições contratuais — independentemente de quem fosse o seu proponente*.

Mas, por sua vez, o recurso a um tipo procedimental em que a concorrência entre as propostas é previamente limitada por uma fase de qualificação tão-pouco constituiria uma alternativa mais idónea do que a anterior. Primeiro, porque seria totalmente inviável recorrer a um procedimento que pressuporia a concessão de um prazo de apresentação das candidaturas e, em seguida, de um prazo de apresentação das propostas para, finalmente, escolher o advogado responsável pela elaboração da contestação — quando, obviamente, o prazo para esse efeito findaria ainda antes da celebração do contrato.

Mas, além disso, o recurso a essa fase de qualificação continuaria a padecer do mesmo vício apontado ao procedimento de concurso público: mesmo estando a Entidade Adjudicante habilitada a avaliar a aptidão técnica dos concorrentes, dificilmente se identificariam elementos objectivamente mensuráveis que, por si só, permitissem confirmar ou infirmar a aptidão que cada candidato detém para executar a prestação objecto daquele específico contrato.

De facto, por mais criativa que seja a Entidade Adjudicante na selecção de requisitos de qualificação, não existe um único elemento objectivo quanto à

experiência curricular de cada potencial adjudicatário que assegure a sua aptidão técnico-jurídica para um exercício eficiente do patrocínio judiciário: como a simples experiência demonstra, o mero facto de um advogado deter 10 anos no exercício da advocacia e de ter exercido o patrocínio em 300 processos judiciais não assegura que a sua aptidão técnica é maior do que a aptidão de um outro advogado que detém 3 anos no exercício da advocacia e que exerceu o patrocínio em 20 processos judiciais ⁽²⁶⁾.

4.5.3. O mesmo exercício pode ser realizado no caso de o serviço jurídico consistir, não no exercício do patrocínio judiciário, mas na elaboração de estudos ou pareceres ou na realização de outras *prestações no âmbito da consulta jurídica*. Independentemente de quais os requisitos de qualificação seleccionados pela Entidade Adjudicante, não existe nenhum elemento objectivo, relativo à própria aptidão do candidato, que demonstre (só por si) a capacidade que este detém para a adequada execução do contrato.

Isto porque qualquer dos requisitos de qualificação eventualmente fixados no programa do procedimento seria insuficiente para eliminar o risco de selecção de um prestador cuja inaptidão é mesmo manifesta. Por exemplo, é evidente que a avaliação do número de anos de experiência no exercício da actividade da consulta jurídica permitiria qualificar prestadores que, apesar de uma longa experiência profissional, possuem uma qualidade medíocre ou indesejável; por sua vez, a avaliação do grau académico detido por cada candidato permitiria privilegiar um professor catedrático da área da História do Direito em detrimento de um assistente estagiário que lecciona a cadeira de Propriedade Industrial — mesmo que o serviço pretendido consistisse na elaboração de um parecer nesta última área do Direito; mas se, por esse motivo, o requisito de qualificação passasse a abarcar apenas docentes nessa mesma área, a Entidade Adjudicante deixaria de seleccionar advogados de reconhecida experiência na precisa matéria sobre a qual recai o parecer a elaborar e que, contudo, não exercem a docência universitária.

⁽²⁶⁾ Aliás, a dificuldade na identificação do tipo de dados relevantes para a avaliação da experiência curricular do advogado poderia resultar, desde logo, do obstáculo que é colocado pela regra deontológica que *proibe o advogado de identificar os clientes a quem prestou assessoria jurídica*. Nos termos previstos na alínea *h)* do n.º 3 do artigo 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, a identificação dos clientes (actuais ou anteriores) só pode ser feita mediante autorização deste e, sobretudo, *após prévia deliberação do Conselho Geral que reconheça que tal divulgação é “essencial para o exercício da profissão em determinada situação”* — algo que, obviamente, não se verifica quando o objectivo pretendido consiste em obter uma melhor apreciação da sua candidatura no âmbito de um procedimento pré-contratual. Nesse sentido, cfr., em França, WILLY ZIMMER, “Critères d’Attribution d’un Marché de Service d’Assistance Juridique”, in *Contrats et Marchés Publics*, 05/2008.

4.5.4. Numa palavra: a Entidade Adjudicante não se encontra em condições de identificar elementos de facto aptos a realizar uma *selecção eliminatória adequada* dos operadores económicos interessados em responder ao seu apelo à concorrência.

