

## ÍNDICE GERAL

	Págs.
NOTAS CURRICULARES.....	5
COLÓQUIO .....	13
<i>J. M. Sérvulo Correia</i> — O presente volume: circunstâncias e razões.....	15
PARTE I — DIREITO DA AUTONOMIA POLÍTICA.....	19
<i>Rui Medeiros</i> — A tentativa fracassada de alargamento da competência legislativa regional na revisão de 2004 e a próxima revisão constitucional.....	21
<i>Luis María Díez-Picazo</i> — La autonomía de nacionalidades y regiones en España .....	33
<i>J. M. Sérvulo Correia</i> — O futuro do regionalismo político .....	45
<i>Rui Medeiros/João Lamy da Fontoura</i> — “Remuneração Compensatória Regional” no quadro das restrições Remuneratórias impostas na Lei do Orçamento do Estado para 2011 .....	67
PARTE II — O DESENVOLVIMENTO REGIONAL COMO MATRIZ DE AUTONOMIA.....	113
<i>Berta Cabral</i> — Intervenção da Presidente da Câmara Municipal de Ponta Delgada no encerramento do Colóquio “Açores: Uma Reflexão Jurídica”...	115
<i>José Romão Leite Braz</i> — Desenvolvimento sustentável dos Açores.....	119
<i>António Gomes de Menezes</i> — Desafios emergentes da Aviação Civil e o desenvolvimento Regional Insular: Novas Tendências e Novos Desafios.....	123
<i>Ricardo Serrão Santos</i> — As Ciências do Mar no contexto da União Europeia, de Portugal e dos Açores.....	139
<i>Carlos Pinto Lopes/Raquel Candelária Guimarães/Jorge Silva Sampaio</i> — Ambiente nos Açores: oportunidade única, uma lógica própria.....	151
<i>Ana Isabel Damião de Serpa Arruda Moniz</i> — Ponta Delgada e o Turismo ....	187

	Págs.
PARTE III — DIREITO ADMINISTRATIVO AUTONÓMICO.....	193
<i>Paulo Câmara — Corporate Governance e o Sector Público Empresarial dos Açores.....</i>	195
<i>João Amaral e Almeida — A legislação regional de contratação pública — Breve comentário.....</i>	211
<i>João Caupers — Autonomia e domínio público regional. O domínio público marítimo .....</i>	227
PARTE IV — DIREITO SOCIAL AUTONÓMICO .....	237
<i>Pedro Furtado Martins/Tiago Soares Cardoso — A participação dos trabalhadores na gestão das empresas do sector empresarial regional dos açores.....</i>	239
<i>Tiago Soares Cardoso/António Cadilha — As novas incidências contributivas do regime dos trabalhadores por conta de outrem.....</i>	279

## A LEGISLAÇÃO REGIONAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA — BREVE COMENTÁRIO

JOÃO AMARAL E ALMEIDA

### I. INTRODUÇÃO

1. Fruto da sua autonomia legislativa, a Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores aprovou, na véspera da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, um regime especial de contratação pública que procura acautelar, por um lado, uma visão regional do modelo de governo electrónico que tem impacto na contratação pública e, por outro, a específica realidade geomorfológica do arquipélago que condiciona a execução de algumas obras públicas.

Foram estas, efectivamente, as duas razões que o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de Julho, enunciou como justificação para a aprovação de regras especiais da contratação pública na Região Autónoma dos Açores, sem que as mesmas pusessem em causa, portanto, o tronco comum constante do Código dos Contratos Públicos. E, na verdade, foi basicamente a estas duas matérias que o legislador regional se circunscreveu na sua tarefa de adaptar a legislação nacional de contratação pública — constante da Parte II do Código dos Contratos Públicos — à realidade regional.

2. Entretanto, mais de um ano volvido sobre a publicação daquele diploma regional, a Assembleia Legislativa voltou ao assunto da contratação pública, aprovando novo diploma, o Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de Agosto, desta feita com o objectivo de, nuns casos, derrogar, na sua aplicação regional, algumas normas do Código dos Contratos Públicos e, noutros casos, de estabelecer limites de valor diferentes dos que constam do Código.

