



COMENTÁRIOS AO ANTEPROJETO DE REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (AGOSTO 2016)

REGIME DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

JOÃO AMARAL E ALMEIDA

*Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Advogado*

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogado*

**COMENTÁRIOS
AO ANTEPROJETO DE REVISÃO
DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS
(AGOSTO 2016)**

REGIME DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

JOÃO AMARAL E ALMEIDA

*Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Advogado*

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogado*

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1. NOTA PRÉVIA: O CONTEXTO NORMATIVO SOBRE O QUAL A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA INCIDIRÁ. | 7 |
| 2. VICISSITUDES POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS EXTERNAS QUE AFETARAM A ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO. | 10 |
| 3. OBSERVAÇÕES DE ÂMBITO GERAL SOBRE O ANTEPROJETO. | 12 |
| 4. INOVAÇÕES RELEVANTES TRAZIDAS PELO ANTEPROJETO QUE APERFEIÇOAM O DIREITO PORTUGUÊS. | 15 |
| 5. CRÍTICAS A ASPETOS ESTRUTURANTES DO ANTEPROJETO: | 22 |
| 5.1 O regime atípico da contratação excluída (artigos 5.º, n.º 4, alínea j), 6.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, alínea b), e 27.º-A). | 23 |
| 5.2 O alargamento do catálogo de “princípios gerais” da contratação pública (n.º 1 do artigo 1.º-A). | 32 |
| 5.3 A resurreição da antiga distinção entre ajuste direto e consulta prévia: um método <i>fallido</i> de promoção da concorrência (artigos 16.º, 19.º a 21.º, 27.º-A e 112.º e seguintes). | 34 |
| 5.4 O método de cálculo do valor do contrato (artigos 17.º e 18.º). | 41 |
| 5.5 O regime aplicável aos contratos mistos (artigo 32.º). | 46 |
| 5.6 O suprimento de “irregularidades formais não essenciais” e “sanáveis” (artigo 72.º, n.os 3 e 4). | 48 |
| 5.7 O critério de adjudicação e fatores densificadores (artigos 74.º e 75.º). | 50 |
| 5.8 A futura utilização obrigatória de plataformas para o procedimento de ajuste direto (artigo 9.º, n.º 1, alínea a), do articulado preambular). | 59 |
| 6. CRÍTICAS SOBRE OUTROS ASPETOS DO ANTEPROJETO A ALTERAR OU SUPRIMIR: | 63 |
| 6.1 O equívoco na densificação do conceito de “organismo de direito público” (artigo 2.º, n.º 1, alínea a)). | 64 |
| 6.2 As alterações na redação do artigo 42.º. | 65 |
| 6.3 As alterações na redação do artigo 47.º. | 66 |
| 6.4 As alterações na redação do artigo 49.º. | 68 |
| 6.5 Ressistematização do regime dos erros ou omissões (artigos 50.º e 61.º). | 69 |
| 6.6 Reformulação do artigo 54.º-A (violação do artigo 20.º da Diretiva n.º 2014/24). | 70 |
| 6.7 Equívocos na redação dos preceitos relativos a impedimentos (artigos 55.º e 55.º-A). | 71 |
| 6.8 A competência do júri para a retificação das peças do procedimento e para a decisão sobre erros ou omissões (n.º 2 do artigo 69.º). | 73 |
| 6.9 A previsão dos requisitos mínimos de capacidade financeira no concurso limitado por prévia qualificação (artigos 164.º, 165.º, 179.º, 184.º e 187.º). | 74 |
| 6.10 A incompreensão dos condicionamentos à formação de um acordo quadro com várias entidades (artigos 252.º e 258.º). | 78 |
| 6.11 A concretização da “ <i>bad past performance</i> ” como motivo de exclusão da proposta (alínea m) do n.º 1 do artigo 55.º; alíneas f) e g) do n.º 1 do artigo 456.º e artigo 460.º). | 79 |
| 6.12 O aditamento contraproducente do artigo 474.º. | 80 |
| 6.13 Enumeração telegráfica de outros erros de redação. | 81 |
| 7. ASPETOS OMISSOS DO ANTEPROJETO QUE CARECEM DE RESPOSTA LEGISLATIVA URGENTE PARA PROBLEMAS JURISPRUDENCIAIS ATUAIS: | 93 |
| 7.1 A permissividade jurisprudencial perante propostas de preços anómalos ou não sérios. | 93 |
| 7.2 A reponderação de um limiar automático da anomalia de preços anormalmente baixos à luz das exigências da jurisprudência europeia. | 99 |
| 8. CONCLUSÃO E PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO, ADITAMENTO OU SUPRESSÃO | 102 |

1. NOTA PRÉVIA: O CONTEXTO NORMATIVO SOBRE O QUAL A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA INCIDIRÁ

1. A comunidade jurídica portuguesa vem reconhecendo que o Código dos Contratos Públicos (CCP), de janeiro de 2008, representou um marco muito positivo na evolução do Direito Administrativo Português, ao dar origem a um sistema normativo inovador que impulsionou o aumento do rigor e da eficiência nas compras públicas em Portugal e o fomento da livre concorrência associada à atividade contratual das entidades adjudicantes⁽¹⁾. Sem prejuízo de – como qualquer outra obra normativa – conter equívocos, imperfeições e soluções menos bem conseguidas⁽²⁾, este inequívoco progresso do Direito Português não deixou de ser atestado no diálogo com as instituições europeias e por estas reconhecido, desde logo tendo em vista o juízo comparativo perante as criticáveis soluções da legislação de contratação pública de 1999⁽³⁾.

Em qualquer caso, independentemente do juízo que cada intérprete formule quanto ao mérito ou às deficiências do Código de 2008 – juízo esse sempre sujeito a compreensíveis divergências de opinião –, constitui um dado pacífico e objetivo o facto de esse Código ter representado a base do trabalho doutrinário e jurisprudencial que, nos últimos oito anos, permitiu assistir a um impressionante robustecimento do pensamento jurídico português na área do Direito dos Contratos Públicos, com a proliferação de contributos que comprovam a maturidade doutrinária dos intérpretes. As obras monográficas ou manualísticas, as anotações e as coletâneas surgidas para o efeito, bem como os artigos publicados em periódicos reconhecidos (incluindo mesmo a criação de uma revista jurídica dedicada ao tema), que não têm qualquer precedente à luz da legislação anterior, tiveram sempre como pressuposto, sem prejuízo do teor mais laudatório ou mais crítico adotado por cada Autor, a codificação de 2008⁽⁴⁾.

(¹) Recorde-se, desde logo, a apreciação constante da nota de apresentação da coletânea de *Estudos de Contratação Pública* organizada por PEDRO GONÇALVES, iniciada ainda no próprio ano de publicação do CCP e que tem reunido alguns dos estudos que ofereceram um mais relevante contributo para a apreciação crítica do Código: cfr. VITAL MOREIRA, “Apresentação”, in *Estudos de Contratação Pública*, 4 vols., Coimbra, 2008-2014, I, p. 5. Posteriormente, já no contexto da mais impactante obra monográfica que o Direito Português viu nascer nesta matéria, cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2013, p. 342. Reiterando a sua apreciação, idem, “Primeira Análise das Novas Diretivas (Parte I)”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9, 2013, p. 10.

(²) Cfr., por exemplo, a apreciação de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, pp. 11 e segs., numa enumeração lúcida e equilibrada das “vantagens” e das “deficiências” do CCP, sem deixar de concluir que “o Código trouxe-nos seguramente os instrumentos necessários para nos podermos afirmar como um par dos países mais evoluídos da União Europeia”. Num sentido paralelo quanto à enumeração dos “avanços” trazidos pelo CCP e das “críticas gerais” a que ele estará sujeito, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, pp. 282-284. Para apreciações críticas adicionais, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2013, pp. 287 e segs.

(³) Especialmente quanto a essa comparação, numa censura severa para com a legislação pré-2008, resumindo a dramática falta de qualidade normativa dos diplomas que o CCP substituiu com o desabafo de que quaisquer “palavras” seriam “curtas e insuficientes para dar conta exata do cenário que então se vivia”, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, p. 13.

(⁴) Sendo impossível a enumeração exaustiva das obras surgidas – sempre desde a aprovação do Código e nele baseadas –, é justo registar, ainda assim, nas obras monográficas, a dissertação de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação...*, cit.; nas obras manualísticas, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...*, cit.; LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa, 2014; ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2014; PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2015; nas anotações, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, 5.ª ed., Coimbra, 2014; e é ainda imprescindível reiterar a menção aos quatro volumes da coletânea organizada por PEDRO GONÇALVES, *Estudos de Contratação Pública*, cit., bem como a *Revista de Contratos Públicos*, inteiramente dedicada a este tema, iniciada em 2011. E a esta lista acrescem ainda todas as abordagens da matéria dos contratos públicos constantes dos manuais de Direito Administrativo Geral.

Ora, é sabido que essa codificação assentou numa estrutura normativa muito particular – cuja complexidade resulta da necessidade legislativa de ponderar diversos interesses juridicamente relevantes que se entrecruzam nas atividades pré-contratual e contratual da Administração –, baseada em novos conceitos cuja apreensão exigiu um considerável investimento por parte dos intérpretes e sem o qual aqueles avanços doutrinários jamais poderiam ter ocorrido. Por outro lado, concorde-se ou não com a técnica legislativa utilizada, foi máxima preocupação da versão inicial do CCP o emprego de uma rigorosa terminologia, totalmente coerente ao longo do texto, e de uma redação que, na medida do possível, não se prestasse a ambiguidades. É por isso que, muitas vezes, o Código apresenta uma redação dos preceitos que afasta uma *transposição acrítica* das Diretivas de 2004, sobretudo nas matérias em que estas utilizam expressões gramaticalmente incorretas, conceitos sem rigor jurídico ou sem qualquer tradição ou apoio no contexto do sistema jurídico português.

Quase uma década depois da sua aprovação, e ultrapassado o esforço inicial que o embate com o Código naturalmente provocou, essa estrutura normativa é, hoje, bem conhecida pelos operadores jurídicos, sendo os recentes avanços jurisprudenciais uma evidência sintomática de que as dificuldades iniciais de domínio da nova legislação foram vencidas, mostrando-se agora os Tribunais aptos a discutir, com profundidade, questões de pormenor que, essas sim, podem justificar revisões, também pontuais, pelo legislador⁽⁵⁾.

2. É neste contexto que deve ser entendido o dever de transposição, para o Direito Português, das três Diretivas Europeias de Contratação Pública de fevereiro de 2014. Como resulta da sequência de trabalhos legislativos que culminou nesse ano, o legislador europeu não pretendeu operar qualquer revolução na disciplina normativa proveniente das Diretivas de 2004⁽⁶⁾.

É claro que a nova regulamentação não deixou de pretender aprimorar aspectos pontuais e bem localizados de um quadro normativo cujas deficiências puderam ser detetadas ao longo de dez anos⁽⁷⁾. Alguns deles constituem verdadeiros avanços há muito reclamados pela comunidade jurídica europeia, como por exemplo a aprovação de uma disciplina autónoma dedicada às concessões (que o Código português já consagrava), a continuação da aposta na flexibilização da contratação entre entidades públicas (*maxime* pela contratação *in house*, mas não se limitando a esta) ou o privilegiamento das PMEs (*maxime* com uma nova estratégia para o regime da divisão em lotes). Porém, nalguns casos, a nova regulamentação trazida pelas Diretivas de 2014 é, quanto a nós, não tanto uma novidade, mas apenas uma *chamada de atenção* para realidades já bem antigas, como seja a preocupação com as políticas horizontais incidentes sobre aspectos sociais, laborais ou ambientais⁽⁸⁾ ou até a integração de cálculos dos custos do ciclo de vida de produtos no contexto

(5) Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, "Primeira Análise...", cit., p. 8.

(6) Cfr. RUI MEDEIROS, "The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview", in AA. VV., *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, OPET, Lisboa, 2014, p. 32.

(7) Por todos, cfr. SUE ARROWSMITH, "Modernising the European Union's Public Procurement Regime: A Blueprint for Real Simplicity and Flexibility", in *Public Procurement Law Review*, 21, 2012, pp. 71 e segs.; ROBERTO CARANTA, "The Changes to the Public Contracts Directives and the Story they Tell about how EU Law Works", in *Common Market Law Review*, 52, n.º 2, 2015, pp. 391 e segs..

(8) Por exemplo, numa apreciação aprofundada do contributo dado pelas Diretivas de 2004 para as políticas horizontais, cfr. a obra de referência coordenada por SUE ARROWSMITH / PETER KUNZLINK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009; ou, ainda, a obra coordenada por ROBERTO CARANTA / MARTIN TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Dijof, Copenhagen, 2010. Entre nós, num estudo bem abrangente dessa matéria, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...*, cit., pp. 415 e segs..

da contratação pública. Noutros casos ainda, e não obstante os equívocos de alguns comentadores, as novas Diretivas limitam-se a modificar a nomenclatura, sem que tal signifique uma verdadeira alteração do regime jurídico aplicável (como é o caso, bem paradigmático, do «novo» critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa)⁽⁹⁾. Finalmente, importa que não nos iludamos sobre novidades que têm mais sentido político do que jurídico como seja a criação de um novo tipo procedural vocacionado para a inovação (parcerias para a inovação) e a reformulação do anterior tipo procedural que assumia idêntica vocação inovatória (o diálogo concorrencial).

Contudo, todos estes aspectos ficaram longe de afetar o perfil do quadro normativo de 2004. Abstraindo de leituras precipitadas formuladas durante os seus trabalhos preparatórios iniciais, que inculcaram em alguns sectores a crença numa potencial revolução legislativa, a apreciação cuidada que, dois anos após a sua aprovação, já foi possível formular acerca das Diretivas de 2014 confirma que estas surgem marcadas por uma estratégia de inequívoca *continuidade*, preservando o essencial dos tipos procedimentais disponíveis para adoção pelas entidades adjudicantes e do regime aplicável à respetiva tramitação.

Nessa medida, para a generalidade dos Estados-Membros, a operação de transposição das Diretivas seguramente não serviria de pretexto para a reformulação global da sua legislação, a qual, a ocorrer, só poderia ser justificada com base numa rotunda discordância com o próprio perfil das opções legislativas anteriores, e não, é claro, numa eventual obrigação de conformação com exigências europeias.

3. Porém, no caso português, essa tendência de estabilização legislativa foi ainda reforçada por uma particular circunstância. O referido perfil inovador da codificação de 2008, com um grau de exigência no cumprimento do dever de boa administração pelas entidades adjudicantes que conhece poucos paralelos em qualquer outro Estado-Membro⁽¹⁰⁾, atraiu o interesse das instituições europeias durante o processo de elaboração das novas Diretivas – que mantiveram um diálogo intenso e frutuoso com representantes da comunidade jurídica portuguesa –, levando-as a aplaudir e a acolher no novo texto normativo europeu, com as adaptações que consideraram convenientes, diversas das soluções portuguesas mais inovadoras. O esforço europeu de procura das melhores soluções legislativas disponíveis nos vários Estados apontou para a escolha das soluções portuguesas como ideal a seguir em não poucos casos. Por isso, o Código Português de 2008 constituiu mesmo uma sólida referência do processo legislativo europeu que culminou em 2014.

Entre outras soluções, as Diretivas adotaram os avanços portugueses quanto ao regime da *contratação eletrónica* (artigo 22.º da Diretiva 2014/24) quanto à *normalização-uniformização de documentos constitutivos das propostas* através da adoção de formulários anexos a textos legislativos que contêm os compromissos contratuais dos concorrentes (n.º 1 do artigo 59.º da Diretiva 2014/24; Regulamento de Execução n.º 2016/7); quanto ao adiamento da *fase de habilitação* para o momento pós-adjudicatório (com a inerente simplificação procedural da fase pré-adjudicatória – n.º 4 do artigo 59.º); quanto ao aumento das exigências de rigor e de

⁽⁹⁾ Denunciando esse equívoco, cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2 vols., London, 2014, I, p. 737; também entre nós, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira Análise...”, cit., p. 52.

⁽¹⁰⁾ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira Análise...”, cit., p. 10; e, ainda, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, p. 13.

transparência na *negociação* de propostas (n.^{os} 5 e 7 do artigo 29.º); ou, inclusivamente, quanto ao aumento das cautelas na avaliação de *propostas variantes* (n.º 2 do artigo 45.º).

Por maioria de razão, pois, no caso português, a comunidade jurídica não deixaria de ficar surpreendida se a intervenção legislativa sobre o Código de 2008 implicasse uma reformulação global da sua estrutura normativa e um afastamento do paradigma que, em muitos casos, o próprio legislador europeu aplaudiu⁽¹¹⁾.

4. Em suma, a intervenção normativa agora requerida ao legislador português aconselha a aprovação de **alterações limitadas e pontuais** destinadas ao cumprimento de um duplo propósito: por um lado, a satisfação do dever de transposição das inovações das Diretivas de 2014 que, em todo o caso, têm um alcance limitado e não afetam o perfil das Diretivas de 2004; por outro lado, a correção de problemas e deficiências específicas que a prática jurisprudencial e os avanços doutrinários puderam ir detetando.

Tais alterações, de *natureza cirúrgica*, permitirão aos operadores jurídicos e aos atores judiciários beneficiar do aprimoramento da qualidade legislativa e da resolução dos problemas já detetados sem, contudo, destruir o investimento que a doutrina e jurisprudência expenderam na última década.

2. VICISSITUDES POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS EXTERNAS QUE AFETARAM A ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO

5. O processo de elaboração do diploma modificativo do CCP veio, porém, a constituir um significativo exemplo do frequente *desfasamento* que, na atividade legislativa, se abre entre os objetivos ideais no plano normativo e as necessidades reais de resposta a condicionalismos políticos, económicos e sociais. No caso da Revisão do CCP, esse desfasamento – sublinhe-se bem – não deve ser imputado a qualquer dos participantes no processo legislativo, antes se devendo, acima de tudo, a uma particular coincidência entre fatores de natureza político-constitucional e governativa que, atravessando os anos de 2015 e 2016, impactou precisamente sobre o momento em que a Revisão deveria ter terminado.

Com efeito, é bem sabido que, entre o segundo semestre de 2015 e o primeiro semestre de 2016, e por vicissitudes várias, Portugal assistiu a uma sucessão de três diferentes Governos Constitucionais que, objetivamente, dificultou a continuidade de qualquer iniciativa legislativa de maior fôlego jurídico-científico. Sendo conhecido que o prazo concedido aos Estados-Membros para transposição das Diretivas de Contratos Públicos terminaria em abril de 2016, sucedeu que o derradeiro ano desse prazo – em que os trabalhos legislativos previsivelmente se intensificariam – foi prejudicado pelas vicissitudes constitucionais e governativas que, em qualquer caso, mesmo

⁽¹¹⁾ Neste sentido, cfr. Miguel Assis Raimundo, “Primeira Análise...”, cit., p. 8; Marco Caldeira, “Breves Reflexões sobre a Transposição das Diretivas de Contratação Pública de 2014: Precisaremos de um Novo Código dos Contratos Públicos?”, in *E-Pública*, n.º 5, 2015.

quando deixaram algum espaço para a atividade legislativa, não puderam deixar de conceder prioridade às políticas financeiras e orçamentais, fruto dos condicionamentos económicos a que o Estado Português se encontrou sujeito e aos compromissos por si assumidos no plano internacional.

Em consequência, o processo legislativo de Revisão do CCP acabou por ser conduzido de forma *multifásica* – e reiteradamente interrompida ou paralisada –, incluindo a formação de dois sucessivos grupos de trabalho que, fruto daqueles condicionamentos temporais, só puderam dispor de pouquíssimas semanas para apresentar aos respetivos Governos os seus projetos legislativos, e continuando com a apresentação de múltiplos contributos políticos e sectoriais que interferiam com aqueles projetos iniciais e que largamente os modificavam de forma muito pouco coerente e uniforme.

6. Naturalmente, não será difícil compreender que, ao contrário do que sucedeu com as leis codificadoras do Direito Administrativo Português que foram aprovadas durante 2015 (leis do procedimento administrativo e do processo administrativo) – que ainda puderam constituir o produto de um projeto integrado e coerente preparado por um só grupo de trabalho –, este atribulado percurso legiferante não podia dar origem a um projeto unificado, uniforme e dotado de uma unidade de sentido.

Com efeito, os diferentes participantes nas várias fases do processo legislativo sustentavam visões radicalmente opostas sobre o grau de intervenção desejável sobre o CCP (variando entre os adeptos de uma intervenção minimalista, os adeptos de uma alteração profunda e os adeptos de uma pura e simples revogação do Código e da sua substituição por um novo); sobre o universo de contratos excluídos (sufragando o aumento ou a diminuição desse universo); sobre a sobreposição entre os âmbitos de aplicação do regime de formação e de execução de contratos (propondo uma aproximação ou um distanciamento entre os elencos de entidades sujeitas ao regime das Partes II ou III do CCP); sobre os procedimentos restritivos da concorrência (propondo o avanço do concurso público e a restrição do ajuste direto ou sugerindo uma alteração pouco menos do que estética, criando o dever de convite a várias entidades mas continuando a dispensar a publicação de anúncio e, logo, a dispensar a formulação de verdadeira concorrência); sobre o alcance a conferir à contratação eletrónica (propondo a obrigação de qualquer procedimento de formação de contrato de preço superior a 5.000 euros decorrer numa plataforma eletrónica ou rejeitando essa solução); sobre o alcance a conferir às políticas horizontais na área social, ambiental ou laboral (propondo uma regulação mais ou menos ambiciosa sobre essas políticas); ou, enfim, sobre o modelo de avaliação das propostas (propondo uma reformulação global da regulação do CCP ou mantendo o essencial dos seus traços normativos).