E isso é assim pela simples razão de que nenhum desses elementos objectivamente mensurável pode, só por si, demonstrar a particular capacidade para a prestação de serviços jurídicos *se não for acompanhado de um juízo subjectivo que o respectivo beneficiário realiza quanto à confiança que o prestador lhe merece*.

Ou seja, os **dados objectivos susceptíveis de avaliação** no âmbito de um procedimento concorrencial **podem completar ou corrigir a impressão subjectiva** que a Entidade Adjudicante detém quanto à aptidão do prestador do serviço — **mas em caso algum a podem substituir ou dispensar**.

4.5.5. Esclareça-se: como sucede em qualquer outro âmbito da actividade administrativa, tal circunstância não pode legitimar a conclusão de que aquela *preferência subjectiva* pode assentar em *critérios arbitrários*. Com efeito, a um tempo, essa margem de apreciação é vinculada, desde logo, pelo *fim* de selecção do co-contratante que se considere mais apto para a tutela das pretensões jurídicas que a Entidade Adjudicante pretende fazer valer; a outro tempo, o *critério* que preside à escolha de um prestador em detrimento do outro tem necessariamente de resultar das qualidades pessoais que objectivamente denunciem a aptidão técnica do prestador e não de outros elementos que sejam alheios ao objecto do contrato (*maxime*, elementos discriminatórios, pessoais ou familiares). Isto é, tal como em qualquer outro caso, essa margem de apreciação não é imune à sindicabilidade judicial e ao recurso aos meios de controlo da autonomia pública.

Simplesmente, aquela margem de apreciação não pode, como se viu, concretizar-se em elementos susceptíveis de integração num critério de adjudicação ou, sequer, em elementos que permitam a formulação de requisitos eliminatórios de qualificação. Pelo contrário, apesar de o juízo que a Entidade Adjudicante realiza para escolha do co-contratante depender inicialmente de uma recolha dos dados objectivos seleccionados da trajetória profissional do prestador de serviços, a sua apreciação não dispensa uma *subsequente avaliação individual das suas qualidades pessoais* — a qual é puramente destinada a *confirmar se pode recair sobre o potencial adjudicatário a confiança subjectiva do órgão competente da Entidade Adjudicante para a decisão de contratar*.

4.5.6. Afinal, é exactamente isto que explica o motivo pelo qual o esforço prévio e sistemático, a que acima se procedeu, de identificação de uma qualquer alternativa que viabilize a adopção de um procedimento aberto e concorrencial

para a formação de contratos de aquisição de serviços jurídicos e, em especial, de serviços de advocacia, se revelou invariavelmente infrutífero.

Tal assim sucede pela simples razão de que a **natureza da actividade de assessoria jurídica é radicalmente incompatível com os próprios princípios estruturantes do Direito da Contratação Pública** — tornando a lógica inerente a um procedimento concorrencial totalmente inconciliável com a formação de um contrato que integre esse tipo de prestações:

- a) Por um lado, o regime jurídico nacional e comunitário de contratação pública tem em vista a prossecução do objectivo central de promoção da igualdade, da imparcialidade e da concorrência entre os operadores económicos que actuam no mercado intra-comunitário. Para esse efeito, a ordem jurídica impõe a obrigação de que, quando selecciona o seu co-contratante, a **Entidade Adjudicante se alheia totalmente da respectiva identidade e da apreciação subjectiva que realiza das suas qualidades pessoais**;
- b) Pelo contrário, a actividade de prestação de serviços jurídicos assenta na relação de confiança recíproca e pessoal entre o prestador dos serviços e os indivíduos que deles beneficiam ou, no caso de pessoas colectivas, os indivíduos que constituem os titulares dos órgãos que formam a sua vontade. Por isso, a decisão de selecção do prestador dos serviços jurídicos depende, antes de qualquer outro critério, **da confiança subjectiva que o respectivo beneficiário deposita nas qualidades pessoais do prestador e concretiza-se na escolha de um operador económico cuja identidade é directamente apurada, em razão da sua preferência subjectiva, pelo órgão competente da Entidade Adjudicante**.

4.5.7. Ora, perante esta *incompatibilidade intrínseca* entre o regime geral de formação de contratos públicos e a natureza da relação contratual de prestação de serviços jurídicos, o regime de contratação pública só oferece um tipo de procedimento pré-contratual que permite a *selecção individual*, pela Entidade Adjudicante, dos operadores económicos a quem pretende convidar para estabelecer uma relação contratual: o procedimento de ajuste directo.

Com efeito, nos termos previstos no artigo 112.º do CCP, “o ajuste directo é o procedimento em que a Entidade Adjudicante convida directamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta”. Isto é, o procedimento de ajuste directo assume como marca distintiva a *atribuição à Entidade Adjudicante da prerrogativa de selecção do número e da identidade dos operadores económicos com quem pondera estabelecer uma relação contratual*.