Nas linhas que se seguem, dá-se breve nota desse regime especial de contratação pública que hoje vigora na Região Autónoma dos Açores, aproveitando o ensejo para comentar, numa perspectiva exclusivamente jurídica, as soluções encontradas.

## II. ENTIDADES ADJUDICANTES

3. O regime especial de contratação pública açoriano inicia-se, naturalmente, com uma delimitação de quais são as entidades adjudicantes cujos contratos têm a sua formação a ele submetida. Assim, em linha com a distinção entre entidades adjudicantes constante do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), o legislador regional estabelece, desde logo no n.º 1 do artigo 2.º<sup>(1)</sup>, que são entidades adjudicantes a Região Autónoma dos Açores, as autarquias locais dos Açores e os institutos públicos regionais; isto é, as pessoas colectivas de direito público que integram o sector público administrativo tradicional de âmbito regional. E, conforme resulta do disposto no n.º 4 do artigo 2.º, a estes três tipos de entidades adjudicantes são aplicáveis as regras da contratação pública previstas no CCP para a formação dos contratos a celebrar pelas entidades que, nesse Código, se encontram referidas no n.º 1 do seu artigo 2.º<sup>(2)</sup>, as quais já englobavam aqueles três tipos.

A necessidade de o legislador regional ter estabelecido o seu próprio elenco de entidades adjudicantes só se compreende, pois, por causa da contraposição entre aqueles três tipos de entidades adjudicantes e as que são referidas no n.º 2 do artigo 2.º, entidades às quais são aplicáveis as regras da contratação pública previstas no CCP para a formação dos contratos a celebrar pelas entidades que, nesse Código, se encontram

<sup>(1)</sup> Todas as referências a artigos, quando desacompanhadas de outra menção, devem entender-se feitas para o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de Julho, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de Agosto.

<sup>(2)</sup> Com as especificidades constantes do próprio decreto legislativo regional, naturalmente.

referidas também no n.º 2 do seu artigo 2.º Ora, no n.º 2 do artigo 2.º do decreto legislativo regional, foram elencadas não apenas entidades adjudicantes que, nos termos do CCP, estão também referidas no n.º 2 do seu artigo 2.º, como também entidades adjudicantes que no CCP são elencadas no n.º 1 do seu artigo 2.º, a saber: as fundações públicas, as associações públicas e as associações de que façam parte uma ou várias entidades adjudicantes.

Quer isto dizer, pois, que, quando sediadas nos Açores, as *fundações públicas* (cfr. alínea *a*) do n.º 2), as *associações públicas* (cfr. alínea *b*) do n.º 2) e as *associações de que façam parte uma ou várias entidades adjudicantes* referidas nas outras alíneas desse n.º 2 ou no número anterior (cfr. alínea *f*) do n.º 2) são entidades adjudicantes cujos contratos seguem o regime de contratação pública aplicável às entidades previstas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP e não no n.º 1 desse mesmo artigo 2.º; o que, na prática, se traduz na possibilidade de os seus contratos atingirem valores mais elevados quando o procedimento de contratação adoptado seja o ajuste directo (cfr. alíneas *a*) do artigo 19.º e do n.º 1 do artigo 20.º, ambos do CCP).

4. Esta especificidade regional mantém, inclusive, de fora do elenco das entidades adjudicantes as fundações públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro.

Porém, e tal como hoje sucede com a norma da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP na parte em que excepciona da qualificação como entidades adjudicantes as fundações públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro, a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A é violadora do direito comunitário.

Com efeito, ao excepcionar expressamente um *tipo* de entidades (as fundações públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro) do elenco das entidades adjudicantes previstas no n.º 2 do seu artigo 2.º, o legislador regional afasta qualquer possibilidade de um estabelecimento de ensino superior público sediado nos Açores que seja uma fundação pública poder incluir-se nas entidades referidas na alínea *c*) do mesmo n.º 2.