Independentemente da opinião que cada comentador possa ter sobre cada um dos aspectos em divergência, ninguém duvidará de que um articulado coerente e integrado não poderia, em diferentes pontos do texto, simultaneamente incorporar uma solução e a sua contrária. Neste sentido, a formulação de um Anteprojeto razoavelmente satisfatório obrigaria ao desenvolvimento de um trabalho legístico – obviamente difícil, mas necessário – de uniformização da estrutura do articulado e das suas soluções materiais.

Diferentemente, como se notará ao longo do presente Comentário, talvez em virtude do receio de uma violação excessivamente grave do prazo de transposição das Diretivas, a leitura do Anteprojeto denota que esse trabalho foi visivelmente dispensado. Isso explica que um único articulado, pelos

vistos, constitua o produto de sucessivas alterações, aditamentos, supressões, ressistematizações ou enxertos, os quais terão sido promovidos por redatores que não partilhavam de qualquer visão uniforme sobre as linhas gerais a que deve obedecer a legislação de contratação pública.

7. Compreender-se-á, pois, que o produto final de um trabalho articulado que atravessou três Governos Constitucionais e que sofreu sucessivas reconfigurações e enxertos ao longo de um ano e meio não possa, de modo algum, apresentar-se dotado de uma unidade de sentido que perpassasse todo o texto e que prime pela absoluta coerência e pelo completo rigor jurídico. Não admiraria mesmo afirmar que, previsivelmente, nenhum dos participantes no processo legislativo se conseguiria rever (pelo menos) na totalidade das soluções que constam do articulado final: tratando-se de um *melting pot* normativo que responde a visões radicalmente diferentes sobre o que deve ser o Direito dos Contratos Públicos e sobre como devem ser conduzidos os procedimentos de contratação pública, muito difícil seria que uma tal unidade de sentido estivesse presente no texto final.

Assim sendo, no contexto da discussão pública que termina oficialmente em 10 de outubro de 2016, os autores das presentes linhas consideram ser seu dever científico enunciar quais são os vícios mais problemáticos que, no seu entender, afetam as soluções presentes no Anteprojeto e cuja correção ou supressão pode ser propiciada na sequência da recolha dos contributos da comunidade jurídica que neste momento decorre.

É o que se fará no Comentário subsequente.

Naturalmente, tendo em conta que a atividade académica e profissional dos autores do presente Comentário se tem centrado essencialmente sobre a matéria da *contratação pública*, compreender-se-á que o estudo incida basicamente sobre esse âmbito e não sobre as alterações propostas pelo Anteprojeto para modificação da Parte III do CCP. Em todo o caso, não deixa de se referir o quanto estranho é o facto de este Anteprojeto se centrar precisamente sobre aquela Parte II minimizando a necessidade de alteração do regime substantivo dos contratos administrativos (presente na Parte III) quando a experiência destes anos de vigência do CCP mostrou que era sobretudo aí que mais se carecia da intervenção legislativa.

3. OBSERVAÇÕES DE ÂMBITO GERAL SOBRE O ANTEPROJETO

8. Numa primeira visão de alcance geral, é impossível não admitir que o Anteprojeto claudica no cumprimento de boa parte dos objetivos normativos que lhe eram requeridos. Tanto no tocante à sua dimensão quanto no tocante ao teor das alterações propostas, o Anteprojeto mostra-se frequentemente desadequado para modificar o quadro legislativo atual.

As suas deficiências podem ser sistematizadas em **quatro** distintos âmbitos:

a) Como principal vício – e sem prejuízo da supressão de algumas soluções que pretendiam uma intervenção ainda mais radical –, o Anteprojeto incumpe, aliás de modo ostensivo, o esforço de preservação da estrutura normativa básica de 2008 sobre a qual a comunidade jurídica portuguesa realizou o referido investimento doutrinário. Tal texto não pode, seja sob que perspetiva for, ser qualificado como instrumento de alteração *moderada* ou *cirúrgica* do quadro legal em vigor: tanto no plano *quantitativo* (número de artigos e disposições objeto de modificação, aditamento, supressão ou ressistematização⁽¹²⁾) quanto no plano *qualitativo* (respeito pela estrutura normativa inicial), as propostas formuladas constituem materialmente uma *nova codificação* que descharacteriza os avanços legislativos anteriores – em termos que serão seguidamente concretizados –, sem que tal corresponda a exigência alguma das Diretivas Europeias.

É mesmo possível antecipar que diversos focos do trabalho jurisprudencial que contribuíram para o avanço do ordenamento português ficarão inutilizados em razão da supressão da base normativa que lhes deu origem⁽¹³⁾, tendo o Anteprojeto, aparentemente, preferido a resurreição de soluções incluídas em textos legislativos anteriores que felizmente haviam sido abandonadas e que haviam sido a causa para a insegurança jurídica associada à litigiosidade anterior⁽¹⁴⁾.

b) Num segundo plano, a dimensão da proposta de modificação legislativa é agravada pelo facto de se multiplicarem no texto do Anteprojeto várias outras alterações que não revelam qualquer conteúdo útil nem produzem efeitos normativos relevantes, destinando-se a promover alterações puramente estéticas ou de reordenação de preceitos. Numa palavra: têm como resultado afetar a redação e a sistematização a que os intérpretes já se haviam habituado sem oferecer qualquer contrapartida positiva para o ordenamento.

Dir-se-ia que, desta vez, o significado particularmente grave dessas propostas consiste na evidência que deixam implícita quanto à intenção que verdadeiramente domina o Anteprojeto: elas confirmam que, embora sem obedecer sequer a uma visão uniforme, está em jogo uma modificação global da legislação vigente (ou uma *nova codificação*) – minimizando o labor científico que na última década se apoiou sobre essa legislação –, que pretende abranger transversalmente todos os âmbitos do Código e imprimir no texto normativo as alterações que resultem inclusivamente de meras discordâncias formais ou estéticas, ainda que desprovidas de qualquer justificação material relevante. Neste segundo grupo de casos, sublinhe-se, não existe qualquer fundamento justificativo para as propostas de alteração que derive de uma exigência das Diretivas de 2014 ou, sequer, de uma preocupação material sentida pelos aplicadores da lei ou pelos Tribunais; trata-se, simplesmente, de um impulso de alteração da redação formal dos preceitos que, porém, devido à falta de cuidado legístico, acaba mesmo por degradar a qualidade da redação.

c) Num terceiro plano, verifica-se o fenómeno paradoxal de um Anteprojeto que empreende uma revisão com tal magnitude manter, porém, o *silêncio* justamente quanto às alterações mais

(¹²) A simples observação quantitativa do número de artigos alterados ou aditados a que se referem as listas dos artigos 3.º e 5.º do Anteprojeto (respectivamente 152 e 38 artigos, num total de **190 artigos** (!), sem contar com os artigos objeto de revogação) é verdadeiramente assombrosa, não podendo deixar de surpreender a comunidade jurídica e científica que vinha desenvolvendo um património doutrinário e jurisprudencial sobre o texto atualmente vigente.

(¹³) Cfr., em idêntica censura, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira Análise...”, cit., p. 8.

(¹⁴) Cfr. ainda, neste sentido crítico, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, p. 13.

prementes que vêm sido reclamadas pelos operadores jurídicos. Denotando uma estranha abstração em face do *Direito real* vivido na sociedade, o Anteprojeto parece centrar-se na modificação dos aspectos já estabilizados pelos operadores jurídicos e ignorar aqueles outros aspectos que a prática procedural e jurisprudencial evidencia carecer de imediata revisão legislativa.

d) Num quarto e último plano, desenvolvendo um aspeto que se acaba de referir, o Anteprojeto apresenta ainda uma qualidade legística menos acertada, evidenciando um claro retrocesso em face do padrão de rigor atualmente presente na legislação vigente. É impossível não notar que a utilização menos feliz da língua portuguesa e a falta de precisão no uso de conceitos jurídicos, técnicos ou económicos prejudicam a inteligibilidade do texto e mostram ser incomportáveis para um diploma que assume tal centralidade para o ordenamento jurídico português.

Neste plano, é especialmente censurável que o Anteprojeto tenha abdicado de manter a preocupação que o texto original de 2008 e que os textos de todas as revisões do Código até 2012 sempre asseguraram: o de evitar a reprodução daquilo que se poderia apelidar como o “*directivez*”, isto é, a transposição acrítica dos dizeres das Diretivas sem a preocupação de compreender os conceitos delas constantes, de verificar a bondade da sua sistematização e de proceder à adaptação à realidade subjacente portuguesa. Em muitos casos, salta à vista o desconhecimento da circunstância de a versão portuguesa das Diretivas conter frequentes erros de tradução, não se discernindo que somente com a consulta de várias versões de referência dos idiomas mais importantes no domínio europeu da contratação pública (inglês, francês, italiano e espanhol) poderiam os responsáveis pela transposição das Diretivas apreender corretamente qual seria a verdadeira intenção do legislador europeu. Em suma, o resultado deste lapso redunda numa transposição acrítica e, em não poucos casos, simplesmente errada dos preceitos das Diretivas.

9. Enfim, os resultados práticos da eventual aprovação de um articulado próximo deste Anteprojeto e não expurgado das suas deficiências poderiam ser sintetizados nas palavras de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO e que, pela sua clareza, se julga merecerem transcrição: se, “apenas [oito] anos depois da entrada em vigor de um Código com quase 500 artigos, que finalmente começa a ser conhecido, compreendido e aplicado com maior segurança, se voltasse novamente à «estaca zero», esse seria, sem dúvida, um péssimo serviço à comunidade jurídica”; uma tal Revisão do Código demonstraria uma “falta de estabilidade” que “é, sem dúvida, um dos traços mais dissolventes da confiança de todos os operadores jurídicos e destinatários do direito e expressa um tipo de voluntarismo normativo que ignora que qualquer diploma legislativo só pode aperfeiçoar-se com uma sucessão suficientemente longa de aplicação prática, decisões jurisprudenciais, trabalho doutrinal e, eventualmente, alterações legislativas pontuais em pontos especialmente problemáticos”⁽¹⁵⁾.

Assim, sob pena de o Direito Português descambar num “estaleiro permanente, com enormes prejuízos para a segurança jurídica”, espera-se que a discussão pública e o trabalho legístico final que a ela se seguirá venham a completar o trabalho, dos meses anteriores, de moderação dos equívocos do Anteprojeto, evitando a prestação do mencionado “péssimo serviço à comunidade jurídica”⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira Análise...”, cit., p. 8.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*; v. também, no mesmo sentido, MARCO CALDEIRA, “Breves Reflexões sobre a Transposição...”, cit., *passim*.

4. INOVAÇÕES RELEVANTES TRAZIDAS PELO ANTEPROJETO QUE APERFEIÇOAM O DIREITO PORTUGUÊS

10. Antes de densificar as deficiências acima enumeradas, é justo começar por identificar os aspectos positivos oferecidos pelo Anteprojeto e que justificam, só por si, a aprovação de uma alteração – desde que equilibrada e certeira – ao Código. Sem prejuízo de não ser possível proceder a uma enumeração exaustiva, é indispensável ressaltar, pelo menos, os seguintes **16 aspetos** muito positivos que não devem passar despercebidos.

a) Aplaudir-se, em primeiro lugar, o cuidado que conduziu à integração das “**entidades administrativas independentes**” na lista de entidades adjudicantes previstas no n.º 1 do artigo 2.º, sujeitando-as a um regime procedural mais exigente e distinto do regime próprio dos “organismos de direito público” (cfr. alínea e) do n.º 1 do artigo 2.º). Assim se põe termo à situação de insegurança jurídica que afetava, em geral, as pessoas coletivas públicas qualificadas pela lei como “institutos públicos de regime especial”, cujo regime de contratação ficava até agora dependente de normas individuais que não primavam pela sua certeza e precisão.

Duvida-se, contudo, da utilidade – e até do rigor jurídico – derivada do aditamento de uma alínea f) ao mesmo n.º 1, referindo-se autonomamente ao “Banco de Portugal”. Parecendo claro que a natureza jurídica de tipo institucional que lhe é reconhecida pelo artigo 1.º da sua Lei Orgânica⁽¹⁷⁾, somada ao respetivo estatuto de independência emergente das exigências jurídico-europeias, dificilmente deixaria de assegurar a sua integração nas “entidades administrativas independentes” a que já se refere a alínea e)⁽¹⁸⁾, é problemática a justificação desta autonomização.

b) Em segundo lugar, é igualmente positiva a densificação que o novo n.º 2 do artigo 5.º oferece ao intérprete para o efeito de identificação de alguns dos contratos cujas prestações se revelam **insuscetíveis de serem submetidas à concorrência de mercado**, esclarecendo as dúvidas que poderiam subsistir quanto a instrumentos de transferência ou coordenação na execução de missões públicas que se mostram manifestamente alheios à lógica do mercado e da livre concorrência.

c) Em terceiro lugar, é elogável a alteração sistemática que transfere o disposto no (atual) n.º 2 do artigo 6.º para o artigo 5.º do Código (neste caso, situando-o na parte inicial do seu n.º 4): deve

⁽¹⁷⁾ Aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, na redação em vigor.

⁽¹⁸⁾ Sublinhe-se que, no n.º 4 do artigo 3.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que aprovou a Lei Quadro das Entidades Reguladoras (repetindo-se o mesmo teor no n.º 3 do artigo 2.º da própria Lei Quadro), se adverte a sua inaplicabilidade ao Banco de Portugal e à Entidade Reguladora para a Comunidade Social, o que se justifica tendo presente a reforçada independência que estas últimas apresentam quando comparadas com as entidades com funções de regulação económica abrangidas pela Lei Quadro. Essa advertência não só não prejudica como inclusivamente reforça a convicção de que, para o legislador português, o Banco de Portugal assume a natureza de entidade administrativa independente.

reconhecer-se que a opção inicial de inserção sistemática desta disposição, que assegura um regime mais flexível para as entidades adjudicantes previstas no n.º 2 do artigo 2.º, não foi a mais feliz e, no limite, terá até prejudicado o conhecimento desta disposição pelos operadores jurídicos em geral, que terão mostrado dificuldades na sua localização no artigo 6.º, onde figurava junto com uma outra disposição – referente aos contratos entre entidades adjudicantes (n.º 1) – relativamente à qual não tinha uma conexão relevante⁽¹⁹⁾.

Mostra-se, porém, bem mais criticável, do ponto de vista da legística formal, a opção que, em vez de concretizar essa transferência pela criação de um novo n.º 3 no artigo 5.º, insere esta disposição no início do n.º 4 do mesmo artigo, confundindo normas distintas e dificultando a legibilidade do preceito. É conveniente retornar a essa opção inicial para promover a inteligibilidade do n.º 4.

d) Em quarto lugar, crê-se que a disciplina proposta no novo artigo 5.º-A para transposição do regime europeu de formação de “**contratos no âmbito do sector público**” – *maxime* no tocante à contratação *in house*, embora não se esgotando nela – se mostra, no essencial, bem conseguida, cumprindo as exigências requeridas ao legislador português (sem prejuízo de algumas ligeiras deficiências de redação de que o artigo padece).

e) Em quinto lugar, aplaude-se igualmente a precisão colocada na parte final da alínea b) do n.º 1 do artigo 22.º, respondendo à dúvida sobre a aplicabilidade do regime da **divisão em lotes** aos contratos formados ao longo do período de um ano, confirmando a ideia de *previsibilidade* – que figurava no n.º 2 do mesmo artigo – como critério delimitativo dessa aplicabilidade. Julga-se que, perante as dúvidas recorrentemente suscitadas pelos operadores jurídicos, é correta a simplificação resultante da aglutinação da alínea b) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 22.º.

Sugere-se, unicamente, a substituição das expressões “*aquando do lançamento do primeiro procedimento*” e “*lançamento dos procedimentos subsequentes*” por “*na data de início do primeiro procedimento*” e “*adoção dos procedimentos subsequentes*”, visto que o conceito de “*lançamento*” (expressão que o Código nunca utiliza!) não é tecnicamente adequado para o Direito da Contratação Pública⁽²⁰⁾.

f) Intimamente relacionado com este último aspecto, o novo artigo 46.º-A cumpre a responsabilidade de transposição para o ordenamento jurídico português da inovadora **preferência pela contratação por lotes**, facilitando o acesso de mais prestadores aos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes.

Entre as opções meritórias neste âmbito assumidas pelo Anteprojeto, destaca-se *i)* a iniciativa de fixação de um limite quantitativo para a dispensa desta obrigação (em especial tendo em conta os

⁽¹⁹⁾ Como seguidamente se verá, este aplauso não implica, porém, qualquer concordância com o teor da nova norma inserida no n.º 2 do artigo 6.º, a qual, a ser aprovada, representa, sem exagero, uma das disposições mais perturbadoras do funcionamento do Direito dos Contratos Públicos que a legislação portuguesa alguma vez conheceu (v. *infra*).

⁽²⁰⁾ A expressão “*lançamento*” surge ainda no n.º 2 do artigo 35.º-A (e aí como *lançamento de... contratos!*), podendo ser facilmente substituída por “*promoção*”, e no n.º 1 do artigo 250.º-D em que se sugere a seguinte redação: “As entidades adjudicantes podem promover procedimentos de formação de contratos reservando a sua celebração a certas organizações...”.

limites bem razoáveis fixados para o efeito); e ii) a previsão de alguns motivos exemplificativos da fundamentação da não divisão do contrato em lotes, auxiliando a tarefa justificadora das entidades adjudicantes.

Em contraste, merece reparos, i) no plano da redação formal, a referência a “prever nas peças do procedimento a *possibilidade* de adjudicação por lotes”: uma vez tomada a decisão de contratação por lotes, as peças só poderão prever essa adjudicação por lotes como uma *certeza*, e não como uma “possibilidade”. Dito de outro modo: a entidade adjudicante pode ou não dividir o contrato em lotes; mas, se o fizer, essa será a única perspetiva possível para a adjudicação naquele dado procedimento, não se tratando de uma mera “possibilidade”.

Por outro lado, ii) e ainda no plano da redação formal, no n.º 3 diz-se “*entidades adjudicantes referidas nos artigos 7.º e 12.º*”; porém, rigorosamente, estão em causa as entidades adjudicantes referidas no artigo 7.º, bem como as referidas no n.º 2 do artigo 2.º quando seja aplicável o disposto 12.º.

E merece reparos, sobretudo, iii) no plano das opções materiais, a insuficiência regulatória do n.º 5 no tocante à possibilidade de *combinação de vários ou de todos os lotes*. Com efeito, sabendo que o n.º 3 do artigo 46.º da Diretiva 2014/24 comete aos Estados a faculdade de permitirem às entidades adjudicantes uma avaliação comparativa das propostas para determinar se é mais vantajosa a adjudicação separada por lote ou a adjudicação combinada de vários ou de todos os lotes, o Considerando 79 esclarece qual o tipo de avaliação que o legislador europeu tem em vista: nas suas palavras, deve determinar-se, “em primeiro lugar, quais as propostas que cumprem melhor os critérios de adjudicação⁽²¹⁾ previstos para cada lote individual e, em seguida, comparando-[se] com as propostas apresentadas por um dado proponente para uma combinação específica de lotes no seu todo”. Ora, como bem se sabe, a disciplina prevista na legislação portuguesa para a construção de modelos de avaliação de propostas (cfr. a atual alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º e o artigo 139.º) é incomparavelmente mais exigente do que os patamares europeus, situando-se o Código de 2008 como referência do rigor e da exigência legislativa neste âmbito. Nesse quadro, admite-se que a falta de densidade das exigências previstas no Considerando 79 seja compatível com as regras menos exigentes que a Diretiva mantém para a formulação de modelos de avaliação das propostas, não tendo o legislador europeu precisado de ir mais longe nessa matéria; mas seguramente essa permissividade legal não é compatível com as balizas fixadas no Código Português, o qual não admite a adoção de um procedimento pré-contratual (pelo menos quando dotado de anúncio e aberto ao mercado) que não preveja antecipadamente todas e cada uma das regras relevantes para avaliação das propostas, promovendo a segurança jurídica e auxiliando os concorrentes na previsibilidade do quadro sobre o qual podem elaborar as suas propostas. Assim sendo, se o legislador português quiser efetivamente permitir a combinação de lotes durante o procedimento, deve prever uma regulação mais exaustiva que assegure as exigências mínimas previstas na atual alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º e no artigo 139.º; se o não puder fazer, então é preferível abster-se de permitir aquela combinação, porquanto não terá assegurado que as entidades adjudicantes cumprem os patamares mínimos para avaliação das propostas previstos na legislação portuguesa.

⁽²¹⁾ Note-se, contudo, que a expressão “*cumprir os critérios de adjudicação*” é, em si mesma, juridicamente incorreta. Os critérios de adjudicação não se cumprem/incumprem, nem sequer no sentido de que se preenche (ou não) uma certa exigência. O que ali se pretende dizer (no Considerando 79 da Diretiva) é, muito simplesmente, que uma proposta apresentada para uma certa combinação específica de lotes pode ser economicamente mais vantajosa do que o conjunto de todas as propostas que, na perspetiva isolada de cada um desses lotes, sejam as economicamente mais vantajosas.

g) Em sétimo lugar, o Anteprojeto cumpre bem a incumbência de transposição do novo regime regulador das **consultas preliminares ao mercado**, com o novo artigo 35.º-B a satisfazer o essencial das exigências do legislador europeu, sendo associado a um regime de **planeamento da contratação** (artigo 35.º-A) que abre importantes perspetivas à racionalização da atividade aquisitiva das entidades adjudicantes. Em conjunto, os dois artigos propiciam o conhecimento antecipado das soluções oferecidas pelo mercado antes de efetivamente iniciado o procedimento onde a entidade adjudicante surgirá já vinculada por um dever de adjudicação.

h) Em oitavo lugar, apesar das dúvidas e incertezas mantidas a esse respeito aquando da própria feitura do Código, crê-se hoje ser efetivamente preferível a alteração proposta para a alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º, passando a causa de **exclusão de propostas** relativa à **omissão** da apresentação de alguns dos seus elementos a abranger também os **termos ou condições**, e não apenas os atributos da proposta.