Tendo em conta que, caso abdique dessa prerrogativa e opte pela formulação de um convite geral ao mercado através da publicação de um anúncio, a Enti-

dade Adjudicante se encontra desprovida dos meios para, posteriormente, eliminar rigorosamente os operadores económicos que se revelem inaptos para executar o contrato e que, apesar disso, tenham decidido responder ao anúncio, é manifesto que qualquer outro tipo de procedimento pré-contratual pode potencialmente conduzir a Entidade Adjudicante a iniciar uma relação contratual com um prestador em quem não deposita a sua confiança — algo *incompatível com a própria noção de serviço de assessoria jurídica*.

É pois indisputável que, em razão de atribuir à Entidade Adjudicante a prerrogativa de delimitação inicial dos participantes no procedimento, o **procedimento de ajuste directo se afigura como o único dos cinco tipos de procedimentos pré-contratuais enumerados pela Parte II do CCP que se revela adequado para a formação de contratos de aquisição de serviços jurídicos**.

4.5.8. É por isso que, nos termos previstos na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, se admite o recurso ao procedimento de ajuste directo, independentemente de qual seja o valor do contrato, nos casos em que “a natureza das respectivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual (...), não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa, no âmbito de um procedimento de concurso, de outros atributos das propostas seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objectivos da aquisição pretendida”.

São esses dois pressupostos enunciados pelo preceito que, como se demonstrou, se verificam no caso de aquisição de serviços de assessoria jurídica:

- a*) Em primeiro lugar, é a própria natureza dos serviços a adquirir que impede a Entidade Adjudicante de elaborar especificações contratuais dotadas da precisão necessária para a fixação de um critério de adjudicação *assente em atributos de natureza qualitativa* — já que os atributos em que assenta a selecção do co-contratante incidem nas suas próprias qualidades pessoais, e não em aspectos da execução do contrato;
- b*) Por isso, face à inviabilidade da fixação de um critério de adjudicação assente em atributos qualitativos, a Entidade Adjudicante é *conduzida a recorrer à definição de atributos de natureza quantitativa*; todavia, essa definição quantitativa é manifestamente “desadequada” face aos objectivos da aquisição pretendida, já que a prioridade da Entidade Adjudicante consiste na obtenção de serviços de elevada qualidade, e não na obtenção de um qualquer serviço ao mais baixo preço ou no prazo mais curto possível. Por outras palavras: o seu objectivo é afinal escolher o co-contratante em função da qualidade intrínseca da prestação; porém,

tal qualidade não pode ser verdadeiramente revelada pelos atributos da sua proposta, mas apenas deduzida dos atributos do proponente que geram no adquirente a confiança dessa qualidade (27).

4.5.9. Sublinhe-se: se este segundo requisito se não verificasse e a Entidade Adjudicante pudesse satisfazer-se com a avaliação de propostas de acordo com um critério exclusivamente quantitativo — *maxime*, o mais baixo preço —, poderia ponderar-se a hipótese de recorrer a um *procedimento de negociação*, o qual, apesar de assentar num apelo genérico à concorrência de mercado através da publicação de anúncio, inclui na sua tramitação, primeiro, a realização de uma fase de qualificação dos candidatos interessados em prestar o serviço e, depois, de uma fase de negociações em que a Entidade Adjudicante pode procurar conduzir os concorrentes ao aprimoramento dos atributos das suas propostas.

Por isso mesmo, a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 29.º do CCP veda a hipótese de adopção de um ajuste directo e conduz a Entidade Adjudicante a seleccionar o procedimento de negociação quando, apesar de “a natureza das respectivas prestações não permitir a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 74.º”, se verificar ainda que “*a definição quantitativa de outros atributos [é] adequada a essa fixação*” ou, ainda, quando “o preço seja o único atributo a ter em consideração na avaliação das propostas, tendo em conta os objectivos da aquisição pretendida”.