A lei não podia pois ser mais clara: os estabelecimentos de ensino superior que revistam a forma e a natureza de fundações públicas não

são entidades adjudicantes, mesmo que os requisitos previstos na alínea *c)* do n.º 2 se verifiquem.

Ora a verdade é que, como é consabido, a qualificação como entidade adjudicante de uma entidade que preencha os requisitos previstos naquela alínea *c)* não está na disponibilidade do legislador nacional: a alínea *c)* do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A<sup>(3)</sup> constitui a fiel transposição do conceito comunitário de «*organismo de direito público*» (cfr. § 2.º do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva n.º 2004/18), pelo que a existência de pessoas colectivas que reúnam os referidos requisitos implica necessariamente a sua qualificação como entidades adjudicantes e, conseqüentemente, a submissão da formação dos seus contratos ao regime de contratação pública previsto na directiva comunitária. É fácil pois concluir que é desconforme com o direito comunitário qualquer norma da legislação nacional que tenha por efeito afastar da qualificação como entidade adjudicante um certo *tipo* de entidades, mesmo que nelas se verifiquem, no caso concreto, os requisitos de que depende afinal essa qualificação. Ora, é precisamente isso o que faz também a alínea *a)* do n.º 2 do artigo 2.º do diploma regional em análise.

5. Ainda a propósito do elenco de entidades adjudicantes, refira-se que a inclusão, por mimetismo relativamente ao disposto na antiga alínea *c)* do n.º 2 do artigo 2.º do CCP<sup>(4)</sup>, das associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica (cfr. alínea *e)* do n.º 2) peca por manifesta inutilidade.

Com efeito, essas associações, ou bem que não cumprem o primeiro dos dois requisitos previstos na alínea *c)* do mesmo n.º 2 — caso em que não se justifica a sua qualificação como entidades adjudicantes — ou, caso o preencham, já seriam entidades adjudicantes por força precisamente dessa alínea *c)*. E, do mesmo modo, se essas associações integram uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas *a)*

<sup>(3)</sup> Como aliás a alínea *a)* do n.º 2 do artigo 2.º do CCP.

<sup>(4)</sup> Antiga porque entretanto foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro.

a *d)* do n.º 2 ou até do n.º 1, também sempre seriam entidades adjudicantes por via do disposto na alínea *f)* do n.º 2<sup>(5)</sup>.

### III. TRAMITAÇÃO ELECTRÓNICA

6. Como já se disse, uma das principais justificações para a aprovação de um diploma regional sobre contratação pública foi a intenção de ser disponibilizada pelo Governo Regional uma plataforma electrónica dedicada à contratação pública nos Açores (cfr. n.º 1 do artigo 5.º). Plataforma essa de utilização obrigatória para a Administração regional, incluindo os institutos públicos regionais, bem como para o sector público empresarial regional e para as autarquias locais dos Açores (cfr. n.º 2 do artigo 5.º).

Sucedeu que esta ambiciosa intenção de disponibilizar uma plataforma de âmbito regional não foi possível ser imediatamente concretizada, razão pela qual foi aprovado, através do Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de Agosto, um importante regime transitório relativo à tramitação procedimental a observar até que seja efectivamente disponibilizada a referida plataforma electrónica regional (cfr. artigos 31.º a 36.º). Esse regime transitório é exactamente o mesmo que, aquando da aprovação do Código dos Contratos Públicos, foi instituído nos artigos 9.º a 13.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e que consistia na possibilidade de, enquanto não fosse obrigatória a utilização de plataformas electrónicas, as entidades adjudicantes permitirem que as propostas e as candidaturas fossem apresentadas em suporte papel.

7. O disposto no artigo 31.º do decreto legislativo regional veio, porém, introduzir uma ambiguidade que, a nosso ver, era desnecessária.

<sup>(5)</sup> A sua originária inclusão na alínea *c)* do n.º 2 do artigo 2.º do CCP tinha o alcance de subtrair essas associações à alínea *g)* do n.º 1 do artigo 2.º, ou seja, de lhes impor um diferente regime de contratação pública. Por outras palavras: o que estava subjacente à alínea *c)* do n.º 2 do artigo 2.º do CCP era o facto de se tratar de associações de que fazem parte outras entidades adjudicantes. Ora, como no diploma regional umas e outras estão elencadas no n.º 2, a referência a associações que prossigam finalidades de natureza científica e tecnológica é absolutamente inútil.