Deve ter-se em mente que a solução inicial foi fundamentada – de acordo com um entendimento que se crê ser razoável – pela circunstância de os termos ou condições não serem necessários para a comparação e avaliação das propostas, tendo à época sido reclamada a inclusão de uma válvula de escape que pudesse regular os casos de entidades adjudicantes que fossem menos comedidas na exigência de apresentação de documentos relativos a aspetos contratuais não sujeitos à concorrência e cuja utilidade fosse duvidosa para as necessidades de apreciação das propostas. Por isso, graças a esta omissão da alínea a), que se circunscrevia à omissão de atributos mas que impedia a exclusão de propostas que omitissem termos ou condições, o aplicador era remetido para um juízo de proporcionalidade que somente permitiria a exclusão quando, por falta de um *documento constitutivo da proposta*, estivesse verificada a causa de exclusão prevista na alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º.

Sucedeu, todavia, que – por razões também comprehensíveis – os aplicadores sentiram as maiores dificuldades em delimitar os casos em que se deveria considerar que aquela alínea d) se encontrava verificada – nomeadamente nos casos em que fosse formalmente apresentado um qualquer documento que, contudo, carecesse dos seus elementos essenciais que respeitassem aos termos ou condições da proposta –, sendo difícil fixar uma fronteira segura para delimitação dos casos em que se não pode considerar satisfeita a obrigação de entrega do(s) documento(s) a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º. Dito de outro modo: as entidades adjudicantes sentiam uma incomportável insegurança ao tentarem antecipar em que casos os Tribunais sufragariam uma conclusão semelhante àquela adotada pelo Acórdão do STA de 06-11-2014 (Processo 0598/14) ou uma qualquer conclusão contrária.

Sendo pois insustentável este convite à litigiosidade, julga-se hoje justificada esta alteração da alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º⁽²²⁾.

i) Em nono lugar, considera-se positivo o esclarecimento incluído na alínea b) do n.º 2 do artigo 74.º, confirmando que a **avaliação dos meios humanos** a utilizar pelo concorrente para a execução

⁽²²⁾ Esta boa solução torna, porém, ainda mais incompreensível a opção, que adiante se discutirá – absolutamente incompatível com esta –, de criação de um novo foco de litigiosidade – que a História Portuguesa pré-2008 indica ser bem mais grave do que aquele que se propôs eliminar neste artigo 70.º – através da possibilidade de resgate de propostas que padeçam de vícios formais (v. *infra*). A reformulação da alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º, com claros benefícios para a segurança jurídica e para a previsibilidade da conduta das entidades adjudicantes (e subsequentemente dos tribunais), perde todo o seu fundamento se o legislador diluir a fronteira – hoje clara e segura – que delimita os casos de exclusão de propostas por motivos formais.

do contrato em nada belisca a proibição de avaliação de características ou situações relativas ao próprio concorrente, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 75.º.

É claro que – ao contrário do que alguns sectores interpretativos parecem ter suposto – esse esclarecimento não seria inteiramente imprescindível para autorizar essa avaliação dos meios humanos, a qual *jamais foi proibida* pelo n.º 1 do artigo 75.º: semelhante sugestão, sustentada fantasiosamente por algumas correntes jurisprudenciais (em qualquer caso minoritárias), parecia resultar da incapacidade de distinguir entre i) a avaliação dos recursos que cada operador *utiliza a qualquer título no âmbito da sua atividade económica* (os recursos de que dispõe *nos seus quadros* em geral) – essa sim proibida pela lei aquando da avaliação das propostas e por isso reservada para a fase das candidaturas nos procedimentos dotados de prévia qualificação – e ii) os recursos que o operador se vincula a utilizar no *âmbito do concreto contrato* que se propõe celebrar – que constituem justamente um dos aspetos da execução *do contrato*, sobre os quais pode recair a avaliação. Esta distinção foi perfeitamente traçada pela jurisprudência *Ambisig* (Acórdão do TJUE de 26-03-2015 – Processo C-601/13) – que marca uma continuidade, e seguramente não uma rotura, com a jurisprudência *Lianakis* (Acórdão do TJUE de 24-01-2008 – Processo C-532/06)(²³).

Para os trabalhos finais de redação, sugere-se apenas que a referida alínea b) do n.º 2 do artigo 74.º adote uma formulação que não inclua uma exemplificação tão restritiva, a qual não afasta totalmente o equívoco daqueles sectores jurisprudenciais minoritários que vinham mantendo um entendimento *contra legem* quanto à alegada proibição de avaliação de meios humanos: sendo certo que a primeira parte dessa alínea b) se limita a reproduzir o texto da alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva 2014/24, a circunstância de o exemplo aduzido se circunscrever a “contratos de serviços de natureza intelectual” pode dar azo a que um intérprete criativo sugira – por exemplo, como já se viu suceder entre nós – que a generalidade dos contratos de empreitada de obras públicas se não compadece com a avaliação do pessoal utilizado na obra, podendo até alegar que a redação adotada salvaguarda os “serviços de projeto de obras”, mas não as próprias “obras”. Evidentemente, tal sugestão é descabida, tanto mais quanto se sabe que o n.º 1 do artigo 19.º da Diretiva, ao autorizar que seja “exigido às pessoas coletivas que indiquem, nas respetivas propostas ou pedidos de participação, os nomes e as habilitações profissionais relevantes do pessoal que ficará encarregado da execução do contrato em questão”(²⁴), estende essa autorização aos “contratos públicos de serviços” e aos “contratos de empreitada de obras públicas”, incluindo mesmo, no caso dos “contratos públicos de fornecimento”, aqueles “que abranjam também serviços ou operações de montagem e instalação”. Esta permissão do legislador europeu poderia pois ficar obnubilada com uma exemplificação demasiado restritiva pelo legislador português.

j) Em décimo lugar, é positiva a flexibilização do regime de fixação do valor da caução a prestar

(²³) Tal foi bem esclarecido pelo Advogado-Geral MELCHIOR WATHELET (Conclusões do Processo *Ambisig*, de 18-12-2014), ao recordar que “a indicação dos recursos humanos concretos que os proponentes afetarão à execução do contrato não constitui[i] evidentemente [...] uma qualidade ou uma característica dos proponentes, mas da própria proposta”.

(²⁴) Em todo o caso, numa perspetiva de “concorrência”, assinala-se que, para efeitos da avaliação das propostas, a indicação dos *nomes* das pessoas que se encarregarão da execução do contrato não é necessária. Avaliam-se, obviamente, as habilitações e a experiência profissionais do pessoal proposto, mas não se avalia, como é óbvio, a própria identidade dessas pessoas. Quando muito, a indicação da identidade das pessoas encarregadas da execução do contrato serve apenas como elemento auxiliar para conhecer o seu perfil curricular, este sim destinado à avaliação.

pelo adjudicatário: o estabelecimento de um valor fixo de 5% pelo n.º 1 do artigo 89.º do Código de 2008, aplicável transversalmente à generalidade dos contratos – sem prejuízo dos critérios excepcionais presentes nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo –, podia mostrar-se excessivo para uma importante parcela de contratos em que os benefícios económicos gerados pela sua execução não justificavam o esforço financeiro suportado pelo adjudicatário ainda antes de assinarem o contrato e, logo, ainda antes de auferirem qualquer mais-valia resultante da adjudicação.

A nova redação do artigo 89.º assegura a flexibilização reclamada pelo mercado, *i)* ao fixar, antes do mais, a “complexidade” e a “expressão financeira” do contrato como critérios para a avaliação casuística da entidade adjudicante, para quem os 5% do preço contratual são apenas um limite máximo e não um valor fixo que seja imposto automaticamente e sem levar em conta o esforço financeiro imposto ao adjudicatário (cfr. n.º 1); *ii)* ao reduzir o período temporal relevante para a determinação do valor da caução, no caso de contratos de duração superior a cinco anos, de modo a evitar cauções manifestamente excessivas (cfr. n.º 5), bem como ao afastar as renovações contratuais do cenário relevante para a fixação desse valor (cfr. n.º 4); e *iii)* ao reservar o anterior montante de 5% do preço contratual para a mera função de indicador supletivo, no caso de silêncio das peças do procedimento (cfr. n.º 6).

As mesmas preocupações flexibilizadoras aconselharam à intervenção sobre o regime de liberação da caução no caso de contratos em que a obrigação de correção de defeitos seja superior a dois anos, promovendo a antecipação do momento de liberação da maior parcela do valor da caução (cfr. n.º 5 do artigo 295.º).

k) Em décimo primeiro lugar, constituirá um importante avanço na flexibilização dos procedimentos a circunstância de o Anteprojeto finalmente responder às reclamações da comunidade jurídica no sentido de a tramitação do **ajuste direto simplificado** e do **concurso público urgente** passar a abranger também a formação de contratos de empreitada de obras públicas, e não apenas de contratos referentes a bens e serviços.

I) Em décimo segundo lugar, considera-se um marco histórico – por impulso do legislador europeu – a consagração da obrigação de **disponibilização livre, completa e gratuita das peças do procedimento**, nos termos do disposto no artigo 133.º, com a consequente revogação do artigo 134.º. Dir-se-á apenas que se justificaria a inclusão, no próprio artigo 133.º, de um número adicional destinado a regular essa disponibilização nos casos de procedimentos em que não seja utilizada qualquer “plataforma eletrónica”, o que naturalmente prejudica a aplicação da regra constante do novo n.º 1 desse artigo.

Tal não prejudica, porém, nos termos adiante esclarecidos, o reconhecimento do efeito desastroso que adviria da solução, integrada no Anteprojeto, de proibição da flexibilização desse regime de contratação eletrónica e de obrigação do recurso a plataformas eletrónicas mesmo no âmbito de procedimentos de ajuste direto (cfr. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 9.º do diploma preambular do Anteprojeto; *v. infra*.

m) Em décimo terceiro lugar, uma das iniciativas adotadas pelo Anteprojeto que mais elogios merece consistirá possivelmente no novo n.º 1 do artigo 149.º, alargando a faculdade de adoção de uma **fase de negociação das propostas**, no contexto de um procedimento de concurso público, para

todos os casos em que tal seria permitido ao legislador português à luz das limitações europeias. Sabendo-se, com efeito, que a reforma das Diretivas Europeias não ofereceu qualquer contributo para impedir a manutenção de um (injustificável) preconceito do legislador europeu contra o recurso a negociações em procedimentos de contratação pública, é meritório que o legislador português utilize a margem de autonomia que ainda lhe é reconhecida e estenda a autorização para recurso às negociações a todos os casos em que as Diretivas não são aplicáveis e em que essa hipótese lhe não é vedada.

Questiona-se, unicamente, se não será justificável proceder a um alargamento paralelo dos casos previstos no artigo 29.º para adoção de um procedimento de negociação, antecipando os casos em que a entidade adjudicante pretende iniciar o procedimento concursal com uma fase de prévia qualificação – casos em que o concurso público, que impede essa prévia qualificação, não é suficiente para as necessidades procedimentais que tem em vista.

n) Em décimo quarto lugar, mostra-se também globalmente positiva a simplificação trazida pelo Anteprojeto para o regime dos **concursos de conceção** (artigos 219.º e seguintes), com a experiência obtida pela prática administrativa dos oito anos anteriores a indicar que se justificaria um aprimoramento do regime excessivamente complexo que, reconhecidamente, constava do texto inicial de 2008.

o) Em décimo quinto lugar, o Anteprojeto oferece uma permissão – absolutamente decisiva, e até hoje inexplicavelmente não permitida – às entidades adjudicantes para busca de melhores condições contratuais para as suas necessidades aquisitivas nos casos em que as alternativas oferecidas pelas **centrais de compras** nacionais se mostram manifestamente insuficientes ou desadequadas.

O primeiro passo é conferido pelo n.º 4 do artigo 260.º, que, em transposição do disposto no n.º 2 do artigo 39.º da Diretiva 2014/24, autoriza as entidades adjudicantes a recorrerem a centrais de compras situadas noutros Estados da União Europeia sempre que estas ofereçam condições mais vantajosas do que as oferecidas pelas centrais de compras portuguesas.

Mais importante, porém, é o aditamento do artigo 256.º-A, que marca o início do processo de abolição da lamentável proibição que vinha amarrando as entidades adjudicantes portuguesas às alternativas desadequadas que lhes são propostas em acordos quadro transversais e que não respondem às necessidades específicas do sector onde cada entidade adjudicante se situa. Permite-se agora a liberdade de seleção de um procedimento autónomo sempre que se “demonstre que, para uma dada aquisição, a utilização do acordo quadro levaria ao pagamento de um preço pelo menos 10% superior ao preço praticado no mercado para objeto com as mesmas características e nível de qualidade”. Em todo o caso, adivinha-se que a demonstração da diferença de 10% seja quase sempre difícil de fazer, já que se argumentará que o funcionamento do procedimento para a celebração do contrato ao abrigo do acordo quadro permitirá alcançar essa diferença.

Faltará aditar ainda a previsão de uma regra destinada a antecipar os casos em que – independentemente de qualquer comparação entre preços – a dificuldade da entidade adjudicante reside na simples circunstância de as características dos bens ou serviços incluídos no acordo quadro se mostrarem desadequadas para as suas necessidades aquisitivas, precisando de adotar

um procedimento autónomo com um objeto distinto daquele balizado no acordo quadro⁽²⁵⁾.

p) Finalmente, a previsão da nova contraordenação muito grave constante das alíneas f) e g) do n.º 1 do artigo 456.º – com a consequente sanção acessória prevista no artigo 460.º – representa a resposta a uma das mais urgentes aspirações dos decisores públicos, permitindo que as entidades adjudicantes deixem de ficar indefesas perante situações de **deficiências significativas e persistentes** no cumprimento das obrigações contratuais por parte dos seus cocontratantes.

A apreciação da *past performance* de um dado operador económico, de acordo com balizas quantitativas e claras, não pode continuar a ser irrelevante para o juízo de aceitabilidade de uma proposta. Os decisores das entidades adjudicantes não podem ficar acorrentados a adjudicar uma proposta nos casos em que, persistentemente, se deparam com operadores económicos que apresentam um comportamento irresponsável e que reiteradamente formulam compromissos contratuais que não podem nem querem cumprir.

Sublinhe-se, ademais, que essa apreciação da *past performance* não fica sujeita a uma avaliação subjetiva da própria entidade adjudicante que se sente lesada num dado contrato e que decide unilateralmente aplicar sanções contratuais ou resolver o contrato: mesmo abstraindo da possibilidade de contestação judicial desses atos unilaterais, a decisão de condenação por uma tal contraordenação muito grave fica entregue a uma entidade terceira (cfr. artigo 461.º), evitando que o impedimento à participação em contratos futuros dependa da própria entidade adjudicante que naturalmente seria a parte interessada (e alegadamente lesada) nos contratos anteriores.

A eficácia deste novo regime é potenciada com a convocação do Direito Penal para responder ao caso de desrespeito da sanção prevista no artigo 460.º pelo operador económico que haja sido condenado ao seu abrigo, dando origem ao *crime de desobediência* previsto no artigo 464.º.

5. CRÍTICAS A ASPETOS ESTRUTURANTES DO ANTEPROJETO

11. Estes constituem os principais aspectos meritórios do Anteprojeto agora disponibilizado. Sendo evidente que a ocasião da transposição das Diretivas Europeias de 2014 não permite

(²⁵) Deve recordar-se que o Código teve a cautela de apenas obrigar as entidades adjudicantes a recorrer aos serviços das centrais de compras se porventura pretendessem adquirir prestações ao abrigo de um acordo quadro (cfr. n.º 2 do artigo 263.º) – por se julgar que ninguém melhor do que uma central de compras terá a experiência e aptidão necessárias para a celebração de acordos quadro. Mas jamais obrigou ao recurso a centrais de compras se se tratasse da celebração corrente de qualquer contrato de empreitada, de locação ou aquisição de bens ou de aquisição de serviços, por se crer que tal solução seria manifestamente excessiva à luz da possibilidade de somente a entidade adjudicante conhecer as suas verdadeiras necessidades aquisitivas. O recurso à central de compras deveria constituir uma opção, e não uma obrigação – ou, no limite, uma obrigação passível de autorização para derrogação individual através de um mecanismo expedito. Esta é a filosofia inerente ao artigo 263.º do CCP. O regime específico de disciplina do Sistema Nacional de Compras Públicas (ainda o Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro) ignorou esse perigo e alargou essa obrigação à generalidade dos contratos aquisitivos das entidades adjudicantes. O recurso das entidades adjudicantes ao SNCP deveria ser sempre facultativo por constituir, naturalmente, uma vantagem que elas não querem desaproveitar. Por outras palavras: o SNCP deveria demonstrar a natural atratividade dos acordos quadro que oferece. É por isso que a opção do legislador pelas aquisições vinculadas via SNCP constitui uma das medidas mais criticadas pelos decisores administrativos e que maiores dificuldades cria à gestão das suas aquisições. As alterações do Anteprojeto são por isso importantes (ainda que insuficientes) para facilitar o trabalho de gestão das compras públicas pelos decisores públicos.

dispensar a aprovação de um ato legislativo para revisão do Código de 2008, julga-se que estes aspectos deverão seguramente figurar nesse diploma de revisão. Todavia, como acima se disse, o Anteprojeto apresenta (no plano quantitativo) uma dimensão surpreendentemente extensa e, sobretudo (no plano qualitativo), uma solução de rotura que impacta sobre a estrutura normativa em que a doutrina e a jurisprudência reposaram durante a última década, descharacterizando os avanços obtidos pelo Direito Português dos Contratos Públicos e anulando algumas das principais inovações que motivaram o aplauso das instituições europeias e que colocaram o Código como uma das referências para a reforma legislativa europeia de 2014.

Justifica-se, por isso, uma *reponderação* total dos aspectos seguidamente enunciados.

5.1 O regime atípico da contratação excluída (artigos 5.º, n.º 4, alínea j), 6.º, n.º 2, 27.º, n.º 1, alínea b), e 27.º-A)

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

12. A solução mais problemática do Anteprojeto em apreço – com um alcance dramático para a *segurança jurídica* no Direito dos Contratos Públicos e para a própria configuração do sistema português de *separação de poderes* – resulta de uma opção que jamais havia sido assumida nestes termos pelo legislador português e que consiste na criação de um *regime atípico*, fluído e inseguro para certos contratos abrangidos pela “*contratação excluída*”. Tal proposta de disciplina legislativa resulta – não se duvida – de uma preocupação bem-intencionada com a salvaguarda de princípios gerais que orientam a atividade contratual das entidades adjudicantes; mas o modo como é concretizada redunda em resultados que seguramente não terão sido previstos pelos seus defensores. Tal proposta é, aliás, inspirada numa mera *fase anterior* do percurso interpretativo que as instituições europeias vieram desenvolvendo para densificar o conteúdo dos princípios de contratação pública, a qual, contudo, já pertence ao *passado*, tendo sido *abandonada* por aquelas instituições justamente em atenção aos perigos entretanto verificados.

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

Essa dúvida acentuou-se quando, na célebre “*Comunicação Interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos*”, de 23 de junho de 2006⁽²⁶⁾, a Comissão,

⁽²⁶⁾ JO 2006, C 179, p.2

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

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

Por isso, em rigor, aquele regime intermédio de concorrência verdadeiramente *não o era*: tratava-se, simplesmente, de um regime assente em *procedimentos concorrenenciais distintos* daqueles expressamente previstos nas Diretivas, mas *não menos concorrenenciais* (abertos à generalidade dos operadores de mercado) do que estes últimos. Em consequência, naquilo que concerne à *decisão fundamental* que o legislador pode tomar no contexto do regime de contratação pública – a decisão de delimitação dos contratos sujeitos a procedimentos concorrenenciais –, tal interpretação, a ser aceite, implicaria a anulação da vontade legislativa.

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

Ora, parecia subjacente, tanto a partir da leitura da Comunicação da Comissão quanto do Acórdão do Tribunal Geral, que os respetivos Autores se mostravam particularmente impressionados com o perigo de a concorrência ser afastada na formação de contratos de vultuosíssimo valor económico, dotados de interesse transfronteiriço certo. Aliás, bastaria apenas recordar que o essencial da jurisprudência que a Comissão citara na sua Comunicação – os referidos Acórdãos *Telaustria*, *Coname* ou *Parking Brixen* – haviam sido prolatados no contexto das matérias das concessões ou da contratação in house, relativamente às quais ninguém duvidaria do respetivo caráter problemático para o Direito da Contratação Pública. Sucedia, contudo, que ao abordarem transversalmente quaisquer contratos não submetidos às Diretivas de Contratação Pública, a Comissão e o Tribunal estavam, na prática, a inculcar a ideia de que a obrigação de concorrência intermédia (publicitação de anúncio aberto ao mercado) valeria quase indistintamente para qualquer contrato (no limite, mesmo para contratos de valor reduzido!), sugerindo que os Tribunais nacionais ficariam incumbidos de obrigar as entidades adjudicantes dos respetivos Estados-Membros a adotar procedimentos concorrenenciais em praticamente todos os casos que o legislador europeu integrara no âmbito da contratação excluída.