Com essa redacção, o legislador nacional reproduz a margem de abertura concedida pela alínea *c*) do n.º 1 do artigo 30.º da Directiva n.º 2004/18/CE, que admite o recurso ao procedimento de negociação com publicação de anúncio “na medida em que a natureza da prestação a fornecer seja de molde a impossibilitar a elaboração de especificações com precisão suficiente para permitir a

(27) Como bem sublinha ANN LAWRENCE DURVIAUX, *Logique de Marché et Marché Public en Droit Communautaire — Analyse Critique d'un Système*, Larcier, Bruxelas, 2006, pág. 466, uma tal relação contratual assume-se como *intuitu personae* porque assenta na pessoa do prestador: são as próprias competências e aptidões do prestador que determinam ou, pelo menos, influenciam de modo significativo a qualidade das prestações que a Entidade Adjudicante pretende adquirir. Portanto, são as referências profissionais e a experiência do prestador que determinam a escolha do co-contratante. No mesmo sentido, afirmando que a prestação objecto deste tipo de serviço e, sobretudo, o seu carácter *intuitu personae* pressupõem que as qualidades do proponente sejam determinantes na própria qualidade da prestação a adquirir, cfr. EVA MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los Contratos de Servicios del Sector Público — Prestaciones Intelectuales, Asistencias y Consultorias*, Civitas, Madrid, 2009, págs. 560 e 561.

adjudicação do contrato através da selecção da melhor proposta de acordo com as regras que regem os concursos públicos ou limitados”.

Isto é, a preferência por um tipo de procedimento *concurusal* é afastada em razão da inexecutabilidade da fixação de requisitos de qualificação ou de um critério de adjudicação concebido “de acordo com as regras que regem os concursos públicos ou limitados”; todavia, perante a hipótese de adjudicação de uma proposta satisfatória através de um procedimento de negociação, a Entidade Adjudicante *não é dispensada de fazer publicar um anúncio e de, com isso, formular ainda um apelo genérico à concorrência*.

4.5.10. Mas, em contrapartida, nos casos em que tanto o recurso a elementos quantitativos como a elementos qualitativos se revela desadequado para a selecção de um co-contratante apto a assegurar a execução das prestações que integram o objecto do contrato, tão-pouco a adopção de um procedimento comercial constitui a solução para a formação do contrato.

Isto porque, nesses casos, o problema que subjaz à formação do contrato não afecta o *carácter concurusal ou negocial* do procedimento concorrencial; antes, situa-se num momento prévio e incide na própria **inaplicabilidade e desaqueção do regime concorrencial de contratação pública, tenha ele um carácter concurusal ou negocial**. Em concreto, esse problema consiste na circunstância de qualquer desses procedimentos concorrenciais pressupor que a Entidade Adjudicante *se alheia totalmente da identidade dos proponentes e da apreciação subjectiva que realiza das suas qualidades pessoais — quando, pelo contrário, a selecção do prestador de serviços jurídicos incide justamente na confiança subjectiva que o respectivo beneficiário deposita nas qualidades pessoais do prestador*.

Por isso, **reconhecendo a inaptidão genérica do regime concorrencial de contratação pública para a formação de contratos de aquisição de serviços jurídicos**, é a própria Directiva n.º 2004/18/CE que exclui esses serviços do seu âmbito de aplicação, permitindo que a Entidade Adjudicante adopte um procedimento não concorrencial e selecione directamente os prestadores que pretende convidar para apresentar uma proposta (cfr. artigo 21.º e Anexo II-B da Directiva).

É, portanto, em estrita concretização dessa exclusão directamente autorizada pela ordem jurídica comunitária que o legislador nacional, na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, habilita a Entidade Adjudicante a adoptar o procedimento de ajuste directo para a aquisição de serviços jurídicos — independentemente de qual seja o valor do contrato a celebrar —, dispensando a formulação de um apelo genérico à concorrência e atribuindo-lhe a prerrogativa de selecção do(s) prestador(es) que pretende convidar para a apresentação de uma proposta.

4.5.11. Importa ainda fazer um último esclarecimento: a identificação de uma base legal habilitante para o recurso ao procedimento de ajuste directo não prejudica o pressuposto firmado no início deste estudo: o de que a formulação de um procedimento tão concorrencial, aberto e plural quanto possível permite, pelo menos tendencialmente, incrementar os meios de seleccionar a proposta mais apta para a prossecução das necessidades de interesse geral.

Isto é, não pode ignorar-se que, quando possível, a criação de concorrência através da obtenção de um número superior de propostas pode aprimorar a eficácia na prossecução do interesse público através da obtenção de melhores condições contratuais em resultado da competição lançada entre os vários prestadores convidados para participar no procedimento.