Repare-se que o que está em causa (tal como sucedeu no regime transitório estabelecido a nível nacional pelo Decreto-Lei n.º 18/2008) é a admissão da possibilidade de, em vez de serem utilizadas plataformas electrónicas para submeter as propostas ou as candidaturas, estas serem apresentadas em suporte papel. Ora, essa possibilidade é estabelecida no n.º 1 do artigo 32.º <sup>(6)</sup>. E, sendo ela aproveitada por uma entidade adjudicante, os preceitos seguintes (cfr. n.ºs 2 a 5 do artigo 32.º e artigos 33.º a 36.º) estabelecem a regulamentação para todas as situações subsequentes cuja tramitação fosse de natureza electrónica (tramitação a decorrer na plataforma), nomeadamente as eventuais diversas notificações entre os intervenientes no procedimento.

O artigo 31.º, antes mesmo da enunciação da regra da admissibilidade da apresentação das propostas em suporte papel (n.º 1 do artigo 32.º) estabelece que as entidades adjudicantes — enquanto não estiver disponível a referida plataforma electrónica regional — podem permitir que «*todos os actos que, nos termos do Código dos Contratos Públicos, devam ser praticados em plataforma electrónica*» sejam «*praticados através do envio pelo correio, correio electrónico ou telecópia*». O alcance desta norma parece pois permitir que a apresentação das próprias propostas ou candidaturas (um dos actos que, nos termos do CCP, devem ser praticados em plataforma electrónica! <sup>(7)</sup>) seja feita, não em suporte papel, mas através do envio de uma mensagem de *correio electrónico* ou através do envio de uma *telecópia* (que é também um meio de transmissão escrita e electrónica de dados) <sup>(8)</sup>.

Mas assim sendo, é evidente a incongruência com as normas dos artigos 32.º a 35.º, que estão apenas pensadas e redigidas para os casos em que as propostas ou as candidaturas sejam apresentadas em suporte papel. É o caso, paradigmático, do acto público em que se prevê a abertura dos «*invólucros*»!

A possibilidade de nos procedimentos concursais serem apresentadas propostas ou candidaturas através de correio electrónico ou de telecópia

<sup>(6)</sup> À semelhança do disposto no n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 18/2008.

<sup>(7)</sup> Com excepção do ajuste directo (cfr. alínea g) do n.º 1 do artigo 115.º do CCP).

<sup>(8)</sup> Estranhamente, o artigo 31.º permite o envio da proposta ou da candidatura pelo correio mas não a sua apresentação directa, em mão, pelo respectivo portador...

não garante a impossibilidade do acesso ao seu conteúdo antes do termo do prazo para essa apresentação. Por outro lado, apresentadas as propostas ou as candidaturas a coberto de uma mensagem de correio electrónico também não está garantida a fiabilidade do seu conteúdo, isto é, que o seu conteúdo não foi alterado-entre a apresentação da proposta e a realização do acto público. Tudo garantias que só a plataforma electrónica (ou o antigo envio em suporte papel) oferecem indiscutivelmente.

A norma do artigo 31.º — que no fundo alarga a possibilidade de, transitoriamente, serem apresentadas as propostas e as candidaturas através de correio electrónico ou de telecópia <sup>(9)</sup> — coloca pois a dúvida sobre como se processa a tramitação subsequente dos concursos no caso de as propostas ou as candidaturas serem apresentadas por uma daquelas duas vias electrónicas.