Numa palavra: a Comissão e o Tribunal, com uma manifesta falta de cautela, pareceram anular a vontade legislativa de delimitação do âmbito de aplicação do regime de contratação pública.

13. Como seria de esperar, o Tribunal de Justiça não poderia manter este entendimento equívoco – entendimento que, supõe-se, só poderia ser explicado pela falta de ponderação das consequências últimas que resultariam dessa anterior jurisprudência. É certo que, mesmo antes daquele Acórdão de 2010, o Tribunal já havia dado o primeiro sinal de qual poderia ser o sentido de uma ponderação mais razoável: por exemplo, no Acórdão *Serrantoni* (de 23-12-2009 – Processo C-376/08)⁽²⁷⁾, o Tribunal já fixara um primeiro critério delimitativo para a aplicação daquela jurisprudência, em cujos termos somente quando comprovada a existência de um “*interesse transfronteiriço certo*” é que o juiz encontraria um ponto de apoio para impor à entidade adjudicante a aplicação de procedimentos concornciais com base nos princípios gerais do Tratado.

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

Desta vez, discernindo bem as consequências materialmente legislativas (destruição-reconstrução da vontade legislativa) decorrentes dessa tese pela qual antes se inclinara, o Tribunal de Justiça ofereceu uma resposta clara: além de recordar que “*não existe nenhum indício na letra, no espírito ou na sistemática das disposições da Diretiva*” que permita uma distinção entre “regras substantivas” e “regras processuais” – tornando inaceitável a “*incerteza jurídica*” que decorreria dessa hipótese de um regime de concorrência intermédia –, havia que concluir, sobretudo, que o juiz e o intérprete não se poderiam considerar autorizados a uma “*abordagem tão extensiva da aplicabilidade do princípio da igualdade de tratamento*”: se assim não fosse, violentando a vontade legislativa que pretendeu compartimentar contratos sujeitos ou excluídos das Diretivas de Contratação Pública, “*correr se ia o risco de privar de efeito útil a distinção entre os serviços do anexo II A e do anexo II B*” (cfr. n.os 31 e 42).

Mais importante ainda seria notar – num ponto que é crucial para o trabalho do legislador português – que esta compartimentação não se limitaria sequer a ser justificada por uma divisão formal inerente ao princípio da separação de poderes – a qual, obviamente, em qualquer caso, já colocaria uma barreira suficiente à criatividade judicial. Sucede que tal alegação claudicava inclusivamente em compreender os (muito razoáveis) motivos substantivos que convenceram o legislador a tal compartimentação. Por um lado, o legislador entendeu que os contratos em apreço “*não têm, a*

⁽²⁷⁾ Repescando um entendimento que havia já estado presente no Acórdão *Comissão v. Irlanda* (de 13-11-2007 – Processo C-507/03).

priori, tendo em conta a sua natureza específica, um interesse transfronteiriço suscetível de justificar que a sua adjudicação se faça na sequência de um processo de concurso que vise permitir a empresas de outros Estados Membros tomarem conhecimento do anúncio de concurso e apresentarem propostas". Neste âmbito, a invocação dos princípios gerais da transparência e da igualdade de tratamento decorrentes dos artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE só poderia ocorrer se o juiz provasse que tais contratos criam um "interesse transfronteiriço certo" (cfr. n.º 35).

Por outro lado, sublinhe-se, ainda que tal "interesse transfronteiriço certo" estivesse demonstrado num dado caso, aquela tese esqueceria que "pelo menos alguns desses serviços têm características particulares que justificam que a entidade adjudicante considere, de modo personalizado e específico, as propostas individuais dos candidatos. É o caso, por exemplo, dos «serviços jurídicos», dos «serviços de colocação e de fornecimento de pessoal», dos «serviços de educação e formação profissional» ou dos «serviços de investigação e de segurança»" (cfr. n.º 43).

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

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

14. Este rápido périplo pelos momentos essenciais da jurisprudência europeia sobre esta matéria foi indispensável para que o intérprete entenda o sentido do regime da contratação excluída fixado pela Diretiva 2014/24, cuja teleologia não poderia ser apreendida sem que se tenha em mente que ela não corresponde a nada mais do que a uma *rigorosa concretização da jurisprudência do Tribunal de Justiça no texto legal*.

A estratégia legislativa pretendeu, com efeito, dar resposta aos *dois problemas específicos* suscitados pela jurisprudência: i) o reconhecimento de que, em certos casos, a **natureza fiduciária** do contrato *obriga sempre, independentemente do valor do contrato e do alegado interesse transfronteiriço que se pudesse suscitar*, a autorizar a adjudicação direta e pessoal de uma proposta, à margem de qualquer concorrência de mercado; e ii) o reconhecimento de que, noutros casos, embora essa natureza fiduciária não esteja tão presente, a *relação personalizada* entre prestador e beneficiário do serviço ainda é suficientemente forte para justificar a *dispensa da concorrência sempre que possível*, isto é, sempre que o "interesse transfronteiriço" seja tão "certo" que torne intolerável uma adjudicação direta e pessoal, nomeadamente em razão do valor do contrato envolvido.

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

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

Foi por isso que, de um lado, o legislador europeu fixou, nas alíneas *c) e d)* do artigo 10.º da Diretiva 2014/24, o leque de contratos dotados de **natureza pessoalíssima** que **dispensam sempre, independentemente do respetivo valor, a adoção de um procedimento concorrencial**: entre eles se encontram os serviços de arbitragem e conciliação e os serviços jurídicos de patrocínio judiciário ou de assessoria e aconselhamento que sejam diretamente conexos com estes. Neste primeiro plano, é sabido que a confiança pessoal que é exigida para a representação de um cliente perante um Tribunal ou numa arbitragem é simplesmente *incompatível com qualquer tipo de concorrência, mesmo restrita* (v.g., fixação de número mínimo de entidades a convidar num procedimento sem anúncio). E isto pela simples razão de que não é sequer concebível forçar um sujeito jurídico (seja público ou privado) a aceitar ser patrocinado em Tribunal por um advogado que não seja livre e diretamente escolhido por si – sob pena de o próprio advogado que é escolhido de modo forçado pelo seu cliente ser estatutariamente obrigado a *renunciar ao patrocínio* (cfr., no caso português, artigo 97.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados).

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

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

Graças a esta *decisão legislativa*, os Tribunais ficaram pois corretamente balizados no seu exercício de proteção dos princípios gerais dos Tratados; as fronteiras quantitativas apresentam uma precisão suficiente para impedir a manutenção da “*incerteza jurídica*” que o Tribunal de Justiça vedou para evitar que as regras de contratação excluída mantenham a fluidez e a ambiguidade que tornassem

possível aos Tribunais substituir as normas legislativas pelas suas próprias normas pretorianas, sob o pretexto de “aplicação dos Tratados”.

5.1.3 Os problemas do Anteprojeto

15. É justamente neste contexto que se torna impossível não concluir que o Anteprojeto fracassa em ambas as incumbências inerentes à transposição das soluções legislativas europeias: por um lado, não consegue proteger a especificidade dos contratos pessoalíssimos, não assegurando meios procedimentais suficientes para que a entidade adjudicante proceda a uma escolha direta e pessoal daquele prestador relativamente ao qual precise – até por decorrência de normas legais e estatutárias – de manter uma plena confiança subjetiva nas suas qualidades pessoais. Por outro lado, no tocante aos contratos dotados de uma personalização mitigada, relativamente aos quais se admite (e impõe) a fixação de uma fronteira certa que afaste a incerteza jurídica, o Anteprojeto cria critérios ambíguos que, mais do que não impedir, *convida* mesmo os aplicadores e os juízes a formularem as suas próprias normas para-legislativas, que recriam uma fronteira alternativa para distinguir os contratos sujeitos ou subtraídos a procedimentos concorrenenciais, inviabilizando a possibilidade de qualquer entidade adjudicante ter um mínimo de segurança quanto às decisões que tome no âmbito da contratação excluída.

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

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

Ora, sabe-se que a aplicação dos “princípios gerais da contratação pública” é jurisprudencialmente



entendida, antes do mais, como equivalendo ao respeito pelo “princípio da concorrência”, forçando à adoção de algum tipo de procedimento concorrencial aberto através da publicitação de um anúncio que permita o acesso ao procedimento da generalidade dos interessados em contratar. Esse regime intermédio implica, portanto, a sujeição ao mesmo obstáculo prático que afetou a Comunicação da Comissão de 2006 e, por referência a esta, a anterior jurisprudência europeia: visto que a adoção ou não adoção de procedimentos concorrenenciais abertos com a publicação de anúncio marca a verdadeira fronteira entre a aplicação ou a desaplicação dos procedimentos de contratação pública, o intérprete descobre que o regime da contratação excluída verdadeiramente *não o é*, visto que assenta em *procedimentos concorrenenciais não tipificados na lei, mas não menos concorrenenciais* (nem menos abertos à generalidade dos operadores de mercado) do que estes últimos – os quais, todavia, só serão aplicáveis se a própria entidade adjudicante, primeiro, e o juiz, depois, o considerarem “adequado” à luz da apreciação casuística que realizarão.

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

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

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

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

Este perigo, que o legislador europeu temeu ao optar por fixar aquela fronteira quantitativa, é bem real no caso português e não constitui o produto de qualquer exagero: alguns sectores jurisprudenciais invocam abertamente os “princípios gerais da contratação pública” para formar um *Direito dos Contratos Públicos paralelo*, de origem pretoriana, que substitui o Direito legislado pela

sua própria opinião subjetiva. Para esse efeito, recorre-se à *invocação seletiva* da jurisprudência do Tribunal de Justiça, produzindo um curioso fenômeno pelo qual, mesmo nos anos mais recentes, inclusivamente após o abandono da posição dubitativa inicial do juiz europeu através do Acórdão *Strong*, se acena unicamente com o entendimento jurisprudencial mais antigo e estranhamente se omite a jurisprudência posterior que vincou a necessidade de respeito pela vontade legislativa⁽²⁸⁾.

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

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

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

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

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

Em suma: se se julga necessário conferir ao valor da concorrência um alcance tal que abranja a

⁽²⁸⁾ Num caso paradigmático, a propósito dos serviços de natureza jurídica – que o próprio CCP tomou a iniciativa de fazer submeter à sua Parte II –, cfr. o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 15/2013, que, invocando “princípios gerais” para afastar a cláusula de recurso ao ajuste direto prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, se socorreu mesmo do citado Acórdão de 20-05-2010 (a propósito da impugnação da Comunicação Interpretativa da Comissão) – cfr. pp. 12 e 15 –, procedendo a uma curiosa omissão da jurisprudência posterior, num momento em que já se haviam passado dois anos do Processo *Strong* e em que, aliás, já eram conhecidos os textos projetados das novas Diretivas que se preparavam para a fixação de um limite quantitativo à aplicação de procedimentos concorrenenciais nos contratos excluídos, vedando este entendimento jurisprudencial criativo.

formação dos contratos alistados em diversas alíneas do n.º 4 do artigo 5.º, então que se implemente seriamente tal medida e se assuma com coerência tal solução – a qual o jurista não pode contestar, porque esta se já trata de uma opção política e não jurídica –; mas que não se proceda à aprovação de um *regime concorrencial encapotado* em cujos termos o legislador se *demite* de esclarecer quais as reais obrigações procedimentais a cargo das entidades adjudicantes e *delega* tal responsabilidade a um juiz-legislador que inevitavelmente promoverá a insegurança jurídica e a anarquia procedural.

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

Com isso, o Anteprojeto produz um *duplo efeito*. Por um lado, ao reduzir as suas referências explícitas a certos serviços jurídicos, aumenta a insegurança quanto ao (imprescindível) recurso a esta cláusula sempre que a entidade adjudicante se depare com um serviço personalizado que impeça a adoção de um procedimento concorrencial – visto que o Anexo IX, para onde remete a alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º, não integra outros serviços do mesmo tipo no universo da contratação excluída. Por outro lado, sobretudo, a conjugação da alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º com a nova exigência de recurso a um procedimento de consulta prévia “sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção do procedimento em causa” (cfr. artigo 27.º-A), consegue mesmo abrir a porta a um entendimento jurisprudencial criativo que considere que a consulta a várias entidades só será inviável no caso de exclusividade técnica ou artística ou de detenção de direitos exclusivos (ou, no limite, no caso de urgência extrema), obrigando as entidades adjudicantes a formular uma concorrência restrita (pelo menos a três entidades) nos casos em que a natureza pessoalíssima do patrocínio judiciário exige que a adjudicação possa ser direta e pessoal e se baseie na *íntima confiança pessoal* que o beneficiário do serviço deposita no seu prestador (cfr. ainda o n.º 1 do artigo 91.º do Estatuto da Ordem dos Advogados).

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

20. Nestes termos, torna-se imprescindível:

- a) Suprimir o n.º 2 do artigo 6.º do Anteprojeto;
- b) Manter a redação que o Anteprojeto atribui à alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º – sem qualquer condicionamento semelhante ao que se prevê no n.º 2 do artigo 6.º do Anteprojeto –, mas prevendo a exclusão da aplicação da Parte II do CCP apenas para a formação de contratos de valor inferior ao limiar previsto na alínea d) do artigo 4.º da Diretiva 2014/24, de modo a assegurar o respeito pelas balizas fixadas nesta Diretiva;
- c) Em alternativa à mera referência a esse limiar europeu – e isto se o legislador estiver genuinamente interessado em promover a concorrência –, fixar um limiar quantitativo bem

mais exigente (menor) do que esse, mas sempre impedindo que as obrigações concorrenciais das entidades adjudicantes fiquem dependentes de um juízo casuístico (primeiro realizado por si próprias e só depois pelo juiz) sobre se consideram “adequado” ou não (!) adotar um procedimento concorrencial;

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

5.2 O alargamento do catálogo de “princípios gerais” da contratação pública (n.º 1 do artigo 1.º-A)

21. O que se acaba de expor permite também entender o grave perigo para a segurança jurídica que inere ao teor proposto para o n.º 1 do novo artigo 1.º-A, ao proceder a um drástico alargamento dos “princípios gerais” que ordenam a formação e a execução dos contratos públicos.

Na avaliação da bondade desta opção legislativa, deve ter-se em mente que o legislador do Código de 2008 (obviamente) não desconhecia o feixe de princípios decorrentes da Constituição, do Direito Internacional e do Direito da União Europeia que vinculam todos os âmbitos da atividade administrativa, aos quais a área específica da contratação pública não pode ser imune.

A opção de reduzir a enumeração de princípios gerais constante do (atual) n.º 4 do artigo 1.º aos “princípios da transparência, da igualdade e da concorrência” foi, todavia, justificada por duas razões não insignificantes. Por um lado, sabendo-se da amplitude daquele feixe de princípios gerais, optou-se por enunciar apenas os princípios “especialmente aplicáveis” à contratação pública, isto é, aqueles que apresentam uma dimensão própria ou particular nesta área da atividade administrativa que os distingue dos demais⁽²⁹⁾. A título de exemplo, ninguém duvidaria de que – como diz o Anteprojeto – os “princípios da legalidade e da prossecução do interesse público” conformam a atividade administrativa independentemente do âmbito em que esta se situe; contudo, não existe no domínio da contratação pública qualquer especificidade que lhes dê um conteúdo particular e que justifique a reprodução dos mesmos vetores já declarados pela Constituição e pelo CPA – sem prejuízo de, curiosamente, o Anteprojeto também remeter para essas fontes gerais.

Mais grave, por outro lado, era a perspetiva que o legislador já adivinhava em 2008 e que a prática judicial veio a confirmar inteiramente: mesmo desprovidos de base normativa expressa no CCP, os referidos sectores jurisprudenciais que se mostravam adeptos da criação de normas legislativas por via judicial não duvidavam em lançar mão dos princípios previstos noutras fontes normativas como pretexto para justificar aquilo que – nem mais nem menos – consiste numa nova legiferação substitutiva da decisão legislativa democrática. Através dessa via, foi possível a algumas correntes jurisprudenciais proceder (na prática) – e apenas a título exemplificativo – a uma alteração dos limiares de recurso ao ajuste direto, a uma reconfiguração das cláusulas de contratação excluída ou a uma reformulação dos requisitos para o recurso à contratação *in house*.

⁽²⁹⁾ Também com este esclarecimento, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 3.ª ed., Coimbra, 2016, pp. 474-475.

Como se comprehende, este fenómeno de legiferação jurisprudencial agravar-se-ia até um patamar imprevisível se o próprio legislador tomasse a iniciativa de alargar o leque de princípios previstos em fontes específicas da contratação pública. Não é difícil antecipar que – no contexto de um Direito Português que assiste a fenómenos de supressão judicial da margem de discricionariedade administrativa sob o pretexto do recurso a princípios gerais como o da “eficiência”, “eficácia” ou “economicidade” – nenhuma entidade adjudicante poderia estar segura acerca de qual o reduto de autonomia pública nos casos de fiscalização judicial de princípios como os da “sustentabilidade” ou da “responsabilidade” (cfr. n.º 1 do artigo 1.º-A do Anteprojeto).

Insista-se: esta advertência não representa qualquer intenção de suposto repúdio à função normativa dos princípios no sistema jurídico. Sucedе, simplesmente, que a adesão teórica a uma via principalista não pode ficar alheada da realidade: em especial, o legislador precisa de adequar as fontes normativas às *características dos seus destinatários* – sobretudo dos seus aplicadores judiciais –, prevenindo fenómenos de litigiosidade ou de aplicação patológica do Direito.

Nesse contexto, o recurso à via principalista tem de ser corretamente enquadrado pelo legislador sempre que se deteta que os aplicadores do Direito se propõem alargar o número de casos concretos resolvidos com base em princípios sem primeiro apreenderem o que significa um *princípio jurídico* e qual a sua função normativa no ordenamento. Desconhece-se que, servindo de critérios de decisão que se destinam a ser ponderados com princípios contrários, pode o legislador, tendo em vista evitar uma situação de insegurança jurídica, encarregar-se, ele próprio, de proceder antecipadamente a essa ponderação, estabelecendo uma *regra jurídica* que determina – de modo definitivo – a solução aplicável a todos os casos que se subsumam na sua previsão. Sempre que a litigiosidade inerente a um dado problema jurídico faz prognosticar que a certeza jurídica pode ser ameaçada no caso de recurso a uma ponderação de princípios jurídicos opostos, o legislador furtua ao aplicador (e ao juiz) a possibilidade de pesagem do conteúdo de cada princípio: o conflito de princípios é *imediata e definitivamente solucionado* através de uma regra que se aplica numa lógica de tudo ou nada – por exemplo, uma regra que fixa um limite quantitativo para a adoção de um procedimento não concorrencial. Recorrendo a uma feliz formulação no plano constitucional, é apropriado afirmar que, nesse caso, e em tese, tal opção legislativa “poderia ser discutível”, “mas, indiscutivelmente, foi a que [o legislador], na altura, [quis] tomar considerando todos os interesses e bens a ponderar”. “Essa foi a vontade do legislador”; “ele ponderou tudo quanto havia a ponderar e decidiu naqueles termos”⁽³⁰⁾. Em tal caso, a desaplicação dessa regra e a aplicação direta de um princípio contrário só poderia ser legitimada no caso de se afirmar a invalidade (por violação da Constituição) ou *ineficácia* (por violação do Direito Europeu e recurso ao efeito direto de uma das suas normas) da regra legal. Pelo contrário, enquanto tal regra for aceite no ordenamento jurídico como válida e eficaz, ela tem de ser obedecida.

Ora, sempre que a prática jurisprudencial permite advertir que este limite à aplicação de princípios jurídicos não é obedecido com facilidade pelos operadores jurídicos – em especial: quando a prática ensina que certos sectores jurisprudenciais não aceitam essa limitação intrínseca à própria natureza dos princípios nem o papel do legislador na fixação de normas-regra –, então a enumeração legal de princípios gerais tem de ser *refreada* – sob pena de frustração dos interesses fundamentais da certeza e da segurança jurídica.

⁽³⁰⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 578-580.

No caso do Direito dos Contratos Públicos, a experiência de criação pretoriana de normas jurídicas substitutivas das normas legais, mesmo sem uma fonte normativa expressa para o efeito, permite prognosticar a ocorrência de efeitos dramáticos no caso de ampliação do leque de “princípios gerais” previstos no Código.

22. Por esse motivo, sugere-se enfaticamente:

- a) A não revogação do n.º 4 do artigo 1.º do CCP, com a manutenção do seu teor atual;
- b) A supressão do n.º 1 do artigo 1.º-A do Anteprojeto;
- c) A modificação da epígrafe do artigo 1.º-A (que deixaria de ter por objeto os “princípios”, podendo designar-se simplesmente “regras gerais”, tendo em conta a heterogeneidade do teor do artigo), no caso de se considerar conveniente manter num artigo autónomo os n.os 2 a 5 desse artigo.

5.3 A ressurreição da antiga distinção entre ajuste direto e consulta prévia: um método falhado de promoção da concorrência (artigos 16.º, 19.º a 21.º, 27.º-A e 112.º e seguintes)

23. Uma das alterações mais impactantes na estrutura normativa fundamental do Código que se veio discutindo ao longo dos últimos anos consistia na **redução dos limiares do valor do contrato** no contexto da **adoção do procedimento de ajuste direto**.