Simplemente, o eventual recurso, nessas circunstâncias, a um procedimento concorrencial estará justificado pela *conveniência e pela oportunidade* que a promoção de competição entre operadores de mercado assume para uma satisfação mais eficiente do interesse público — e não numa *obrigação legal* de aplicação do regime nacional e comunitário de contratação pública. **Tal obrigação, insista-se, é expressamente excluída pelas ordens jurídicas nacional e comunitária.**

Por outras palavras: a habilitação para o recurso a esse procedimento não prejudica que a Entidade Adjudicante considere conveniente convidar mais de um operador económico para a apresentação de proposta num procedimento de ajuste directo. Com efeito, importa ter presente que a alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP não impõe (como também não proíbe, aliás) que o convite seja dirigido a apenas um operador. É que não se trata de uma situação em que o adquirente do serviço confia *exclusivamente num único prestador* no mercado e rejeite os serviços prestados por todos os outros. Pelo contrário, é previsível que consiga identificar dois, três ou mais operadores de mercado que, tendo em conta as suas qualidades intrínsecas e a sua trajectória anterior, se afiguram como prestadores confiáveis.

Sucede que o problema com que então a Entidade Adjudicante se depara consiste em diferenciar e destacar esses poucos prestadores de todos os outros operadores de mercado em quem não deposita idêntica confiança. E esse problema resulta da circunstância de qualquer procedimento de contratação pública de natureza concurusal assentar na publicação de um anúncio e num *apelo aberto ao mercado* — mesmo que tal apelo pressuponha uma prévia qualificação.

Ora, ao realizar esse *apelo genérico à concorrência*, a Entidade Adjudicante não dispõe de qualquer modo de distinguir e seleccionar *apenas* os prestadores em quem deposita a sua confiança. Com efeito, mesmo que recorra a uma fase de prévia qualificação e que esteja habilitada a avaliar a aptidão técnica dos concorrentes, dificilmente a Entidade Adjudicante pode identificar elementos objectivamente mensuráveis que, por si só, permitam confirmar ou infirmar a aptidão que cada candidato detém para executar a prestação objecto daquele específico contrato.

Em suma e em conclusão: é justamente a adopção do procedimento de ajuste directo que assegura que tal abertura concorrencial não porá em perigo a natureza da relação de confiança inerente à prestação de serviços de assessoria jurídica: isto porque, no âmbito de um ajuste directo, só são convidados os operadores a quem a Entidade Adjudicante efectivamente reconhece qualidade e relativamente aos quais tem pois fundadas razões para confiar na sua intrínseca aptidão para a execução do contrato com o nível de qualidade pretendido. Feita essa delimitação (através do próprio convite) do universo dos concorrentes, nada impedirá depois que seja até usado o critério de adjudicação do mais baixo preço ou o critério da proposta economicamente mais vantajosa ainda que densificado por factores de natureza meramente quantitativa.

4.5.12. Diga-se, aliás, que o recurso a esse procedimento não deixa o interesse público desprovido da adopção de garantias relativas ao cumprimento dos princípios estruturantes da contratação pública. Na verdade, pode mesmo afirmar-se que, justamente por não ser alheio à preocupação com a promoção dos princípios da concorrência e da transparência na formação dos contratos de aquisição de serviços jurídicos, o legislador nacional acaba por revelar-se *mais exigente* do que o legislador comunitário na protecção daqueles princípios ao longo da tramitação procedimental.

Com efeito, apesar de o legislador comunitário *excluir totalmente* a aplicação do regime de contratação pública à formação de tais contratos, o legislador nacional assume, *por iniciativa própria*, a obrigação de adopção de um procedimento jurídico-público compatível com a natureza desses serviços — ainda que tal procedimento consista no mais simples ou flexível de entre todos os procedimentos que o Código dos Contratos Públicos prevê.

Isto é, a Entidade Adjudicante continua a adoptar um procedimento burocrático que obedece, com as devidas adaptações, às regras comuns de tramitação pré-contratual constantes dos artigos 36.º a 111.º do CCP e, bem assim, às regras específicas de tramitação do procedimento de ajuste directo previstas nos artigos 112.º a 127.º do CCP.

Tais regras de tramitação incluem, exemplificativamente, as obrigações de:

- a) Emissão de um convite ao potencial adjudicatário (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 40.º, artigo 112.º e artigo 115.º);
- b) Elaboração de um caderno de encargos ⁽²⁸⁾ que acompanha o convite (artigo 42.º e n.º 4 do artigo 115.º);

⁽²⁸⁾ Pelas razões já indicadas, é óbvio que o caderno de encargos relativo a uma prestação de serviços jurídicos se limitará, no essencial, a enunciar o objecto da prestação e a impor, even-

- c) Apresentação de uma proposta pelo adjudicatário (artigos 56.º e 57.º);
- d) Habilitação do adjudicatário (artigos 81.º e 126.º);
- e) Prestação de caução (artigo 88.º);
- f) Redução de contrato a escrito (artigo 94.º);
- g) Publicitação do contrato como condição da respectiva eficácia (artigo 127.º).