8. Mas a situação criada pelo regime transitório da tramitação electrónica é também estranha no que respeita à tramitação dos procedimentos promovidos por algumas entidades adjudicantes. Repare-se, com efeito, que o regime transitório previsto nos artigos 31.º a 36.º apenas se aplica às entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 5.º (como expressamente dispõem os n.ºs 1 dos artigos 31.º e 32.º), isto é, as entidades adjudicantes cuja utilização da plataforma electrónica será (futuramente) obrigatória. Quer isto dizer, portanto, que as restantes entidades adjudicantes indicadas no artigo 2.º não dispõem de qualquer regime transitório. E isso significa, como não se lhes aplica o regime especial do n.º 1 do artigo 5.º, que essas entidades adjudicantes sediadas nos Açores terão obrigatoriamente de utilizar as plataformas electrónicas nos termos previstos, em geral, no Código dos Contratos Públicos. E nem sequer se invoque o n.º 3 do artigo 5.º, já que, como dele resulta expressamente, a utilização da plataforma electrónica regional a disponibilizar pelo Governo Regional constitui uma mera faculdade, que é concretizada mediante protocolo (cfr. n.º 4 do mesmo artigo 5.º).

<sup>(9)</sup> Em vez do artigo 31.º, teria até bastado um pequeno acrescento na parte final do n.º 1 do artigo 32.º: «... são obrigatoriamente apresentadas em suporte papel, *correio electrónico ou telecópia*». O que, todavia, continuaria a não resolver o problema da (in)congruência com o disposto nos n.ºs 2 a 5 do artigo 32.º e nos artigos 33.º a 35.º

9. Finalmente, normas não menos enigmáticas são as estabelecidas nos n.ºs 5 e 6 do artigo 5.º, que se referem a uma «interligação» com outras plataformas electrónicas utilizadas pelas entidades adjudicantes (as das entidades a que se refere o n.º 2, supõe-se) e a uma «integração» (do quê em quê?) «de outras» (sic!) plataformas de âmbito nacional.

#### IV. PUBLICIDADE REGIONAL

10. Esperar-se-ia, num diploma que visa adaptar o Código dos Contratos Públicos às especificidades da Região Autónoma dos Açores, que o momento da concretização do apelo genérico à participação nos procedimentos, isto é, a publicação dos anúncios dos concursos públicos ou limitados, dos procedimentos de negociação ou dos procedimentos de diálogo concorrencial, fosse imposto ao nível regional através da obrigação de as entidades adjudicantes às quais se aplica o decreto legislativo regional efectuarem também <sup>(10)</sup> essa publicação no *Jornal Oficial* da Região.

Estranhamente, porém, estabelece o n.º 1 do artigo 6.º que, sem prejuízo das publicações exigidas no CCP, os anúncios dos procedimentos para a formação de contratos «podem» ser publicados no *Jornal Oficial* da Região. Quer isto dizer que as entidades adjudicantes açorianas não estão pois obrigadas a dar publicidade às respectivas intenções de contratação no jornal oficial da Região.

A obrigação da publicação daqueles anúncios no jornal oficial da Região teria, inegavelmente, um efeito protectivo do mercado regional que em nada beliscaria a legislação nacional e comunitária em matéria de contratação pública e de concorrência. Com efeito, a concentração da informação exclusivamente sobre a abertura de procedimentos de contratação pelas entidades adjudicantes açorianas permitiria oferecer

<sup>(10)</sup> Como se sabe, nos termos do CCP, só é obrigatória a publicação de anúncio no *Diário da República*. A publicação do anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia* constitui uma mera faculdade (excepto nas concessões de obras públicas — cfr. n.º 2 do artigo 131.º do CCP), cujo não exercício determina a limitação do valor do contrato a celebrar (cfr. alíneas b) do artigo 19.º e do n.º 1 do artigo 20.º do CCP).

aos operadores económicos regionais a importante vantagem de um acesso ao conhecimento dos procedimentos de contratação mais próximo e mais eficaz.