Embora essa temática sempre tenha suscitado divergência na comunidade jurídica, continua a ser opinião dos autores destas linhas a de que o legislador deve adotar a *máxima cautela na permissão para as entidades adjudicantes adotarem procedimentos restritivos da concorrência* na formação dos seus contratos. Como já se escreveu noutro local, sendo certo que “resulta do disposto na alínea f) do artigo 81.º da Constituição” a “«incumbência prioritária do Estado» de «assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas»”, “a adoção de um procedimento concorrencial não se limita a proteger a posição de todos os agentes económicos no mercado: quando a Administração suscita a concorrência no mercado, também pode, pelo menos em princípio, aumentar as probabilidades de obter melhores condições contratuais, já que a competição entre os interessados em contratar pode conduzi-los a oferecer condições cada vez mais atrativas à Administração na esperança de conseguir a adjudicação”⁽³¹⁾.

Assim, sustenta-se a opinião de que a permissão para adotar um procedimento restritivo da concorrência deve ficar, em regra, reservada para montantes económicos mais reduzidos, salvo no caso de especificidades que justifiquem a flexibilização procedural, como aquelas que inerem aos supramencionados contratos de natureza pessoal ou pessoalíssima. Por isso mesmo se julgou excessiva a solução – embora derivasse de uma escolha puramente política, e não jurídica – que,

⁽³¹⁾ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, pp. 262-263.

no texto inicial de 2008, alargou a permissão para a adoção do ajuste direto até limiares até então desconhecidos no nosso país⁽³²⁾). E também por isso se aplaudiu a redução parcial desses limiares através do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho.

Nesse sentido, julgar-se-ia razoável a continuação deste percurso progressivo de promoção da concorrência na formação dos contratos públicos. Essa poderia constituir uma das principais virtualidades que a Revisão do CCP poderia ter trazido ao ordenamento português.

Pelo exposto, compreender-se-á que, chegados a este ponto, se considere verdadeiramente *infeliz* a solução que acabou por obter vencimento no Anteprojeto, a qual, contrariando tais expectativas, recusa a **limitação do recurso ao ajuste direto**, refugiando-se, para o efeito, **num artifício terminológico** através da adoção de um **simulacro de procedimento concorrencial designado por procedimento de “consulta prévia”**.

24. Com efeito, o Anteprojeto ressuscitou a antiga opção da legislação portuguesa quanto à cisão artificial entre distintos procedimentos restritivos da concorrência, separando *i*) o procedimento de *ajuste direto* – agora reservado para os casos de escolha direta de um único operador económico a quem é enviado o convite para a apresentação de proposta, a qual será objeto de adjudicação desde que não padeça de qualquer causa de exclusão – e *ii*) o procedimento de *consulta prévia* – que dispensa igualmente a abertura ao mercado, embora obrigue a entidade adjudicante a efetuar um convite a um mínimo de três operadores económicos, os quais, contudo, são escolhidos *unicamente por si, no contexto de um procedimento fechado ao mercado* (cfr. artigo 16.º, n.º 1, alíneas *a* e *b*), e artigos 112.º e seguintes do Anteprojeto).

Esta bipartição releva, desde logo, para efeitos de escolha do procedimento em função do critério do valor (cfr. alíneas *c* e *d*) do artigo 19.º, alíneas *c* e *d*) do artigo 20.º e alíneas *b* e *c*) do artigo 21.º); e, como acima se disse, releva também no âmbito dos próprios critérios materiais de escolha do procedimento, na sequência da fixação de uma exigência expressa de recurso ao procedimento de consulta prévia, “sempre que seja possível o recurso a mais de uma entidade” (cfr. artigo 27.º-A).

25. Ora, como é conhecido dos operadores jurídicos que laboram na área da contratação pública, nada existe de inovador nesta proposta de bipartição procedural. Trata-se, apenas, de repor uma parte essencial do regime que, ainda na legislação de 1999, disciplinava os procedimentos restritivos da concorrência (não dotados de anúncio). Essa bipartição foi eliminada pelo Código de 2008, que uniu sob o mesmo regime (e sob o mesmo tipo procedural: o ajuste direto) qualquer procedimento que impeça o acesso do mercado ao contrato e que atribua à entidade adjudicante o controlo das entidades que convida.

Naturalmente, essa opção legislativa de 2008 foi fundada em sólidas evidências concernentes ao funcionamento do mercado português e ao comportamento prático de entidades adjudicantes e operadores económicos. A *opção reversiva* do Anteprojeto, por isso mesmo, alheia-se em absoluto da prática real da comunidade jurídica e constitui um retrocesso de quase uma década na linha

⁽³²⁾ Permitindo, por exemplo, em certos casos, a adoção de ajustes diretos para contratos de valor inferior a um milhão de euros – cfr. alínea *a*) do artigo 19.º do texto de 2008.

evolutiva do Direito Administrativo Português – fazendo-o apenas para evitar a deseável *promoção da concorrência que teria resultado da redução dos limiares exigíveis para a adição de concursos públicos*.

26. É claro que a *premissa-chave* desta opção do Anteprojeto é a de que o *aumento do número de entidades convidadas para a apresentação de propostas num ajuste direto será proporcional ao aumento da concorrência*; e a competição formada pelo aumento de participantes no procedimento melhorará as condições contratuais obtidas pela entidade adjudicante.

Tratar-se-á, portanto, de um sucedâneo – embora assumidamente menos ambicioso – daquela que seria a proposta, reclamada pela vasta maioria da comunidade jurídica, de incentivo a uma *verdadeira promoção da concorrência* através da adoção de procedimentos concursais.

Sucede, infelizmente, que aquela crença quanto à suficiência da mera obrigação de convite a três operadores económicos para uma alegada defesa da concorrência de mercado resulta de uma convicção teórica jamais demonstrada, desenvolvida por certos sectores minoritários da comunidade jurídica que não testaram a sua aplicação prática, desconsiderando que os respetivos efeitos benéficos sobre o mercado concorrencial são virtualmente *nulos*, trazendo mesmo associados efeitos perniciosos de estímulo a práticas anticoncorrenciais – *maxime* de conluio entre os operadores económicos convidados para o procedimento *fechado*.

Numa palavra: a evolução do Direito da Contratação Pública e a observação prática do comportamento do mercado ensinam que o *contributo que a obrigação de convidar mais de uma entidade oferece para a promoção da concorrência* é utópico.

27. Deve recordar-se, para este efeito, que, sempre que tenha sido legalmente autorizada a adotar um procedimento não dotado de anúncio, a entidade adjudicante é soberana na *escolha dos destinatários do convite* que formula para a apresentação de propostas (cfr. artigo 112.º e n.º 1 do artigo 113.º do CCP). Mesmo que seja forçada a convidar um número predeterminado de operadores económicos, ela será sempre a *dona do procedimento*, na medida em que a *identidade de cada um dos participantes no procedimento será uma consequência da sua escolha discricionária e não da resposta do mercado concorrencial a um convite generalizado a contratar através de um anúncio*.

Dito de outro modo: ainda que o legislador imponha a obrigação de convidar 5, 10, 20 ou, até mesmo, por absurdo, 50 ou 100 entidades para legitimar o recurso a um procedimento fechado, continuará a ser claro que os outros potenciais interessados não poderão apresentar proposta, por não ter sido formulado um apelo genérico ao mercado através da publicação de um anúncio.

Cada participante só pode pois apresentar proposta por ter sido convidado para o efeito pela entidade adjudicante – o que equivale a dizer que a *escolha dos potenciais adjudicatários depende da vontade da Administração*. Ora, se a obrigação de convidar um número mínimo de operadores seria justificada pelo receio de que a entidade adjudicante adjudicasse a proposta de um prestador predeterminado, bem se compreende que tal obrigação continuará a ser perfeitamente *inútil* para alcançar o fim pretendido pelo legislador. Não existe, de facto, nenhuma garantia de que a identidade do adjudicatário não se encontra já predeterminada quando a Administração recebe o poder de *escolher a identidade dos três operadores económicos que compõem e preenchem o número mínimo*

de participantes no procedimento que o legislador ingenuamente fixou⁽³³⁾.

Qualquer consideração que a este respeito seja expendida quanto aos benefícios que os “princípios” da eficiência, eficácia e economicidade auferem através da criação de uma competição entre uma pluralidade de propostas mostra-se, por isso, juridicamente irrelevante e alheada da realidade – para não ser mesmo apelidada de *ingénua* –: a fixação de um número mínimo de entidades a convidar nada assegura quanto à existência de uma competição real entre propostas distintas.

Tem de concluir-se, pois, que apenas quando a entidade adjudicante seja forçada a publicitar o apelo a contratar **através de anúncio** é que as ideias de concorrência e de eficiência se encontram plenamente concretizadas; só nesse cenário é realístico afirmar que a entidade adjudicante não dispõe de qualquer modo de controlar a identidade dos operadores económicos que participam no procedimento. É que só nesse caso pode o legislador estar certo de que, mesmo na hipótese extrema de tentar fixar as condições contratuais pretendidas com um conjunto de entidades predeterminadas, a entidade adjudicante não consegue obter qualquer garantia de que um outro operador de mercado não venha a apresentar uma proposta que, por conter condições contratuais mais vantajosas, obtenha a final a melhor pontuação à luz do critério de adjudicação e, em consequência, determine a escolha de um cocontratante que a entidade adjudicante não prefere.

Da experiência acumulada pela prática administrativa no domínio da contratação pública resulta, por isso, que a concorrência não é implementada pela imposição formal de um número mínimo de entidades *a convidar*, mas tão-somente pela fixação de limites razoáveis aos valores contratuais até aos quais a adoção de um procedimento concorrencial plenamente aberto ao mercado pode ser dispensada.

28. É por esse motivo que – como sempre sucedeu – as Diretivas Europeias não contêm qualquer regra disciplinadora do número mínimo de entidades a convidar quando seja legítimo adotar um procedimento não concorrencial: o legislador limita-se a determinar um limiar máximo para o valor do contrato a partir do qual a ameaça de lesão à concorrência não se pode compadecer com a escolha do ajuste direto. Quando, pelo contrário, tal limiar não seja alcançado, a ordem jurídica europeia considera *ingénua* a ideia de promover a concorrência através da imposição de um número mínimo de entidades a convidar pela entidade adjudicante. O legislador europeu não formula por isso nenhum juízo crítico quanto à eventual opção pelo convite a uma só entidade.

Foi pois neste contexto – e não seguramente em virtude de qualquer preocupação com a salutar concorrência de mercado – que o Código de 2008 passou a expressar inequivocamente a sua *indiferença e desinteresse* pelo número de operadores que cada entidade adjudicante convide no âmbito de um ajuste direto. Tal como resulta do disposto no artigo 112.º e no n.º 1 do artigo 113.º, sempre que atribuiu à entidade adjudicante o poder de restringir a concorrência, o legislador considerou inútil condicionar adicionadamente a sua liberdade de definição da tramitação do procedimento e a liberdade de escolha do número de operadores a convidar.

⁽³³⁾ Recorde-se a prática, não ignorada, de algumas entidades adjudicantes convidarem empresas cujas propostas já se sabe de antemão serem menos vantajosas do que aquela que é apresentada pelo prospectivo (e assim “previamente designado”) adjudicatário – quantas vezes por indicação deste último... Nem se diga que o legislador não pode disciplinar a ordem social tendo em atenção estes casos patológicos: na atividade de normação, o legislador deve configurar um regime que assegura que os valores materiais por si escolhidos obtêm concretização prática; não é juridicamente avisado nem útil selecionar medidas vinculativas que não são suscetíveis de aplicação real e que podem ser livremente contornadas pelos seus destinatários.

E se a comunidade jurídica considerar conveniente, agora em 2016, uma promoção adicional da competição de mercado através do alargamento do âmbito dos procedimentos concorrenceis previstos no CCP – como é também a opinião dos autores destas linhas –, então a solução reside no alargamento da obrigação de publicação de anúncio – e não na *operação estética* que consiste em *rebatizar* uma parte dos ajustes diretos como “consultas prévias”, mas autorizando em qualquer caso a entidade adjudicante a continuar dispensada da publicação do anúncio e da adoção de um procedimento (verdadeiramente) concorrencial.

29. Em contraste com essa opção, a solução proposta no Anteprojeto acaba, paradoxalmente, *suicidando*, nos próprios termos em que é configurada, a sua fundamentação e justificação teórica. Com efeito, a fixação de um determinado limite quantitativo a partir do qual não é possível convidar *uma única* entidade equivale, apenas e tão-só, à *confissão* de que o legislador não confia inteiramente na liberdade de escolha administrativa e de que precisa de balizar a sua atividade contratual logo que o valor contratual envolvido assume alguma relevância económica. Sublinhe-se bem: longe de se poder afirmar que são as considerações tecidas nas linhas anteriores que escondem uma visão patológica da atividade administrativa, é justamente esta proposta legislativa, no ponto em que *desconfia* da liberdade de escolha das entidades adjudicantes logo a partir de um patamar quantitativo bem inferior àquele previsto no Código de 2008, que confessa não crer na possibilidade de confiar numa escolha racional e imparcial das entidades adjudicantes.

Ora, repita-se claramente, os autores destas linhas não pretendem sequer contestar essa visão patológica: reiteram mesmo a sua convicção quanto à necessidade de promoção da concorrência através da fixação de limiares exigentes para a adoção de procedimentos de concurso. Mas é justamente essa opção que é **recusada pelo Anteprojeto**.

É claro que a fixação de um valor mais ou menos elevado como limiar de limitação da liberdade de escolha da entidade adjudicante constitui uma opção puramente política na qual não cabe aqui entrar. Para ilustrar: embora fosse manifesto o exagero de tal solução, não caberia *ao jurista* contestar a opção *política* extrema que impusesse, por exemplo, a obrigação de adoção de concurso logo a partir do limiar de 5.000 euros. Sem prejuízo dos inconvenientes que derivassem dessa escolha política, nenhuma *incoerência* lhe poderia ser assacada no plano jurídico: se o legislador julga que a liberdade da entidade adjudicante deve ser restringida logo a partir de um patamar tão exigente, então é *coerente* a medida de obrigação de recurso ao mercado concorrencial aberto.

Mas é justamente no plano da *coerência jurídica* – independentemente de qualquer consideração política – que a solução do Anteprojeto fracassa: se o legislador proíbe o recurso ao ajuste direto logo que o contrato tem um valor igual ou superior a 30.000, 20.000 ou 50.000 euros (consoante o caso das empreitadas, dos bens ou serviços ou de outros contratos), isso implica que **considera juridicamente inadmissível** – desde logo à luz das ideias de concorrência, de eficiência e de imparcialidade – **atribuir à entidade adjudicante a livre seleção do operador económico com quem celebrará o contrato**. Ora, se assim é, então a medida agora proposta é inepta e contraditória com o seu próprio propósito: é que o legislador ainda permite, acima desses limiares, que a entidade adjudicante continue a selecionar livremente o leque de operadores económicos que *ela própria* convidará para apresentar proposta. O Anteprojeto ignora, pois, que a única metodologia realista de proteção da concorrência, da eficiência e da imparcialidade, para os efeitos agora tidos em vista, consiste na obrigação de publicação de anúncio – obrigação que, porém, o Anteprojeto não sente pruridos em dispensar –, porque só esta retira à entidade adjudicante o controlo da seleção dos seus cocontratantes.

Em termos simples: o Anteprojeto julga que é *perigoso para a concorrência* permitir à entidade adjudicante escolher livremente o cocontratante a partir de um certo montante económico ainda consideravelmente reduzido; mas recomenda para esses casos a adoção de um procedimento inútil para o mercado e que é incapaz de afastar qualquer potencial *violação da concorrência*.

No fundo, é este o problema dessa opção legislativa: ignora que *nenhuma entidade adjudicante pode ser obrigada por normas jurídicas a adotar um procedimento competitivo, salvo se for forçada a publicar um anúncio*. Ninguém desconhece que muitos decisores públicos tomam a *iniciativa* louvável de aumentar o número de entidades a quem convidam para apresentar proposta, sem que sejam forçados a tanto por normas jurídicas, discernindo os benefícios que essa competição pode produzir para a atratividade das condições contratuais que obterão. Todavia, essa é uma iniciativa que não pode ser *forçada*, porque não é possível *obrigar um decisor contrariado* a abrir um procedimento competitivo através da mera fixação de um número mínimo de operadores a convidar; sem um anúncio que abra o acesso do mercado em geral, não existe qualquer garantia quanto à competitividade do procedimento adotado.

30. Em consequência, a estratégia de proteção da concorrência de mercado só pode ser assegurada através da solução fixada na legislação de 2008: cabe ao legislador proceder à opção política concreta que consiste em determinar **qual deve ser o montante económico a partir do qual se considera perigoso para o funcionamento do mercado concorrencial – bem como para outros valores que o legislador invoque, como os da eficiência e economicidade – manter uma autorização para a escolha direta do cocontratante da entidade adjudicante**; ou, sob a perspetiva oposta, **qual deve ser o montante económico até ao qual se considera que os benefícios emergentes de um contrato não são suficientemente elevados para impedir uma “adjudicação direta”**.

Quando esse montante seja ultrapassado, a solução não pode consistir no aumento do número mínimo de entidades a convidar – porque tal método é inepto para os objetivos que o legislador pretende prosseguir –, mas simplesmente na fixação da **obrigação de adoção de um procedimento com anúncio**.

Em suma: a previsão de um procedimento (designado de consulta prévia) em que as entidades adjudicantes são obrigadas a convidar três operadores económicos – em confronto com o procedimento de ajuste direto em que só é convidado um – não visa realmente aumentar a concorrência; visa sim apenas aumentar o limite de valor até ao qual é possível celebrar o contrato.

31. O mesmo raciocínio se aplica aos **critérios materiais** de escolha do procedimento previstos nos artigos 24.º a 27.º: inspirado pela legislação europeia, o legislador português deve ponderar se aproveita todas ou apenas algumas das habilitações conferidas nas Diretivas para dispensa de um procedimento concorrencial de formação de contratos de montante económico mais elevado. Se achar que pode e deve fazê-lo, então deve atribuir à entidade adjudicante a faculdade de avaliar autonomamente qual o número de operadores económicos a convidar. Mas se, pelo contrário, achar que tal é inconveniente ou até perigoso, então deve vedar a possibilidade de adoção de um procedimento restritivo da concorrência.

Em contraste, seguro é que a solução prevista no artigo 27.º-A – que se mantém num limbo jurídico

e que não se inclina corajosamente por uma ou outra solução – se mostra inútil e insusceptível de vincular eficazmente os seus destinatários⁽³⁴⁾.

32. Pelo exposto, ao pressupor a necessidade de aprovar um regime destinado a proteger a concorrência de mercado e a eficiência e economicidade da atividade contratual da Administração, mas concretizando tal regime através de uma preferência por um procedimento intermédio que se mostra puramente inútil e contraproducente para os objetivos que pretende assegurar, o Anteprojeto viola os princípios da *adequação*, da *razoabilidade* e da *proibição do arbítrio* que vinculam a atividade de todos os poderes constituídos num Estado de Direito e que representam parâmetros diretos de aferição da constitucionalidade da atividade legislativa.

Em suma: com a solução do Anteprojeto voltar-se-á, desgraçadamente, ao tempo dos concorrentes “de favor” (ou concorrentes “fantasma”).

Não se imagina por que essa opção deveria ser preferida àquela outra – bem mais clara e transparente – de reduzir os montantes do valor do contrato a partir do qual a adoção do procedimento concursal é obrigatória, oferecendo, então sim, uma verdadeira segurança na promoção da concorrência de mercado.

33. Em alternativa à distinção, nos termos previstos no Anteprojeto, entre o procedimento de consulta prévia e o procedimento de ajuste direto e, consequentemente, à redação proposta para os artigos 112.º e 114.º, poderia ponderar-se, ao menos, a consagração da hipótese de, apesar de a entidade adjudicante ficar obrigada a convidar um número mínimo de três operadores económicos, autorizar-se sempre o convite a apenas uma única entidade no caso de aquela fundamentar devidamente a conveniência do recurso a esse convite individual. Por outras palavras: eliminando-se aquela artificial distinção entre ajuste direto e consulta prévia, manter-se-ia o procedimento único de ajuste direto, o qual assentaria no convite a um ou a mais operadores económicos, consoante a entidade adjudicante, respetivamente, fosse ou não capaz de cumprir aquele dever agravado de fundamentação.

Em todo o caso, insista-se que esta não é, em nosso entender, a solução mais consentânea com o desejado objetivo de promoção da concorrência, o qual, como já se disse, só poderia resultar da fixação de limiares mais exigentes (mais baixos) para a adoção de procedimentos verdadeiramente concorrenenciais.