4.5.13. Porém, apesar de impor um conjunto de regras procedimentais que promovem a *transparência* na selecção do co-contratante, o legislador não deixa de adoptar uma *perspectiva equilibrada* que pondera o interesse público na adopção de um procedimento jurídico-público e a especificidade inerente à própria natureza dos serviços jurídicos.

Por isso, o legislador não cai no extremo de ficcionar que a (inegável) relevância axiológica dos princípios da igualdade, da concorrência e da transparência deve conduzir à adopção de um procedimento concorrencial que assenta na formulação de um apelo genérico à concorrência de mercado e que *deixa a Entidade Adjudicante desprovida dos meios de defesa contra o risco de contratar um prestador em quem não deposita a sua confiança — e com quem, por isso mesmo, não pode iniciar e manter uma relação contratual de prestação de serviços jurídicos cuja pedra angular consiste na confiança recíproca entre as partes.*

Pelo contrário, as ordens jurídicas nacional e comunitária reconhecem expressamente a *inexequibilidade de adopção de um procedimento concorrencial de contratação pública para a aquisição de serviços jurídicos — independentemente de qual seja o valor do contrato a celebrar.* Por isso, habilitam a Entidade Adjudicante a adoptar o único procedimento que lhe atribui a *prerrogativa de selecção dos prestadores que serão convidados a apresentar proposta* — confirmando assim que *essa decisão de selecção depende*, antes de qualquer outro critério, *da confiança subjectiva que a Entidade Adjudicante deposita nas qualidades pessoais do prestador dos serviços jurídicos.*

5. A ADOÇÃO DE UM PROCEDIMENTO CONCORRENCIAL PARA AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS NÃO PRESIDIDOS POR UMA RELAÇÃO DE CONFIANÇA

5.1. Cabe realizar um último esclarecimento quanto ao exacto alcance das conclusões alcançadas no presente estudo. Como se verificou, a *relação de*

talmente, obrigações quanto ao prazo da execução do serviço, deixando na autonomia do prestador a opção quanto ao modo, à metodologia e à solução jurídica a alcançar. Seria de todo impen-sável, por total irrealismo, uma cláusula que impusesse, por exemplo, que o parecer jurídico “deve ser de muita qualidade” ou “deve demonstrar robustez de argumentação”.

confiança recíproca e subjectiva que preside à prestação de serviços jurídicos inviabiliza qualquer tentativa de adopção de um critério de adjudicação que se revele adequado a assegurar a aquisição de uma proposta que responda aos “objectivos da aquisição pretendida” pela Entidade Adjudicante (cfr. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP).

Por isso, é a *absoluta impossibilidade* de formulação de um critério de adjudicação adequado que constitui o fundamento material que conduz, *i*) primeiro, o legislador comunitário a excluir os contratos de aquisição de serviços jurídicos do próprio âmbito de aplicação do regime de contratação pública e, *ii*) depois, em concretização daquela opção comunitária, conduz também o legislador nacional a habilitar a Entidade Adjudicante a adoptar o procedimento mais restritivo da concorrência para a formação desses contratos, dispensando a realização de um apelo genérico à concorrência através da publicação de um anúncio.

5.2. Porém, perante esse fundamento material de adopção do ajuste directo constante da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, tem-se verificado a tendência (errada) de alargar o alcance da referida norma para af incluir qualquer contrato em que a especificidade do respectivo objecto crie *dificuldades* ou *inconvenientes* na fixação de um critério de adjudicação adequado aos objectivos da aquisição pretendida.

Em concreto, aquela alínea refere-se expressamente a “serviços de natureza intelectual” e a “serviços financeiros” e, adicionalmente, referindo-se já a qualquer tipo de serviços, descreve as dificuldades que a Entidade Adjudicante pode sentir na formulação de um critério de adjudicação adequado para a obtenção de uma proposta compatível com a necessidade de interesse público que se pretende satisfazer.

Perante tal redacção, verifica-se uma tendência generalizada para o recurso a este fundamento material de adopção do procedimento de ajuste directo sempre que estes pressupostos iniciais da norma estejam cumpridos — isto é, logo que se confirme que se pretende adquirir *i*) um serviço de natureza intelectual, *ii*) um serviço financeiro ou, *iii*) em geral, sempre que a natureza de qualquer tipo de serviço crie inconvenientes para a fixação de um critério de adjudicação —, sem que, contudo, se confirme ainda que se encontra igualmente cumprido um *pressuposto adicional* que o legislador enuncia para a restrição da concorrência.