#### V. ELEVAÇÃO DE LIMIARES

11. Foi seguramente em matéria de fixação, em valores diferentes, de alguns limiares constantes do Código dos Contratos Públicos que o legislador regional concretizou mais eficazmente a especificidade regional dos procedimentos de contratação pública. Segundo o que resulta do próprio preâmbulo do Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, o objectivo foi o de introduzir uma maior flexibilidade nos procedimentos de formação e execução dos contratos. E isso aplica-se a três situações:

- a) No caso de se tratar de contratos de aquisição ou locação de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, o regime simplificado do ajuste directo tem, para as entidades adjudicantes açorianas, o limite de 15.000 euros (cfr. artigo n.º 1 do 11.º), enquanto que, nos termos do CCP, esse limite é de apenas 5.000 euros. Por outro lado, ao contrário do que sucede no CCP, o legislador regional estendeu o regime simplificado do ajuste directo à formação de contratos de empreitada de obras públicas cujo preço contratual não seja superior a 25.000 euros, o que significa que, nestes casos, a entidade adjudicante, por força do disposto no n.º 3 do artigo 11.º, está dispensada, não apenas da elaboração de um projecto de execução, como também de fornecer por escrito ao concorrente os «elementos necessários à compreensão e execução da obra» (cfr. n.º 4 do artigo 22.º) ou ainda de exigir ao adjudicatário a comprovação da habilitação através da apresentação do alvará de empreiteiro de obras públicas (cfr. n.º 2 do artigo 81.º do CCP);
- b) A redução do contrato a escrito não é exigível quando este se trate de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo preço contra-

tual não exceda 50.000 euros (por oposição ao valor de 10.000 euros constante do CCP para os contratos relativos a bens móveis ou a serviços e ao valor de 15.000 euros para as empreitadas de obras públicas de complexidade técnica muito reduzida) (cfr. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 7.º);

- c) Em matéria de trabalhos a mais nos contratos de empreitadas de obras públicas, a condição de que aqueles trabalhos só podem ser ordenados quando o preço atribuído aos trabalhos a mais, somado ao preço de anteriores trabalhos a mais e deduzido do preço de quaisquer trabalhos a menos, não exceder 25% do preço contratual (cfr. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 23.º), quando, nos termos previstos na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 370.º do CCP, esse excesso não pode ser superior a apenas 5%.

## VI. ESPECIFICIDADE DO REGIME DE TRABALHOS A MAIS

12. Poderia parecer que, em matéria de trabalhos a mais, a especificidade do regime introduzido pelo legislador regional se limitou a elevar para 25% do preço contratual o valor da diferença entre trabalhos a mais e trabalhos a menos.

A verdade, porém, é que assim não é.

O n.º 1 do artigo 23.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A foi bem mais longe pois, ao estabelecer as condições de que depende a ordem da execução de trabalhos a mais — condições que, no CCP, se encontram no n.º 2 do artigo 370.º —, não se limitou a alterar a referida percentagem que consta da alínea *c*) desse mesmo n.º 2, mas reproduziu as restantes alíneas, *com excepção da alínea b*). Por outras palavras: o legislador regional não quis que o disposto na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 370.º do CCP se aplicasse na Região Autónoma dos Açores! E o que é que estabelece afinal esta alínea? Que, quando o contrato de empreitada de obras públicas tenha sido celebrado na sequência de concurso (público ou limitado) em que a entidade adjudicante *não* tenha optado pela publicação do respectivo anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, só é possível ordenar trabalhos a mais desde que o somatório do preço atribuído aos trabalhos a mais com o preço contratual seja *inferior* ao valor referido na alínea *b*) do artigo 19.º do CCP,

isto é, o limiar previsto na Directiva Comunitária n.º 2004/18 para as empreitadas de obras públicas.

13. Ora, ao suprimir esta importante condição, o Decreto Legislativo Regional viola a Directiva Comunitária n.º 2004/18, uma vez que, nos casos em que não tenha sido dada publicidade internacional ao procedimento concursal, será possível ordenar trabalhos a mais (desde que as condições previstas no n.º 1 do artigo 23.º se verifiquem) cujo preço, somado ao preço contratual, exceda o limiar comunitário.

## VII. ESPECIFICIDADES DO AJUSTE DIRECTO

14. No que respeita ao procedimento de ajuste directo, o legislador regional determinou a não aplicação de algumas soluções consagradas no Código dos Contratos Públicos, as quais, no seu entender, como se expressou no preâmbulo, «*são comprometedoras da celeridade, da economia e da eficiência na contratação pública*». A elas se referem os artigos 8.º, 9.º e 10.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A.