34. Em consequência, sugere-se:

- a) A reversão da redação das alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 16.º do Código para a sua redação original, suprimindo a bipartição artificial entre “ajuste direto” e “consulta prévia”;
- b) A recuperação da redação da alínea a) do artigo 19.º, da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º e da alínea a) do artigo 21.º do Código, com inversão da ordem pela qual essas alíneas surgem

⁽³⁴⁾ Para evitar interpretações jurisprudenciais fundamentalistas nesta matéria, seria conveniente esclarecer que a remissão que este artigo 27.º-A faz para os “*artigos anteriores*” abrange apenas os artigos 24.º a 27.º e não, obviamente, os artigos 19.º a 21.º na parte em que estes se referem ao procedimento de ajuste direto.

situadas nos respetivos artigos (como sugerido agora no Anteprojeto), mas assegurando, pelo menos, que se não procede à bipartição que o Anteprojeto agora formula entre as alíneas *c*) e *d*) dos artigos 19.^º e 20.^º e entre as alíneas *b*) e *c*) do artigo 21.^º;

c) A fixação de limites quantitativos exigentes, nos artigos 19.^º a 21.^º, para a publicação de anúncio – determinados por uma opção política, e não jurídica, que não cabe aqui definir –, mas que obedeçam ao critério que consiste em identificar o montante a partir do qual não deve ficar dependente da entidade adjudicante a escolha das entidades que convida para os procedimentos que adota;

d) A supressão do artigo 27.^º-A;

e) A recuperação da atual redação do artigo 112.^º e do n.^º 1 do artigo 114.^º do Código;

f) Em alternativa (embora não desejável) ao referido na alínea *e*), a consagração da permissão para a entidade adjudicante convidar um único operador económico no caso de fundamentar devidamente a conveniência desse convite individual, mantendo assim apenas um procedimento unificado de ajuste direto.

5.4 O método de cálculo do valor do contrato (artigos 17.^º e 18.^º)

35. Uma das principais divergências suscitadas nos últimos anos consistiu na querela entre a manutenção do método inovador de cálculo do valor do contrato introduzido pelo CCP em 2008 ou, pelo contrário, o retrocesso à solução que se mantivera na legislação anterior a essa data.

Deve recordar-se, com efeito, que, se o anterior regime de contratação pública assentava num pressuposto fundamental – o de que, em regra, o tipo de procedimento a adotar deveria ser selecionado de acordo com o *valor estimado atribuído ao contrato*⁽³⁵⁾ –, isso obrigava a aceitar que, tratando-se de uma mera *estimativa*, tal cálculo poderia ser mais ou menos certeiro e aproximar-se mais ou menos do *valor final do contrato*: por um lado, o mercado poderia não responder nos termos em que a entidade adjudicante supunha que responderia, apresentando propostas de valor substancialmente diverso daquele que o decisor administrativo havia estimado; por outro lado, mesmo que seja relativamente certeira, uma estimativa consiste, pela sua própria natureza, numa “determinação aproximada de um número, valor, quantidade ou dimensão”⁽³⁶⁾, pelo que nunca (ou raramente) pode coincidir com *total exatidão* com a realidade.

Por esses dois motivos, seria bem possível que o valor estimado do contrato conduisse a entidade adjudicante a selecionar um procedimento restritivo da concorrência e que subsequentemente se verificasse que o *preço real* constante das propostas apresentadas fosse superior ao montante que a lei indicava como limite para a adjudicação em razão do procedimento escolhido. E, em tal cenário, era claro que uma proposta cujo preço excedesse o limite indicado pela lei em função do

⁽³⁵⁾ Cfr., entre outros, os artigos 23.^º, 24.^º, 80.^º e 81.^º do Decreto-Lei n.^º 197/99, de 8 de Junho, e o n.^º 1 do artigo 48.^º do Decreto-Lei n.^º 59/99, de 2 de Março.

⁽³⁶⁾ Cfr. *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea* da ACADEMIA DE CIÊNCIAS DE LISBOA, Verbo, Lisboa, 2001, I, p. 1580.

procedimento selecionado teria de ser excluída – independentemente de qual tenha sido a estimativa que a entidade adjudicante realizasse.

Mas isso só pode significar que era **totalmente falsa** a asserção fundante da legislação anterior: a de que a “escolha do tipo de procedimento a seguir deve fazer-se *atendendo ao valor estimado do contrato*”. E isto porque, independentemente de qual seja o “valor estimado do contrato”, é **seguro que é o tipo de procedimento escolhido que limita a liberdade de adjudicação da entidade adjudicante, e não o inverso**.

Isto é, o pressuposto fundamental do regime anterior constituía uma pura *inversão lógica*, já que **não é o valor estimado do contrato que condiciona a escolha do procedimento**; antes, é a **livre escolha do procedimento que tem a consequência de condicionar o valor do contrato**.

Foi este o novo paradigma aprovado pelo n.º 1 do artigo 17.º e pelo artigo 18.º do Código de 2008.

36. Obviamente, ao corrigir o equívoco da legislação anterior, o Código não ignorou que a entidade adjudicante não pode, em termos lógicos, deixar de realizar uma estimativa quanto ao montante do benefício económico que supõe advir para o futuro adjudicatário com a execução do contrato, já que, de outro modo, seria impossível proceder sequer à decisão inicial de escolha do procedimento. Mas, simplesmente, não caberia ao legislador determinar – ou sequer sugerir! – o modo de realização dessa estimativa, já que, independentemente de quão certeira ela seja, é **o valor real do contrato que é finalmente condicionado pela escolha do procedimento, e não o inverso**; as propostas serão excluídas ou admitidas consoante ultrapassem ou se contenham no limite fixado pela escolha do procedimento, **seja qual for a estimativa previamente realizada pela entidade adjudicante**.

Sob outra perspetiva: **qualquer estimativa que a entidade adjudicante realize quanto ao valor do contrato não tem qualquer relevância jurídica real, constituindo apenas um instrumento auxiliar na decisão de escolha do procedimento** a adotar.

Daí resulta também que – salvo no caso de procedimentos escolhidos por critérios materiais –, quando a entidade adjudicante celebre um contrato de valor superior ao limite quantitativo que resulta do procedimento que escolheu, a ilegalidade não deve, em rigor, ser assacada ao próprio ato de escolha desse procedimento, mas sim ao ato de adjudicação de uma proposta cujo preço é incompatível com o limite fixado para tal procedimento.

37. Ora, crê-se que terá sido bem meritório o facto de o Anteprojeto ter aceitado manter o paradigma do Código de 2008, recusando, ao que parece, eventuais sugestões que preferiam um retrocesso legislativo nesta matéria.

Todavia, também neste ponto se manifesta a circunstância de o Anteprojeto sofrer a influência de visões radicalmente opostas sobre matérias estruturantes da contratação pública, tornando virtualmente impossível a fabricação de um articulado homogéneo e originando o acolhimento de soluções contraditórias num só texto normativo.

Neste caso, o problema da incongruência interna do Anteprojeto salta à vista por este fenómeno

bipolar: sendo certo que aceitou do Código de 2008 a lição de que é a escolha do procedimento que condiciona o valor do contrato a celebrar, e não o valor (estimado) do contrato que determina a escolha do procedimento a adotar (cfr. artigo 18.º), fixa, *em simultâneo*, contudo, regras vinculativas que determinam o modo de realização da estimativa da entidade adjudicante, como se essa estimativa pudesse ser afinal, de algum modo, jurídica e vinculativamente condicionada pelo legislador.

É claro que se entende bem a intenção de meramente auxiliar as entidades adjudicantes no seu esforço de realização de uma estimativa adequada do valor do contrato. Todavia, o problema dessa solução consiste na circunstância de desperceber que a lógica subjacente ao artigo 18.º é *teoricamente incompatível* com a fixação de *regras vinculativas que limitem a metodologia livremente escolhida* pelas entidades adjudicantes para o cálculo das suas próprias estimativas.

38. Esse lapso técnico é bem evidenciado pela redação escolhida para o n.º 7 do artigo 17.º do Anteprojeto, que adverte que “o valor do contrato **não pode ser fracionado** com o intuito de excluir” o cumprimento de formalidades legais obrigatórias. Sucedeu que essa redação encerra uma contradição lógica em si mesma, visto que, se o legislador admite que o valor do contrato é uma *consequência* (e não a causa) da escolha do procedimento adotado (cfr. n.º 1 do artigo 17.º e artigo 18.º), então tal valor é o produto de uma determinação legal, e não o produto de uma estimativa da entidade adjudicante. Dito de outro modo, se o valor do contrato corresponde ao montante fixado pelo legislador como consequência do tipo de procedimento que a entidade adjudicante tiver adotado (v.g., € 150.000, € 30.000, € 75.000, € 20.000...), então não é possível afirmar que a entidade adjudicante fica *proibida* de proceder ao seu fracionamento, visto que o valor do contrato não consiste numa realidade que ela determine ou sobre a qual tenha poder de influência. A sua margem decisória esgota-se no tipo de procedimento adotado; uma vez feita essa escolha, o valor do contrato será o produto de uma estatuição legal sobre a qual a entidade adjudicante não tem o poder de aceitar ou afastar e que não pode por esta ser fracionado.

De resto, nem se comprehende a utilidade adicional que este novo n.º 7 do artigo 17.º poderia acrescentar à solução já assegurada pelo artigo 22.º do atual CCP.

39. Acrescente-se, pelas mesmas razões, que a redação dos n.os 3, 4, 5 e 6 deste artigo 17.º, ao vincular a entidade adjudicante a um determinado método de cálculo do valor do contrato (redação aliás flutuante: “*o valor a tomar em consideração*”; “*na definição do valor*”; “*o valor*”), é igualmente contraditória com a noção de valor do contrato apresentada nos dois primeiros números deste artigo. Se, insista-se, a entidade adjudicante, assume a responsabilidade da escolha do procedimento que pretende adotar – sendo o valor do contrato uma mera consequência dessa escolha – **não pode a lei estabelecer regras que afinal afetam essa consequência e não aquela escolha**.

De resto, em especial o n.º 6 deste artigo 17.º apresenta uma redação tão críptica que torna o seu sentido ininteligível.

40. A mesma ambivalência do Anteprojeto acaba por refletir-se na oscilação da terminologia usada ao longo do texto sempre que se pretende proceder a uma remissão para o conceito de valor do contrato: nota-se a hesitação entre *i)* a referência a “limites de valor” para efeitos de balizamento do preço base, numa solução compatível com a ideia de condicionamento do valor do contrato presente no n.º 1 do artigo 17.º e no artigo 18.º (cfr. n.º 4 do artigo 47.º); *ii)* a referência ao “valor do

contrato de concessão” (cfr. artigo 410.º-A); ou, *iii)* pelo contrário, a referência a “valor estimado do contrato”, a propósito da limitação do concurso público urgente (cfr. alínea *a*) do artigo 155.º), onde, aqui sim, se prevê já o recurso a uma estimativa de valor para limitação do recurso a um dado (sub) tipo de procedimento, o que é totalmente incompatível com o disposto no artigo 18.º e – sobretudo – põe a nu que o problema agora descrito não se resume a uma mera dificuldade de redação, antes pretendendo produzir efeitos substanciais sobre a decisão de escolha de um procedimento de contratação pública. Numa palavra: põe a nu que **o mesmo Anteprojeto legislativo adere em simultâneo a dois métodos de determinação do valor do contrato tecnicamente incongruentes e inconciliáveis entre si.**

41. Um problema similar surge, ainda, a respeito do contrato de concessão, no **n.º 4 do artigo 31.º do Anteprojeto**. A única redação que coerentemente poderia ser adotada sem contrariar o disposto no artigo 18.º seria a seguinte:

“A adoção do[s] procedimento[s] [de consulta prévia ou⁽³⁷⁾] de ajuste direto só permite a celebração de contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos de valor inferior a 75.000 euros”.

Nesse mesmo preceito, é tecnicamente incompreensível a formulação de uma limitação da escolha dos procedimentos em função do prazo de vigência do contrato. Sendo razoáveis os motivos substantivos que residem a esta sugestão, o problema técnico-jurídico consiste no facto de a limitação relativa ao prazo nunca pode ser *condicionante da escolha do tipo de procedimento* (isto é, uma *causa* dessa escolha). Pelo contrário, tal como sucede com o valor do contrato, também o prazo de vigência do contrato pode, ele sim, ser limitado em consequência (efeito) da escolha do procedimento.

Assim, esta trata-se de uma regra que só pode ser incluída, se for esta a opção escolhida, na Parte III do CCP, concretamente originando um **novo número para o artigo 410.º**:

“Quando o contrato seja celebrado na sequência do procedimento [de consulta prévia ou] de ajuste direto, nos termos previstos no n.º 4 do artigo 32.º, o prazo da concessão não pode ser superior a um ano”.

42. Vale a pena esclarecer, adicionalmente, por que motivo, entre os dois paradigmas que convivem ao longo do articulado, o legislador deve escolher aquele que decorre das disposições centrais constantes do n.º 1 do artigo 17.º e do artigo 18.º, e não das disposições marginais constantes do n.º 7 do artigo 17.º, do n.º 4 do artigo 31.º e da alínea *a*) do artigo 155.º, na redação

⁽³⁷⁾ A referência ao procedimento de consulta prévia ficaria dependente da solução a adotar quanto à censurável duplicação artificial de procedimentos não concorrentes a que se refere o § 5.3 (v. supra).

do Anteprojeto, sendo a estas que cabe recuar ou ser objeto de supressão.

Essa conclusão pode ser apreendida de forma mais cabal se se tiver presente qual a *consequência adicional* que o método de cálculo do valor do contrato pode produzir sobre a própria *promoção ou defraudação da concorrência de mercado*.

É bem sabido que o método de cálculo do valor do contrato tradicionalmente utilizado na generalidade dos sistemas europeus – e que se encontrava totalmente enraizado na prática administrativa portuguesa até 2008 – consistia na determinação *da despesa ou do custo* que a entidade adjudicante deve suportar com a execução contratual, consiste normalmente no preço a pagar ao seu cocontratante.

De acordo com esta perspetiva, o valor do contrato corresponde ao valor estimado de **apenas uma** das prestações integradas no objeto do contrato: o preço que a entidade adjudicante prevê que pagará ao adjudicatário.

Ora, a solução legislativa de 2008 – que, felizmente, se mantém no n.º 1 do artigo 17.º e no artigo 18.º – implicou a eliminação desse método tradicional de cálculo do valor do contrato, o qual a experiência mostrou ser, pela sua própria natureza, incongruente e inapto a limitar a entidade adjudicante na escolha do procedimento a adotar. Com efeito, se o propósito que conduz ao cálculo do valor do contrato não é outro que determinar se o montante do benefício económico que pode resultar da execução contratual é ou não suficientemente vultuoso ou relevante para suscitar o interesse do mercado – já que se parte do princípio de que, quanto maior for esse interesse, mais aberto ou concorrencial deve ser o procedimento a adotar –, então tal operação seria perfeitamente artificial se a entidade adjudicante pudesse não contabilizar *todos* os benefícios económicos que o adjudicatário pode retirar da execução do contrato – independentemente de resultarem do pagamento de um preço contratual ou de prestações indiretas e, sobretudo, de terem como fonte a própria entidade adjudicante ou terceiros.

Quando pretende averiguar se um contrato é suficientemente atrativo para justificar a apresentação de uma proposta, cada operador económico procede à análise dos benefícios que resultam da sua execução, para o que, evidentemente, tem de contabilizar qualquer montante pecuniário ou qualquer outro benefício patrimonial recebido como contrapartida pela execução contratual, independentemente de quem seja o responsável pelo seu pagamento ou do modo como concreto este seja realizado.

Por isso, o n.º 1 do artigo 17.º do Código obrigou o cálculo do valor do contrato a assentar no **montante do valor patrimonial que entra na esfera jurídica do futuro adjudicatário**, e não no **montante do valor patrimonial que sai da esfera jurídica da entidade adjudicante**.

Evidentemente, não seria irrelevante saber qual a despesa que a entidade adjudicante deve suportar: esse cálculo é necessário para a fixação do preço base, nos termos previstos no artigo 47.º. Mas a *escolha do procedimento*, dependente do disposto no artigo 17.º, tem de ser baseada no grau de atratividade que o contrato assume para os potenciais cocontratantes, independentemente da despesa concreta que produz para a entidade adjudicante.

Compreende-se, então, que seria dramática para a concorrência de mercado a hipótese de o CCP passar a dispensar a entidade adjudicante de levar em conta quaisquer métodos indiretos de atribuição de vantagens económicas ao cocontratante para efeitos de escolha do procedimento. Não se entenderia que o mesmo articulado que noutro passo se mostra tão preocupado com o

alcance da contratação excluída revelasse aqui uma estranha passividade para com a perspetiva de a entidade adjudicante defraudar as regras imperativas de contratação pública através da criação de mecanismos indiretos de atribuição de contrapartidas para o adjudicatário.

Existem pois boas razões para a preservação do regime fixado no n.º 1 do artigo 17.º e no artigo 18.º, devendo ser as disposições do Anteprojeto contrárias às primeiras que devem ceder e ser objeto de supressão. E tal supressão, reitere-se, é tecnicamente incontornável, sob pena de se manter o lamentável cenário de formulação de um texto normativo que acolhe simultaneamente dois métodos de determinação do valor do contrato tecnicamente incongruentes e inconciliáveis entre si.

43. Pelo exposto, sugere-se:

- a) A supressão do n.º 7 do artigo 17.º;
- b) A modificação da redação proposta para o n.º 4 do artigo 31.º, segundo o teor acima sugerido, com transferência de parte desse preceito para um novo número do artigo 410.º;
- c) A supressão da referência ao “valor estimado do contrato” presente na alínea a) do artigo 155.º do Anteprojeto.

5.5 O regime aplicável aos contratos mistos (artigo 32.º)

44. Uma outra solução que produz graves efeitos nocivos sobre o controlo da atividade contratual das entidades adjudicantes consiste em nova reversão verificada no artigo 32.º do Código, através da recuperação da parte essencial da opção da legislação de 1999 quanto ao critério de escolha do procedimento para a formação de contratos mistos.

Deve recordar-se que esse critério tradicional consistia na aplicação do “regime previsto para a componente de maior expressão financeira” do contrato (cfr. n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março). Isto é, quando o contrato incluisse prestações típicas de aquisição de bens ou serviços e prestações típicas de empreitada, a entidade adjudicante deveria averiguar quais dessas prestações assumiriam maior expressão financeira no contrato e, daí, aplicar o regime que fosse previsto para o tipo de contrato correspondente a essas prestações.

Não se desconhece que tal solução tradicional mantinha inteira adesão ao método também sufragado pelo legislador europeu. Sucedeu, contudo, que essa solução representava uma pura *ingenuidade legislativa*: pode até afirmar-se que, com tal solução, o legislador havia institucionalizado um verdadeiro *convite à fraude às regras da contratação pública*.

É que ninguém desconhece que a diferença entre os limiares aplicáveis à escolha dos procedimentos para cada tipo de contrato tem sido sempre muito avultada: basta recordar o abismo entre os limiares previstos nas alíneas a) e b) ou c) do n.º 3 do artigo 474.º do Anteprojeto, sendo o primeiro limiar superior em mais de **38 vezes** ao segundo limiar e em **25 vezes** ao terceiro limiar! Qualquer operador jurídico com um mínimo de experiência prática em matéria de contratação pública está, por isso, consciente de que uma tal disparidade de valores permitiria – como se sabe que frequentemente permitiu no passado – que a

entidade adjudicante recorresse ao critério da “componente de maior expressão financeira” para *i) alegar*, primeiro, que as prestações do contrato que assumem uma “maior expressão financeira” correspondem a prestações típicas de empreitada – pelo que os limiares de escolha dos procedimentos aplicáveis ao caso seriam os limiares (muito) mais permissivos previstos no artigo 19.º, e não os limiares mais exigentes previstos no artigo 20.º –; e, *ii) logo* que tal demonstração estivesse feita, incluir no contrato quaisquer prestações típicas de contratos de locação ou aquisição de bens ou de aquisição de serviços, alegando a grave “inconveniência” da sua cisão (cfr. n.º 1 do artigo 32.º), as quais deveriam desencadear a aplicação dos limiares mais exigentes previstos no artigo 20.º, mas que, por aplicação do critério da “componente de maior expressão financeira”, poderiam afinal beneficiar dos limiares previstos no artigo 19.º sempre que o seu peso financeiro no contrato fosse inferior a 50%.

45. Ilustrativamente, isso implicaria que, à partida, o recurso a esse procedimento para formar um contrato de aquisição de bens ou serviços apenas permitiria a celebração de contratos de valor inferior a 135.000 ou 209.000 euros, consoante o caso da entidade adjudicante (cfr. alíneas *b*) e *c*) do n.º 3 do artigo 474.º). Mas, com o recurso a um contrato misto, este procedimento restritivo da concorrência *permitiria afinal a aquisição de prestações no valor de 2.612.499,99 euros (!!):* para tanto bastaria que essas prestações fossem incorporadas num contrato misto em que as prestações típicas de empreitada fossem iguais ou superiores a 2.612.500,01 euros. É que, a partir desse momento, a entidade adjudicante poderia alegar que a maioria das prestações do contrato corresponderia a prestações típicas do contrato de empreitada – pelo que o limiar aplicável seria de 5.225.000 euros, e não 135.000 ou 209.000 euros!

Como é bom de ver, o método tradicional de determinação do procedimento a adotar na formação de contratos mistos constituiu uma assombrosa ingenuidade normativa, tendo, de acordo com a experiência adquirida nos anos anteriores a 2008, legitimado a adoção de incontáveis procedimentos restritivos da concorrência em manifesta fraude à lei.

46. Ora, não pode deixar de considerar-se curioso que um Anteprojeto que mostra um evidente desequilíbrio no tratamento da contratação excluída e no apelo descuidado a “princípios gerais da contratação pública” suponha, porém, não existirem inconvenientes no recurso ao critério do “objeto principal” do contrato, do “valor estimado do contrato” ou das “suas prestações essenciais” – substituindo a solução do Código de 2008 que, inutilizando o efeito prático de qualquer expediente de fraude à lei, determinou que a escolha do procedimento em função do valor do contrato obedece *sempre* aos limites (mais exigentes) previstos no artigo 20.º, e não no artigo 19.º – e isto independentemente de qual seja a “expressão financeira” de cada uma dessas prestações típicas (alínea *a*) do n.º 2 do artigo 32.º)⁽³⁸⁾.