5.3. Na verdade, para a perfeita compreensão do pressuposto legal que, com uma leitura apressada deste preceito, se correria o risco de desconsiderar, deve recordar-se aquele que constitui o ponto de partida — *rectius*, o próprio fundamento da criação — do regime de contratação pública.

Como se demonstrou, a ordem jurídica reconhece que a realização de um apelo genérico à concorrência de mercado no seio de um procedimento concorrencial permite assegurar, em simultâneo, a prossecução dos *interesses privados* dos prestadores no mercado que reclamam um tratamento compatível com o princípio da igualdade e da imparcialidade e, sobretudo, a tutela do *interesse público* inerente ao incremento dos meios de que a Administração dispõe para, através da promoção de uma competição entre os interessados em contratar consigo, melhorar as condições contratuais que pode obter no mercado.

Esta mais-valia conduz o legislador a demonstrar uma manifesta *preferência valorativa pelo recurso a procedimentos concorrenciais e abertos a todos os operadores económicos para a formação de contratos públicos*.

Também se reconhece que tal opção constitui uma *preferência* e não uma *imposição*; isto é, o legislador não deixa de admitir que existem *razões de peso* — fundamentadas mesmo na ordem constitucional ou na ordem comunitária — que podem inviabilizar o recurso a um procedimento concorrencial e sobrepor-se aos interesses públicos e privados que justificam aquela preferência.

Mas, evidentemente, tendo em conta o *peso* tão substancial dos valores materiais que são tutelados pela adopção de um procedimento concorrencial, compreende-se que as *razões de peso* que a Administração venha a alegar para preterir aquela preferência e adoptar um procedimento de ajuste directo terão necessariamente de assumir um relevo extraordinário — isto é, em concreto, terão de permitir à Entidade Adjudicante *demonstrar que a derrogação do princípio da concorrência é indispensável e incontornável*, sendo a adopção de um ajuste directo a *opção necessária e insubstituível* para a formação do contrato.

Como se verificou, só com um tal juízo pode a Entidade Adjudicante justificar o motivo pelo qual pretende dispensar a adopção de um procedimento concorrencial que, afinal, de modo patente, o legislador havia considerado constituir a *opção preferível ou desejável* para a satisfação de todos os interesses públicos e privados afectados com a celebração do contrato.

5.4. Não obstante se poder pensar que tal situação aponta para a generalidade dos serviços de natureza intelectual, impõe-se chamar a atenção para o percurso lógico realizado ao longo do presente estudo, no tocante aos serviços jurídicos, como simples *exemplo* de quão *complexo e exigente* deve necessariamente ser o juízo que a Entidade Adjudicante realiza para demonstrar que, para um determinado tipo de serviços de natureza intelectual, as razões de peso que justificam a adopção de um procedimento de ajuste directo se *sobrepoem* às razões de peso que conduziram o legislador a manifestar a sua preferência por um procedimento concorrencial.

Como se viu, no caso dos serviços de assessoria jurídica, esse percurso não pôde dispensar uma cuidadosa avaliação da viabilidade de *todas as alternativas* a que a Entidade Adjudicante poderia recorrer para fixar um critério de adjudicação adequado à adopção de um procedimento concorrencial — *tendo-se concluído pela legitimidade da adopção de um ajuste directo apenas quando se confirmou que cada uma das restantes alternativas procedimentais seria inexecutável ou inaplicável*.

Em concreto, confirmou-se que:

- a) *Primeiro*, seria inexecutável fixar um critério de adjudicação *exclusivamente assente em elementos ou factores quantitativos*;
- b) Sendo tal opção inaceitável, o intérprete teria de ponderar, *em segundo lugar*, se seria possível conduzir a Entidade Adjudicante a recorrer a *elementos qualitativos* para a fixação de um critério de adjudicação; porém, tal avaliação deparar-se-ia com o obstáculo resultante da regra que vincula o júri a centrar-se exclusivamente em *atributos da proposta* (aspectos da execução do contrato), e não em *atributos dos próprios proponentes* — quando são justamente as qualidades dos proponentes que constituem o critério decisivo para a selecção de um prestador de serviços jurídicos;
- c) Mas, mesmo perante tal cenário, o intérprete não poderia ainda, sublinhe-se, concluir imediatamente pela legitimidade da adopção de um ajuste directo, sendo agora conduzido a esgotar uma (*terceira*) *alternativa adicional*: o recurso ao *concurso limitado por prévia qualificação*, que habilita a Entidade Adjudicante a apreciar os atributos dos próprios operadores económicos. Simplesmente, tal alternativa releva-se igualmente inexecutável, já que:
 - i) Na generalidade dos casos, a urgência dos serviços de assessoria jurídica a adquirir é manifestamente incompatível com a adopção de um *procedimento bifásico*;
 - ii) Mas, sobretudo, mesmo quando recorre aos elementos de facto relativos aos próprios prestadores, a Entidade Adjudicante não consegue identificar factores que sejam susceptíveis de — *através de uma fórmula objectivamente mensurável* — demonstrar ou desmentir a efectiva aptidão técnica de cada operador económico para a execução das prestações objecto do contrato.