15. A primeira (cfr. primeira parte do artigo 9.º) consiste em afastar a limitação de 25.000 euros, prevista no n.º 4 do artigo 20.º do CCP, para o valor do contrato nos casos em que o ajuste directo se destina à celebração de contratos de aquisição de planos, de projectos ou de criações conceptuais nos domínios da arquitectura ou da engenharia. Ou seja: para o legislador regional, mesmo nesses casos, a adopção do procedimento de ajuste directo pode levar à celebração de um contrato de valor inferior a 75.000 euros.

A segunda (cfr. parte final do artigo 9.º) consiste em não aplicar a proibição, constante do n.º 4 do artigo 27.º do CCP, de recorrer ao procedimento de ajuste directo ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do mesmo artigo 27.º quando o serviço a adquirir consista na elaboração de um plano, de um projecto ou de uma qualquer criação conceptual nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitectura, da engenharia ou do processamento de dados.



Ora, quanto a nós, se é verdade que a opção pela não aplicação do n.º 4 do artigo 20.º do CCP na Região Autónoma dos Açores se inscreve, manifestamente, numa legítima leitura mais favorável e flexível do recurso ao ajuste directo no caso das aquisições de planos, de projectos ou de criações conceptuais nos domínios da arquitectura ou da engenharia, o mesmo já não se pode dizer da solução do afastamento da proibição imposta pelo n.º 4 do artigo 27.º do CCP.

16. Não foi sem sentido que o Código dos Contratos Públicos impôs a proibição do recurso ao ajuste directo ao abrigo do disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 27.º quando o serviço a adquirir consista na elaboração de um plano, de um projecto ou de uma qualquer criação conceptual nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitectura, da engenharia ou do processamento de dados.

Tratando-se justamente de casos em que, atenta a natureza do serviço, pode não ser possível elaborar especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam apresentadas propostas com atributos de natureza qualitativa que permitam adoptar o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, a proibição do recurso ao disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 27.º visa permitir o recurso ao disposto na alínea *g*) do n.º 1 do mesmo artigo 27.º, que é o critério material de escolha do ajuste directo nos casos de serviços daquela natureza. Porém, como é sabido, o recurso ao ajuste directo ao abrigo desta alínea *g*) pressupõe que tenha sido previamente adoptado um concurso de concepção (artigos 219.º a 236.º do CCP), o que implica a publicação prévia de um anúncio (cfr. artigo 224.º), a utilização de um critério de selecção que tenha em conta uma avaliação de natureza estética, funcional ou técnica (cfr. alíneas *b*) e *i*) do n.º 1 do artigo 226.º) e, acima de tudo, o respeito integral e escrupuloso pelo anonimato dos concorrentes (cfr. artigo 228.º).

Os domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitectura, da engenharia ou do processamento de dados são precisamente os domínios de eleição do concurso de concepção, uma vez que se trata de serviços no quais o resultado (o trabalho de concepção) é passível de ser preliminarmente materializado ao nível de um estudo prévio ou similar, fazendo sobre ele recair uma avaliação

da respectiva qualidade (ainda que exclusivamente da perspectiva estética, funcional ou técnica <sup>(11)</sup>). A possibilidade do recurso ao ajuste directo (com convite ao único concorrente seleccionado ou aos vários concorrentes seleccionados no concurso de concepção) implica pois necessariamente a prévia abertura à concorrência através da possibilidade de participação dos interessados naquele pré-procedimento (o concurso de concepção). Ora, para garantir que, nestes casos, o ajuste directo só é adoptado ao abrigo do disposto na alínea *g*) do n.º 1 do artigo 27.º, o Código dos Contratos Públicos impediu, naturalmente, que se pudesse invocar a natureza das prestações do serviço em causa para fundamentar o recurso ao ajuste directo nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do mesmo artigo 27.º.