47. Pelo exposto, sugere-se **recuperar a redação adotada nos n.os 2 e seguintes do artigo 32.º do Código**, suprimindo as propostas de alteração formuladas no Anteprojeto.

⁽³⁸⁾ Um aspecto paradoxal do regime estabelecido pelo artigo 32.º consiste na circunstância de, quando o contrato misto é composto por prestações de um tipo de contrato abrangido pela Parte II do CCP e por prestações de um outro tipo de contrato por ela não abrangido, o n.º 4 desse artigo aceita já o critério do texto de 2008 e manda aplicar o regime mais exigente a todo o contrato, isto é, “aplica-se a todo o contrato o regime correspondente da Parte II”. Não se imagina por que a mesma solução já oriunda de 2008 não é extensível às situações mais comuns que são reguladas no n.º 2 do artigo.

5.6 O suprimento de “irregularidades formais não essenciais” e “sanáveis” (artigo 72.º, n.º 3 e 4)

48. Uma das alterações do Anteprojeto que pode produzir efeitos mais nocivos na estabilidade do Direito dos Contratos Públicos reside no n.º 3 do seu artigo 72.º, o qual, a ser aprovado, atribuiria ao júri o dever de conferir aos concorrentes a oportunidade de “*suprir irregularidades formais*” da proposta que se mostrem “*não essenciais*” e “*suscetíveis de sanação*”.

Tem de ser sublinhado o impacto *dramático* que uma tal solução implicaria sobre a segurança jurídica e sobre o aumento da litigiosidade nos procedimentos de contratação pública. Julga-se, de resto, que esta constitui uma das melhores demonstrações de que as boas intenções teóricas são frequentemente desacompanhadas de uma noção do funcionamento real do mercado, desconhecendo as lições práticas extraídas da aplicação da legislação de contratação pública anterior a 2008.

Com efeito, comprehende-se bem que a inspiração para esta solução legislativa resulte da *teoria das formalidades não essenciais*, cujo lastro se encontra bem sedimentado na doutrina e na jurisprudência. Tão-pouco se desconhece que, *em abstrato*, a permissão para a sanação de irregularidades formais pode ser bem estribada na ideia de primazia da materialidade subjacente, tendo em vista o aproveitamento de atos, contratos ou propostas negociais que são suscetíveis de satisfazer os interesses materiais que subjazem a um determinado procedimento, quando os vícios formais de que padeçam não atentem contra valores fundamentais do Direito.

Sucede que, como a generalidade dos operadores jurídicos que atuam neste setor da atividade administrativa estará consciente com base na sua experiência profissional, essa teoria *não é operativa nesses termos no Direito da Contratação Pública*. Trata-se, com efeito, de um setor dependente de procedimentos formalizados de tipo burocrático – nos quais, sublinhe-se, as formalidades burocráticas não são vazias nem gratuitas, antes se destinando a assegurar uma *rigorosa igualdade de tratamento* entre todos os operadores de mercado. Esclareça-se: esse *formalismo*, que se reconhece dever ser desincentivado pelo legislador noutras áreas do Direito, produz aqui, em contraste, o efeito meritório de retirar à entidade adjudicante (ao órgão que decide contratar e ao júri) boa parte da capacidade de influir sobre o resultado do procedimento, procurando que a escolha da proposta adjudicada resulte da aplicação de regras predeterminadas na lei e nas peças do procedimento e não de preferências parciais do decisor administrativo.

Ora, a segurança e a estabilidade de tais procedimentos formalizados dependem estritamente da predeterminação rigorosa dos dois principais conjuntos de decisões a cargo da entidade adjudicante que mais influenciam o resultado do procedimento: *i) as decisões relativas à exclusão de propostas e ii) as decisões relativas à avaliação das propostas* não excluídas para adjudicação de uma delas. É por isso que se afirma que, ao contrário do que sucede noutros âmbitos do ordenamento, o reconhecimento de uma maior *margem de apreciação* da entidade adjudicante para decisão de aspectos inseguros ou não predeterminados nas peças é aqui encarado como *indesejável*: com efeito, a experiência indica que a responsabilidade na tomada de decisões que determinam o destino das propostas no momento em que já é conhecida a identidade dos seus autores – isto é: no momento em que a entidade adjudicante já sabe quais são os operadores do mercado beneficiados ou prejudicados por cada decisão que aprove – é indutora de uma inevitável *carga de suspeição* que a entidade adjudicante deve a todo o custo evitar.

49. Mas é justamente essa carga de suspeição que emerge de uma *cláusula de suprimento de causas de exclusão* como aquela que se propõe para o novo n.º 3 do artigo 72.º. O problema, repita-se, não se coloca teoricamente; antes, ele é conhecido por todos os profissionais do sector que recordam a experiência formada durante os (muitos) anos de aplicação da legislação anterior ao Código de 2008.

Esta legislação, no que concerne ao regime das causas de exclusão de propostas, assentava *numa dupla permissão* atribuída à entidade adjudicante *i)* para a admissão condicional de concorrentes cujos documentos padecessem de certos e específicos vícios formais e *ii)* para a não exclusão de propostas cujos vícios relativos ao seu modo de apresentação fossem considerados como não “essenciais” (cfr. n.º 4 do artigo 101.º e alínea *c*) do n.º 3 do artigo 104.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, respetivamente). Tal como os operadores jurídicos que então laboravam na prática da contratação pública recordarão, esta constituía uma das principais causas de litigiosidade que adiava o decurso dos procedimentos e que obstaculizava a rápida celebração dos contratos: no contexto de um ato público, e salvo em situações em que fosse excepcionalmente manifesta a “essencialidade” do vício formal, nunca a entidade adjudicante poderia estar segura acerca do desfecho do procedimento em que fosse suscitada uma dúvida quanto ao tipo de formalidade violada por um concorrente. E isto porque a incerteza quanto ao juízo – necessariamente subjetivo – que o Tribunal viria a formular no ulterior litígio judicial impedia a entidade adjudicante de adivinhar qual seria a solução mais segura que evitaria a prolação de uma sentença que declarasse a ilegalidade da decisão tomada no ato público: a entidade adjudicante sabia que, independentemente de qual fosse o seu sentido decisório, quase sempre o concorrente prejudicado aproveitaria a margem de incerteza judicial para impugnar o ato administrativo e atrasar o avanço do procedimento; e sabia também que o desfecho do processo judicial seria igualmente indecifrável.

Honestamente, os autores das presentes linhas não se recordam de qualquer outro fundamento em procedimentos de contratação pública que houvesse dado causa a tantos litígios e que houvesse produzido tantos prejuízos decorrentes de atrasos na celebração de contratos, de suspensões do decurso dos procedimentos pré-contratuais e de anulações administrativas ou judiciais de atos de exclusão (ou não exclusão) de concorrentes ou propostas ou dos próprios contratos já celebrados.

50. É justamente a ressurreição desse indesejável cenário de caos procedural que é trazida pelo n.º 3 do artigo 72.º, na redação agora proposta. As (inquestionáveis) boas intenções do Anteprojeto não podem fazer esquecer o facto de tal solução contrariar todas as boas lições ensinadas pela experiência administrativa portuguesa, testemunhando mesmo o seu desconhecimento de que o formalismo – seguramente não vazio nem inútil – das regras de formação de contratos públicos é justificado por razões materiais fundantes para o nosso ordenamento.

Aliás, é especialmente realçável que o efeito conjugado dos novos n.ºs 3 e 4 do artigo 72.º consegue incrementar aquele potencial de litigiosidade até patamares imprevisíveis e que não encontram sequer precedente na legislação de 1999: ninguém desconhece que a jurisprudência administrativa vem reconhecendo (e bem) que as entidades adjudicantes podem admitir a *retificação de lapsos de escrita* e de *erros materiais ou de cálculo* que sejam manifestos e imediatamente perceptíveis à luz do teor da proposta ou do seu contexto declarativo; e, para tal reconhecimento, os Tribunais não carecem de qualquer habilitação específica da legislação administrativa, visto que ninguém discutirá que a cláusula geral presente no artigo 249.º do Código Civil (de resto, amplificada pelo artigo 295.º

do mesmo Código) é de aplicação transversal a todo o ordenamento⁽³⁹⁾.

Porém, a redação agora escolhida para o n.º 4 é clara ao apontar a retificação de erros materiais ou de cálculo como *apenas uma das hipóteses* de irregularidades formais suscetíveis de suprimento nos termos do n.º 3. Com isso, revela que o legislador atribui às entidades adjudicantes o poder-dever de autorizar suprimentos de vícios formais muito mais amplos do que estes, os quais, por isso, se não reduzem apenas a retificações de lapsos de escrita ou de cálculo.

Confirma-se, pois, o potencial nocivo de incremento da litigiosidade judicial trazido por esta proposta de alteração legislativa, a qual se sugere que seja prontamente abandonada.

51. Diga-se, aliás, que se não entenderia o sentido de uma eventual estratégia do legislador português que, tendo recentemente reformado a lei processual administrativa para aumentar a rapidez e a eficácia dos processos de contencioso pré-contratual (que, por isso, assumem uma natureza urgente), tendo em vista responder aos desafios europeus constantes das chamadas *Diretivas Recursos*, viesse concomitantemente restabelecer aquela que, por anos, constituiu a principal causa de litigiosidade em procedimentos de contratação pública em Portugal.

Menos ainda se entenderia essa estratégia legislativa no contexto *interno* do próprio Anteprojeto: se, como acima se viu, o articulado prefere alargar a causa de exclusão prevista na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 70.º, de modo a dissipar as dúvidas que até agora se suscitavam sobre o destino de propostas que omitissem termos ou condições obrigatórios, ainda que não omitissem quaisquer atributos, por se ter considerado (e bem!) que a ambiguidade legislativa na fixação desta fronteira de exclusão de propostas era insustentável para a segurança jurídica, não se imagina como poderia o Anteprojeto conviver com uma nova fonte de incerteza quanto à fronteira de exclusão de propostas que produziria efeitos incomparavelmente mais perniciosos para o valor da estabilidade procedural.

52. Pelo exposto, sugere-se vivamente **suprimir o n.º 3 do artigo 72.º do Código**, agora proposto pelo Anteprojeto, carecendo-se ainda de uma **ponderação sobre a utilidade do aditamento proposto com o novo n.º 4 do mesmo artigo**, tendo em conta a suficiência que o artigo 249.º do Código Civil tem revelado para servir de base ao trabalho jurisprudencial.

5.7 O critério de adjudicação e fatores densificadores (artigos 74.º e 75.º)

53. Toda a alteração projetada para o artigo 74.º procura ser uma fiel transposição do disposto no

⁽³⁹⁾ Sobre a aplicação deste regime aos procedimentos de contratação pública, que é pacífica na jurisprudência e que não tem suscitado qualquer problema que justifique a intervenção do legislador, cfr., mesmo já antes do CCP, o Acórdão do STA de 28-05-2003 (Processo 0132/03); depois, também quanto à identificação de lapsos ostensivos ou imediatamente revelados por aplicação do regime geral do Direito Civil ao Direito Administrativo, mesmo fora do domínio da contratação pública, cfr. o Acórdão do STA de 26-06-2014 (Processo 0586/14). Recorde-se já, esclarecendo a existência deste princípio geral de retificação de lapsos ao domínio específico da contratação pública – enquanto verdadeiro dever que a entidade adjudicante tem de respeitar e relativamente ao qual não dispõe de qualquer margem de escolha –, PAULO OTERO, “Intangibilidade das Propostas em Concurso Público e Erro de Facto na Formação da Vontade: a Omissão de Elementos Não Variáveis na Formulação de uma Proposta”, in *O Direito*, Ano 131, I-II, 1999, pp. 92-93.

artigo 67.º da Diretiva n.º 2014/24⁽⁴⁰⁾). O problema reside, porém, nos erros de transposição, fruto, em boa parte – é de reconhecer – das próprias dificuldades e incongruências daquele artigo 67.º.

Importa começar por compreender o equívoco associado ao equivocado *sound bite* que é frequentemente divulgado nesta matéria: o de que, com a Diretiva 2014/24, o critério do mais baixo preço teria desaparecido ou, pelo menos, ficado de algum modo menosprezado. Tal premissa, de todo, não é verdadeira⁽⁴¹⁾. Isso é comprovado, por exemplo, pelo disposto na parte final do 1.º parágrafo do n.º 5 do próprio artigo 67.º da Diretiva 2014/24, bem como, magnificamente, pelo disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 35.º da mesma Diretiva: a adjudicação pode, obviamente, continuar a fazer-se submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela aquisição/prestação em causa. O que se passa é, pois, uma mera operação de cosmética, estabelecendo-se que “*proposta economicamente mais vantajosa*” é agora – de um ponto de vista da nomenclatura – o único critério de adjudicação, tendo este então duas modalidades: uma **multifator** (através de um modelo de natureza agregativa-compensatória em que estão em causa vários fatores/aspetos da execução contratual submetidos à concorrência) e outra **monofator** (que será, mas não teria sequer de ser apenas, o preço ou o custo).

54. Principiando pelo disposto no n.º 1 do artigo 74.º do Anteprojeto, é juridicamente errado dizer-se que o «novo» critério da “*proposta economicamente mais vantajosa*” tem “*por base os seguintes elementos [...]*”. A “*melhor relação qualidade-preço*” não é um elemento (ou sequer dois elementos...) daquele critério. Também o preço e o custo não são “*elementos*” do critério. Aliás, o intérprete ficaria então sem saber o que significa, neste contexto, o conceito de “*elemento*”: sendo bom de ver que não se trata de uma realidade sempre presente no critério de adjudicação, não podem pois ser denominados de “*elementos*” deste último.

Em rigor, o problema desta nova redação proposta para o artigo 74.º consiste em partir de várias suposições, como se o intérprete já soubesse aquilo que o legislador quer dizer. Observa-se, por exemplo, que, pelo modo como o n.º 1 está redigido, o intérprete não pode sequer concluir que as alíneas a) e b) oferecem uma verdadeira alternativa entre si. Todavia, é nítido que é isso o que se pretende: estabelecer alternativas.

Também nada na redação projetada para o artigo 74.º permite relacionar a alínea a) do seu n.º 1 com o disposto no artigo 75.º, isto é, que a alternativa prevista nessa alínea a) corresponde afinal à versão multifator do “novo” critério de adjudicação, da qual fazem parte vários fatores (e eventuais subfatores) que o densificam.

Por outro lado, agora no tocante à alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º, comete-se o erro palmar de considerar que, de acordo com a Diretiva, “preço” e “custo” são a mesma coisa. Não são! Por isso é que a chamada “*análise custo-eficácia*” (seja lá o que isso for...), a que se refere o artigo 68.º da Diretiva, só tem a ver com o custo e nunca com o preço⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ É curioso que o mesmo afã não se tenha verificado relativamente ao disposto no artigo 41.º da Diretiva 2014/23 (Concessões). Talvez seja o reconhecimento do atraso da solução europeia relativamente à solução já consagrada no Código de 2008...

⁽⁴¹⁾ Recorde-se ainda, sobre esse *sound bite*, SUE ARROWSMITH, *The Law...*, cit., I, p.737; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira Análise...”, cit., p.52.

⁽⁴²⁾ A redação, noutras línguas, dos n.ºs 2 e 5 do artigo 67.º da Diretiva, é mais feliz a este propósito. Mas mesmo na versão em língua portuguesa, a verdade é que do 1.º e do 2.º parágrafos do Considerando (90) se retira, facilmente, que uma coisa é o preço e outra coisa é o custo; e que só quando o aspeto da execução contratual que está submetido à concorrência for o custo (e não o preço) é que se aplica a chamada “abordagem de custo-eficácia”.

Repare-se ainda que, pela mera leitura deste n.º 1 do artigo 74.º, não pode concluir-se que o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa possa ter uma modalidade monofator em que o preço ou o custo não estão presentes (submodalidade essa que está prevista no 2.º parágrafo do n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva). Esta hipótese –que se reconhece ser aliás uma falha da redação originária do CCP⁽⁴³⁾ – consta agora do n.º 3 do artigo 74.º. Não se percebe, porém, a razão pela qual se opta por uma transposição (reprodução quase integral) da deficiente redação da Diretiva, quando, em nome do rigor jurídico e da clareza dos conceitos, se deveria prever a situação no próprio n.º 1, a propósito da modalidade monofator do critério de adjudicação. Aliás, a transposição acrítica da redação da Diretiva passaria a incorporar no CCP um erro jurídico palmar: se apenas fica(m) sujeito(s)⁽⁴⁴⁾ à concorrência fator(es) relativos à qualidade (que não o preço ou o custo), então não pode dizer-se que o preço ou o custo são fatores... Estranha redação: os fatores (preço e custo) podem assumir a forma (de preço ou custo) fixos...

55. Noutro plano, a redação do n.º 4 do artigo 74.º não está totalmente compatibilizada com o n.º 1. Com efeito, se o preço ou o custo são um dos “elementos” (modalidades, quer dizer-se) do critério da proposta economicamente mais vantajosa (cfr. alínea *b*) do n.º 1), então isso significaria que o preço ou o custo podem, só por si, determinar qual é a proposta economicamente mais vantajosa. É o que resulta, precisamente, da redação daquela alínea *b*). Por isso, o disposto no n.º 4 ou é redundante ou, a querer dizer algo mais, é contraditório com o próprio n.º 1. Em bom rigor, o que está em causa é a necessidade de prever que, quando for adotado o critério do mais baixo preço (ou o do mais baixo custo), o caderno de encargos tenha o cuidado de, quanto aos restantes aspectos da execução do contrato – que não estão, portanto, submetidos à concorrência –, fazer uma rigorosa e exigente definição dos requisitos que a eles digam respeito. Por isso, é preferível que seja logo o número seguinte deste artigo a impor essa regra.

Aliás, que o n.º 4 do artigo 74.º é, parcialmente, uma repetição da modalidade monofator do critério de adjudicação que consta da alínea *b*) do n.º 1, ainda que por via do preço ou do custo, resulta da circunstância – bem eloquente – de a alínea *b*) do artigo 155.º, ao se referir ao critério de adjudicação, não remeter para o n.º 1 do artigo 74.º.

56. No que se refere ao n.º 6 do artigo 74.º, dedicado ao critério de desempate, sugere-se apenas uma melhoria de redação. Com efeito, não parece elegante falar-se em “utilização do critério como critério”. Por outro lado, e já num plano material, o desempate não tem lugar “na avaliação”; o desempate surge, sim, na escolha entre as propostas empatadas, pelo que ainda está em causa um critério de adjudicação (=escolha de uma proposta).

⁽⁴³⁾ O critério da proposta economicamente mais vantajosa (atual alínea *a*) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP) podia ser densificado por um só fator que não fosse o preço; por exemplo, poderia adjudicar a proposta com melhor qualidade ou a proposta que ofereça o prazo mais curto (no pressuposto, é claro, que o preço está definido no caderno de encargos).

⁽⁴⁴⁾ A redação é também redutora quando emprega o plural “fatores”, pois inculca a ideia, profundamente errada, de que, quando o preço ou o custo não entram no critério de adjudicação, é obrigatório que se esteja na versão multifator do critério da proposta economicamente mais vantajosa; ou seja, a ideia, profundamente errada, de que não poderia ser utilizado apenas um único fator (ligado a aspectos de qualidade ou a qualquer outra dimensão da execução contratual- como o prazo, por exemplo).

57. Sugere-se por isso a seguinte redação:

Artigo 74.º

Critério de adjudicação

- 1.** A adjudicação é feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, podendo esta ser:
 - a) A que oferecer o melhor desempenho num único aspeto da execução do contrato a celebrar, como seja o preço ou o custo; ou
 - b) A que for globalmente mais vantajosa tendo em conta um conjunto de fatores, e de eventuais subfatores, que digam respeito a diversos aspectos da execução do contrato a celebrar.
- 2.** Quando for adotada a modalidade prevista na alínea a) do número anterior, os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante considere relevantes devem ser definidos no caderno de encargos, nomeadamente através de requisitos fixos ou de exigências mínimas ou máximas.
- 3.** Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 160.º, o momento da entrega das propostas não pode ser utilizado como critério de desempate.

A redação que se propõe para o n.º 2 tem ainda o mérito, julgamos, de clarificar que o que se pretende não é impor às entidades adjudicantes, caso optem pela modalidade monofator do critério de adjudicação – e que é, na esmagadora maioria dos casos, o fator preço –, uma obrigação de elaborarem um caderno de encargos em que regulam exaustivamente todos os restantes aspetos da execução do contrato. A clarificação é a de que, nesse caso (da utilização da modalidade monofator), as entidades adjudicantes devem ter a preocupação de regular no caderno de encargos todos os aspetos da execução que consideram relevantes (não os sujeitando, portanto, à concorrência).

58. O n.º 2 do artigo 74.º procura densificar o conceito da “*melhor relação qualidade-preço*”. Mas, visto que essa densificação consiste sobretudo numa questão relacionada com os fatores e subfatores, o que faz sentido é que o disposto neste n.º 2 seja incluído no artigo 75.º (e não no artigo 74).

Em todo o caso, a densificação agora proposta é redigida em termos redutores, pois, rigorosamente, pode não ser a *qualidade* que se opõe ao preço, mas antes, e por exemplo, o prazo de execução. Ademais, pode a *qualidade* opor-se ao custo e não necessariamente ao preço. Com efeito, o problema de base é a reprodução da péssima expressão da Diretiva: a *relação qualidade-preço*. Esta expressão (tão pouco rigorosa e tão redutora, portanto) é mais rigorosamente transposta se se utilizar a expressão proposta globalmente mais vantajosa tendo em conta (ou por recurso) a um conjunto de fatores que dizem respeito a outros tantos aspetos da execução do contrato (que podem nem sequer ser, rigorosamente, a *qualidade* nem sequer o *preço*).