5.5. Como bem se vê, o intérprete apenas pode concluir pela legitimidade da adopção do procedimento de ajuste directo *quando confirma a total inviabilidade do recurso a qualquer outro procedimento concorrencial*. Isto é, tendo

em conta o peso tão substancial dos valores materiais que são tutelados pela adopção de um procedimento concorrencial, as razões de peso que são alegadas para preterir essa opção preferencial da ordem jurídica por um procedimento aberto *somente* podem consistir na demonstração de que *a derrogação do princípio da concorrência é indispensável e incontornável*, em razão da *impossibilidade de fixação de um critério de adjudicação adequado* aos objectivos da aquisição pretendida — e não em razão da mera *dificuldade* ou da *maior complexidade* na fixação de tal critério.

5.6. Sendo assim, é evidente que a adopção de um ajuste directo não é legítima quando, pelo contrário, se alega que as especificidades da prestação a adquirir simplesmente *dificultam* a tarefa de identificação de elementos que possam ser integrados num critério de adjudicação e que, por isso, a sua avaliação objectiva se torna mais *complexa* sem, contudo, se demonstrar que tal avaliação é *impossível*.

É esse o caso de muitos outros serviços de natureza intelectual ao nível da assessoria ou da consultoria em que é nítido que o tipo de prestações aí envolvidas reclama uma aptidão que complexifica a tarefa de selecção de aspectos da execução do contrato que possam ser submetidos à concorrência e, portanto, integrados num critério de adjudicação. Todavia, as razões de peso que fundamentam a preferência por um procedimento concorrencial só podem ceder quando se demonstra a *inviabilidade* da sua adopção, em razão da *impossibilidade* — e não da *maior complexidade* — de fixação de um critério de adjudicação adequado aos objectivos da aquisição pretendida.

Tomando novamente como referência o exemplo fornecido pelo percurso lógico realizado para a aquisição de serviços jurídicos, deve recordar-se que tal *impossibilidade* ficou demonstrada porque se concluiu que a natureza desse tipo de serviços é *radicalmente incompatível com o próprio modo de fixação de um critério de adjudicação num procedimento concorrencial*:

- a) O regime de contratação pública pretende assegurar a igualdade, a imparcialidade e a livre concorrência entre os operadores económicos; por isso impõe a obrigação de que, quando selecciona o seu co-contratante, *a Entidade Adjudicante se alheia totalmente da respectiva identidade e da apreciação subjectiva que realiza das qualidades pessoais dos proponentes*;
- b) Pelo contrário, a decisão de selecção do prestador dos serviços jurídicos depende, antes de qualquer outro critério, *da confiança subjectiva que o respectivo beneficiário deposita nas qualidades pessoais do prestador e concretiza-se na escolha de um operador económico cuja identidade é directamente apurada, em razão da sua preferência, pelo órgão competente da Entidade Adjudicante*.

Por outras palavras, as disposições constitucionais, legais e deontológicas que regulam este tipo de actividade económica não permitem sequer a prestação desses serviços se o respectivo beneficiário não é totalmente livre na escolha do seu prestador e se se encontra, por algum meio, condicionado a seleccionar um co-contratante em quem não deposita a sua plena confiança — constituindo mesmo, no caso dos serviços de advocacia, uma infracção disciplinar a aceitação do serviço pelo advogado que verifica que os titulares do órgão da Entidade Adjudicante competente para a decisão de contratar foram condicionados na sua escolha e não puderam seleccionar um prestador em quem mantivessem uma plena confiança.

No fundo, não pode identificar-se uma maior razão de peso para a derrogação da preferência por um procedimento concorrencial quando é a própria ordem jurídica que proíbe a imposição da adopção de um procedimento que possa concluir na selecção de um prestador sobre o qual não recai a plena confiança dos titulares dos órgãos da Entidade Adjudicante competentes para a decisão de contratar.