O que o legislador regional veio estabelecer, muito mais do que a permissão para que os serviços de aquisição de um plano, projecto ou criação conceptual sejam feitos por recurso ao procedimento de ajuste directo (o que já era possível, nos termos da referida alínea *g*) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP), foi a dispensa da organização de um concurso de concepção a montante desse ajuste directo.

Não se tratou pois de eliminar uma «ambiguidade» do CCP, mas novamente de criar um regime mais favorável, embora menos amigo da concorrência, à aquisição daquele tipo serviços.

17. A terceira especificidade do regime do ajuste directo, constante do disposto no artigo 10.º, consiste no afastamento da aplicação do regime dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 113.º do CCP, isto é, o impedimento temporário ao convite ao mesmo operador económico.

Embora discutível o seu alcance — poderia ter sido equacionada apenas uma redução do horizonte temporal em causa (para o ano económico em curso, por exemplo) em vez de uma eliminação pura e simples do impedimento —, a solução inscreve-se numa evidente análise da especificidade regional que se caracteriza pela pouca diversidade do universo do mercado local para as pequenas aquisições, isto é, aquelas que o legis-

<sup>(11)</sup> Daí, aliás, a imposição do anonimato; isto é, para que a decisão de selecção assente exclusivamente em factores dessa natureza sem que seja contaminada com o conhecimento da autoria dos trabalhos de concepção apresentados a concurso.

lador permite que sejam efectuadas por recurso ao procedimento de ajuste directo com limitação do valor do contrato a celebrar.

Em todo o caso, a não aplicação do disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 113.º do CCP mantém-se ainda que a entidade convidada não esteja sediada na região Autónoma dos Açores.

18. Finalmente, nos termos do disposto no artigo 8.º, o legislador regional também afastou a exigência de que a outorga dos contratos não pode ter lugar antes de decorridos 10 dias contados da data da notificação da decisão de adjudicação nos casos em que «tenha sido adoptado o ajuste directo ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º» do Código dos Contratos Públicos. Ampliou assim as hipóteses, já constantes das três alíneas do n.º 2 do artigo 104.º do CCP, em que a celebração do contrato pode ocorrer antes de terem decorrido 10 dias a contar da data da adjudicação.

Esta nova situação encontra a sua compatibilidade com as Directivas Comunitárias n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e n.º 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992 <sup>(12)</sup>, na redacção da alínea a) dos artigos 2.º-B que lhes foram introduzidos pela Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007. Com efeito, a instituição de um período de tempo suficientemente razoável para que qualquer interessado proceda à análise da decisão de adjudicação e avalie, em conformidade, a possibilidade de êxito de uma reacção contenciosa (*cláusula standstill*), sem que entretanto a Entidade Adjudicante tenha “corrido à assinatura” do contrato, é excepcionada, como estabelece aquela alínea a) dos artigos 2.º-B «se a Directiva 2004/18/CE [ou a Directiva 2004/17/CE, se for o caso] não exigir a publicação prévia do anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia*». No paradigma que é hoje o do Código dos Contratos Públicos, significa isso que é o caso das situações de recurso ao ajuste directo segundo a regra geral da alínea a) do

<sup>(12)</sup> A primeira relativa às garantias gratuitas e contenciosas na adjudicação no âmbito dos procedimentos de contratação submetidos à Directiva n.º 2004/18 e a segunda relativa às mesmas garantias no âmbito dos procedimentos de contratação submetidos à Directiva n.º 2004/17 (sectores especiais).

artigo 19.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP, bem como nos casos de recurso aos critérios materiais previstos nos artigos 24.º a 27.º do CCP.

O Código dos Contratos Públicos limitou, porém, essa excepção, além dos casos da regra geral do ajuste directo, à situação de urgência imperiosa prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º (cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 104.º), que, deve dizer-se, parece ser a única ajustável às razões que fundamentam o afastamento da *cláusula de standstill* <sup>(13)</sup>. O legislador regional alargou-a, por razões que só ele conhece, ao caso de ajuste directo adoptado ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

<sup>(13)</sup> Nesse sentido, cfr. o considerando 8 da Directiva n.º 2007/66.