59. No que respeita ao n.º 2 do artigo 74.º – fruto da transposição do “*directivez*” – é prolixo a utilização simultânea da expressão “*qualitativos*” (que se parecem opor (!?)) a “*ambientais*” e a “*sociais*” – para, porém, logo em seguida, se dar o exemplo da “*qualidade*” das “*características sociais*” ou das “*ambientais*”.

Mais importante, todavia, é notar que, com a redação escolhida para este n.º 2, se comete um grave erro que irá *comprometer totalmente a correta aplicação da modalidade multifator do critério*

de adjudicação. É que a redação escolhida torna **obrigatória** a utilização de fatores de natureza ambiental ou social: “*deve ser avaliada com base em fatores qualitativos, ambientais ou sociais...*”.

Ora, é verdade que a redação proposta coincide com a redação da versão em língua portuguesa do n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva 2014/24. Mas aqui, como em tantos outros aspectos, a versão em língua portuguesa da Diretiva deixa muito a desejar, para não se dizer que está errada. Com efeito, basta confrontar com a versão em língua inglesa (ou, por exemplo, a corretíssima versão em língua italiana) para compreender que aquele “*deve*” respeita, não à utilização dos fatores (que ali são indicados a título meramente exemplificativo), mas à sua relação (dos fatores) com o objeto do contrato. **Na versão em língua portuguesa foram omitidas as duas vírgulas que isolariam a oração subordinada adjetiva “que incluem aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais”**(⁴⁵).

De acordo com a redação proposta, seria sempre obrigatório submeter à concorrência aspectos ambientais ou sociais relativos à execução do contrato. Por isso, se esta redação se mantiver, é de esperar a *impugnação de programas de procedimento* em todos os casos (que serão aliás a imensa maioria!) em que a entidade adjudicante entendeu (e bem) não incluir, entre os fatores densificadores do critério de adjudicação, fatores de natureza ambiental ou social. Em suma, a redação leva à conclusão de que não é mais admissível um critério de adjudicação que utilize apenas, por exemplo, os fatores preço e prazo!

O acento tónico da Diretiva 2014/24 (a obrigação constante do n.º 2 do seu artigo 67.º) reside pois na imposição de que os fatores densificadores do critério da proposta economicamente mais vantajosa estejam ligados ao objeto do contrato. Ora, a verdade é que o CCP já fazia essa exigência, ao estabelecer que os fatores densificadores do critério de adjudicação só podem dizer respeito a aspectos da execução do contrato!

Finalmente, não pode deixar de ser notado que a explicação sobre o conteúdo do n.º 2 do artigo 74.º seja, nesta matéria, dada no... n.º 2 do artigo 75.º. É que, bem vistas as coisas, a matéria constante dos n.ºs 2, 3, 4 e 5 do artigo 74.º é afinal a matéria de que trata o disposto no artigo 75.º.

Sugere-se por isso que o artigo 74.º só tenha aqueles dois números tal como acima proposto.

Em todo o caso, a propósito do disposto nos n.ºs 2 e 5 do artigo 74.º deixam-se desde já as seguintes notas:

- a) No n.º 2, a referência a “*público*” é tautológica; ao longo do articulado, o Código nunca se refere ao contrato a celebrar como contrato *público* – e isto porque não é necessário! –; essa referência só aparece aqui porque foi copiada da Diretiva (n.º 2 do artigo 67.º);
- b) As alíneas a), b) e c) do n.º 2 constituem o exemplo perfeito da reprodução do já referido fenómeno do “*diretivez*”, isto é, a transposição acrítica dos dizeres da Diretiva sem preocupação de compreender os conceitos, de verificar da bondade da sua sistematização e de os adaptar à realidade subjacente;
- c) O n.º 5 contém uma expressão juridicamente errada: “*fatores de avaliação da relação qualidade-preço*”: com efeito, os fatores não se destinam a avaliar a relação qualidade-preço,

(⁴⁵) Por isso, o próprio tempo verbal presente nesse segmento do n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva está incorretamente usado. A redação deveria ser “*que incluem*” – isto é, no sentido de “*que podem incluir*”.

nem esta é sequer, obviamente, o objeto da avaliação; o que se avalia são as propostas. Além disso, refere-se a fatores, esquecendo que podem existir também subfactores. Em todo o caso, atente-se que o n.º 5 é matéria que diz respeito à elaboração do caderno de encargos, pelo que deveria ser incluído no artigo 42.º (onde já se encontram regras que dimanam, obviamente, de condicionantes acerca dos fatores e subfactores densificadores do critério de adjudicação).

60. No que se refere ao **artigo 75.º**, é incompreensível a razão pela qual se pretende eliminar o atual n.º 2, quando é certo que o Código se continua a referir, no n.º 3 do artigo 139.º, a fatores elementares. Estes são os únicos em que se aplicam as escalas de pontuação. Quando um fator não é elementar, a pontuação das propostas é obtida por uma mera operação algébrica de agregação das pontuações parciais obtidas nos fatores elementares. São estes, pois, os decisivos (e únicos) para a avaliação das propostas.

Por outro lado, é manifesto que a redação, de novo totalmente “colada” ao “directivez”, precisa de ser melhorada a fim de evitar expressões sem qualquer rigor jurídico como seja “*fornecimento das obras*” (!) ou a palavra “*produtos*” que não é usada pelo legislador do CCP.

O n.º 4 pressupõe expressamente o modelo de avaliação das propostas; o que significa que estará em causa apenas o disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 74.º. Porém, o cálculo dos custos do ciclo de vida pode aplicar-se mesmo quando não exista modelo de avaliação das propostas, ou seja, numa situação de modalidade monofator.

61. No que respeita ao **n.º 1 do artigo 75.º**, foi certamente lapso a omissão da expressão “e apenas” que consta atualmente deste número (“...deve abranger todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato...”). Como é óbvio, só os aspetos da execução do contrato que forem submetidos à concorrência é que podem integrar o critério de adjudicação.

Por outro lado, a expressão “*sem prejuízo do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior*” é contraditória e inútil; e será, seguramente, causa de lamentáveis controvérsias interpretativas.

Com efeito, se os fatores (e eventuais subfactores) que densificam o critério de adjudicação não podem dizer respeito a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes, estabelecer-se que tal é assim *sem prejuízo do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior* equivale a reconhecer que o disposto na alínea *b*) do n.º 2 do artigo anterior consagra uma exceção àquela regra geral. Ou seja, equivale a reconhecer que essa alínea se refere a um fator densificador do critério de adjudicação que diz respeito a um elemento de facto relativo ao concorrente (e não à proposta). Ora, a verdade é que a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 74.º (como as duas outras alíneas desse número) se refere a fatores que são obviamente relativos a aspetos da execução do contrato e, portanto, relativos a elementos da proposta e não a elementos do concorrente. A qualificação e a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato são aspetos da execução contratual, já que constituem compromissos (promessas) apresentados pelos concorrentes relativos ao modo como se propõem executar o contrato. De resto, o n.º 2 do artigo 74.º refere-se aos fatores (com base nos quais se avaliam as propostas – não os concorrentes!) como sendo “*fatores relacionados com o objeto do contrato em causa*”, o que confirma que estamos perante aspetos da execução do contrato. Estando pois em causa a matéria a que se refere a primeira parte do n.º 1 do artigo 75.º e não elementos relativos aos concorrentes, a expressão agora usada

é contraditória com o que estabelece o próprio n.º 1 do artigo 75.º. E é inútil porque a permissão para a utilização desse fator já resultava justamente da própria alínea b) do n.º 2 do artigo 74.º⁽⁴⁶⁾.

A manter-se a expressão “sem prejuízo do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior”, vai suscitar-se a controvérsia sobre qual afinal a qualificação jurídica dos fatores referidos naquela alínea e, sobretudo, se, não obstante o advérbio “nomeadamente” (constante do corpo do n.º 2) podem ou não ser utilizados outros fatores relacionados com o objeto do contrato que tenham a ver, por exemplo, com os meios técnicos e humanos a disponibilizar para a execução do contrato em questão.

Finalmente, não se alcança também a razão do segmento final do n.º 1 do artigo 75.º (“e não podem ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”). A escolha de determinado fator (e não de outro) tem sempre algum efeito ou impacto no modo como a concorrência se processa; nalguma medida essa escolha é sempre limitadora ou condicionadora da concorrência. Por exemplo: se a entidade adjudicante decide que um dos aspectos a submeter à concorrência é o carácter inovador de uma determinada funcionalidade do bem a adquirir, obviamente que os concorrentes que não possuem (e não podem desenvolver ou produzir) bens com essa característica ficam condicionados no jogo concorrencial. A eleição daquele fator densificador do critério da proposta economicamente mais vantajosa restringiu a concorrência? Como é óbvio, a visão do impedimento, da restrição ou mesmo do falseamento da concorrência tem de ser uma visão macro, presente na própria elaboração das peças procedimentais. Ao colocá-la neste particular âmbito, o Código vai abrir o flanco para a possibilidade de impugnações das peças procedimentais (concretamente, do modelo de avaliação das propostas) numa matéria particularmente sensível e onde, pacificamente, sempre se admitiu que se está na esfera de autonomia da entidade adjudicante: a escolha dos fatores densificadores do critério de adjudicação. Percebe-se que o objetivo é, de certa forma, a transposição do disposto no n.º 4 do artigo 67.º. Porém, a verdade é que também a exigência de os fatores não concederem à entidade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada não foi agora transposta para este artigo 75.º, porque é fácil compreender que já está consagrada na legislação nacional através da obrigação de elaboração de um modelo de avaliação das propostas.

Por outro lado, a garantia da “concorrência efetiva” tem a ver com o modo como é organizado todo o procedimento, não residindo sequer a maior preocupação na elaboração do modelo de avaliação das propostas, mas, como já se disse, na configuração do caderno de encargos. O estabelecimento de parâmetros base tem, como bem se comprehende, um impacto muito maior na chamada “limitação ou restrição da concorrência” do que a adoção de um determinado fator densificador do critério de adjudicação. Ora, nem por isso o legislador sentiu necessidade de impor que o estabelecimento de parâmetros base “não pode ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”⁽⁴⁷⁾.

62. Em todo o caso, e no que se refere ao segmento, previsto no n.º 4 do artigo 67.º da Diretiva (que, efetivamente, não é transposto), relativo às “especificações que permitam verificar efetivamente a informação fornecida pelos proponentes” – especificações, não no sentido de especificações técnicas, mas no sentido de condições contratuais –, sugere-se um número a incluir no artigo 42.º do seguinte teor:

⁽⁴⁶⁾ Recorde-se que, como acima se explicou (cfr., *supra*, § 4.º), a jurisprudência *Ambisig* (Acórdão do TJUE de 26-03-2015 – Processo C-601/13) marca uma continuidade, e não uma rotura, com a jurisprudência *Lianakis* (Acórdão do TJUE de 24-01-2008 – Processo C-532/06), em nada contrariando, pois, o disposto no atual n.º 1 do artigo 75.º do CCP.

⁽⁴⁷⁾ De qualquer modo, esse segmento, a ser adotado, não coincidiria sequer, na sua forma verbal, com o segmento imediatamente anterior (“não podendo dizer respeito”), pelo que deveria então ser objeto de alteração para o gerúndio (“nem podendo ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”).

“Os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência devem, sempre que possível, ser acompanhados de especificações que permitam verificar os atributos das propostas”.

63. Tendo em conta as considerações anteriores, sugere-se então a seguinte redação para o artigo 75.º:

Artigo 75.º Fatores e subfactores

1. Os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar e abranger todos, e apenas, os aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, nomeadamente, e em função dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante:

- a) Aspetos de natureza ambiental, de natureza social ou de natureza inovadora, relativos a quaisquer características técnicas, estéticas ou funcionais do objeto do contrato;*
 - b) A organização, as qualificações e a experiência dos meios humanos encarregados da execução da prestação contratual, bem como, se for o caso, a qualidade dos meios técnicos necessários a essa execução;*
 - c) Aspetos relativos a quaisquer condições de execução do contrato, tais como o prazo dessa execução, as garantias ou a assistência técnica;*
 - d) Aspetos relativos ao processo específico do ciclo de vida do objeto do contrato, como por exemplo a fase de produção, a fase de fornecimento ou a fase de comercialização, ainda que esses aspetos não façam parte da natureza intrínseca desse objeto.*
- 2. Os fatores e eventuais subfactores referidos no número anterior não podem dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes.*
- 3. Apenas os fatores e subfactores situados ao nível mais elementar da densificação do critério de adjudicação, denominados fatores ou subfactores elementares, podem ser adotados para a avaliação das propostas.*

64. É preferível que a transposição do disposto no artigo 68.º da Diretiva 2014/24 seja feita num artigo autónomo dedicado, justamente, ao específico fator (ou eventual subfactor) designado por custo.

Sugere-se a seguinte redação:

Artigo 75.º-A (Cálculo dos custos do ciclo de vida)

Quando o custo do ciclo de vida seja fator densificador do critério de adjudicação, o seu cálculo deve abranger todos ou alguns dos seguintes custos:

- a) Relacionados com a aquisição propriamente dita;*
- b) Relativos à utilização do bem, tais como o consumo de energia e de outros recursos, bem como os custos dos consumíveis que o bem implique;*
- c) Relativos à manutenção;*
- d) Relativos ao fim de vida, tais como os custos de recolha e de reciclagem;*
- e) Imputados a externalidades ambientais ligadas a todo o ciclo de vida do objeto do*

contrato a celebrar, como por exemplo o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, bem como custos de atenuação das alterações climáticas, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário.

65. Já o disposto no 1.º e no 2.º parágrafos do artigo 68.º da Diretiva 2014/24 deve ser transposto para o artigo 132.º do CCP, visto que a norma diz respeito a uma exigência de natureza procedural.

Sugere-se para tal a seguinte redação:

“Quando o caderno de encargos submeter à concorrência os custos do ciclo de vida do objeto do contrato a celebrar, o programa do procedimento deve indicar a metodologia que será utilizada para os calcular”.

Já uma qualquer referência aos dados que os concorrentes devem apresentar para que possa ser utilizada aquela metodologia estaria implícita na necessidade de os concorrentes apresentarem os atributos, sem os quais a proposta será excluída. Aliás, a referência é redundante tendo em conta o disposto no n.º 4 do artigo 67.º da Diretiva.

A seguir, ainda no mesmo artigo 132.º, deve ser transposto o 2.º parágrafo, sugerindo-se a seguinte redação:

“A metodologia referida no número anterior, quando for aplicada para o cálculo dos custos referidos na alínea e) do artigo 75.º-A, deve basear-se também em regras objetivamente verificáveis e não discriminatórias, permitindo que os dados a fornecer pelos concorrentes sejam por estes obtidos mediante esforço razoável”.

66. Em virtude das redações sugeridas para os artigos 74.º e 75.º, as restantes disposições do CCP que para elas remetem (ou que as pressupõem) seriam então adaptadas em conformidade:

Assim:

- a) Na **alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º**, em vez de “nos termos do disposto no artigo 74.º”, deve dizer-se, “nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º” (pois o que está em causa é a adoção da modalidade multifator do critério de adjudicação);
- b) Na **alínea b) do artigo 155.º**, deve passar a dizer-se “*o critério de adjudicação seja baseado unicamente no fator preço, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º*”. Com efeito, de acordo com a nova terminologia só há um critério de adjudicação (o da proposta economicamente mais vantajosa), pelo que é conceptualmente incorreto falar-se em critério de adjudicação “referido no n.º 4 do artigo 74.º”. Por outro lado, repare-se, que, tratando-se de um procedimento urgente, não faz sentido que a remissão abranja a modalidade monofator em que o fator em causa é o custo, já que isso pode implicar a metodologia de cálculo dos custos de ciclo de vida a que se refere o artigo 75.º-A, totalmente incompatível com uma adjudicação urgente;
- c) No **n.º 2 do artigo 218.º-C**, deve dizer-se: “*o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º*”;

- d) No n.º 2 do artigo 240.º, deve dizer-se “..., designadamente a modalidade do critério de adjudicação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º a ser adotada naquela fase do procedimento, não sendo necessário...”;
- e) Na alínea c) do n.º 3 do artigo 241.º, deve dizer-se “o modelo de avaliação das propostas, caso não conste do caderno de encargos do sistema de aquisição dinâmico”; repare-se, com efeito, que o que tem de ser agora (nesta fase) comunicado é o modelo de avaliação das propostas e não o critério de adjudicação – que já consta do caderno de encargos (cfr. n.º 2 do artigo 240.º);
- f) No n.º 2 do artigo 250.º-C, deve dizer-se, mais rigorosamente, “o critério de adjudicação deve ser utilizado na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º”; e por aí deve ficar a exigência legal; com efeito, os aspetos relativos à qualidade e à sustentabilidade para os serviços sociais não têm necessariamente de ser submetidos à concorrência, pois a Diretiva não o exige. Repare-se que o advérbio “igualmente”, logo após a adversativa “mas”, constante da parte final do n.º 2 do artigo 76.º da Diretiva revela, sem margem para dúvidas, que a expressão “critérios de qualidade e sustentabilidade” se refere, não a verdadeiros fatores densificadores do critério de adjudicação mas antes a aspetos da execução do contrato (não necessariamente submetidos à concorrência) que devem ser fixados no caderno de encargos. Em suma: deve ficar na total disponibilidade da entidade adjudicante a escolha dos fatores que densificam o critério de adjudicação;
- g) No n.º 6 do artigo 259.º, não pode dizer-se “sempre que o critério de adjudicação [...] seja o da proposta economicamente mais vantajosa”, pois, como se sabe, no novo conceito de critério de adjudicação, este é sempre o da proposta economicamente mais vantajosa. O que está em causa é a modalidade multifator do critério de adjudicação. Assim, sugere-se que a redação seja: “sempre que, em função do disposto no caderno de encargos do acordo quadro, seja adotada a modalidade do critério de adjudicação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º, é ainda aplicável o disposto no artigo 139.º”.

5.8 A futura utilização obrigatória de plataformas para o procedimento de ajuste direto (alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do articulado preambular)

67. Como acima se disse, a posição vanguardista do Código de 2008 na implementação de plataformas eletrónicas de contratação pública foi apontada pelas instituições europeias como um dos maiores méritos deste diploma e um dos principais fatores que o conduziram a ser usado como exemplo de referência no ordenamento europeu. A simplificação e a flexibilização procedural resultantes dessa medida foram notáveis.

Porém, em cada momento dos últimos oito anos em que se equacionou a revisão do CCP, foi constante a formulação, por diversos sectores, de uma proposta de radicalização desse regime, tendo em vista *proibir as entidades adjudicantes* de adotar uma tramitação mais adaptada às características do mercado ao qual se dirigem e de autorizarem a utilização de outros meios eletrónicos *mesmo no caso de adoção de um procedimento de ajuste direto*.

Com muito boas razões, o legislador sempre repudiou essas propostas. Todavia, o Anteprojeto vem agora acolher aquela exata proposta radicalizadora, ainda que no contexto de uma solução

aparentemente *salomónica*, a qual, todavia não mitiga os efeitos perniciosos que dela decorrem: apesar de não incluir no próprio articulado do CCP uma proibição para a utilização de outros meios eletrónicos no procedimento de ajuste direto, o Anteprojeto inclui nas suas disposições finais a **fixação de um prazo – 30 de junho de 2018 – a partir do qual a utilização de uma plataforma eletrónica será obrigatória em qualquer procedimento de contratação pública, incluindo o ajuste direto (cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º).**

Deve esclarecer-se, desde logo, que o referido equilíbrio na solução alegadamente compromissória agora adotada é fictício: a simples fixação de um *diferimento* dessa obrigação não mitiga o erro jurídico e socioeconómico que subjaz à medida. É que tal diferimento insinua a ideia de que a permissão para a utilização de outros meios eletrónicos resulta de uma mera *falta de habituação* do mercado que, supostamente, apenas precisaria de um prazo adicional para se familiarizar com a contratação eletrónica, findo o qual nenhum impedimento substantivo obstaria ao seu alargamento ao ajuste direto.

O equívoco dessa premissa é palmar: com efeito, as razões que conduziram à permissão de um regime mais flexível para o ajuste direto na versão original do CCP são de índole **material e duradoura**, não se esbatendo com o simples decurso do tempo.

68. Para discernir este facto, é imprescindível esclarecer qual foi o objetivo de uma das opções centrais do Código de 2008, concretizado na alínea g) do n.º 1 do seu artigo 115.º, ao permitir a cada entidade adjudicante **dispensar o uso de plataformas eletrónicas para a tramitação de procedimentos de ajuste direto**.

Na verdade, na lógica interna do sistema então aprovado, o legislador concebeu o ajuste direto como o procedimento vocacionado para permitir à entidade adjudicante flexibilizar a formação de contratos tendentes à prossecução do interesse público e para adotar uma tramitação mais céleres, a qual, permitindo dar satisfação imediata à necessidade subjacente ao contrato, poderia simultaneamente ser ainda moldada segundo as características do setor de atividade envolvido.

Por outras palavras, estando a entidade adjudicante – e não o legislador – mais próxima do mercado e conhecendo melhor do que ninguém o modo de operar dos seus prospectivos cocontratantes, deveria ser ela – e não o legislador – a definir os aspetos da tramitação do ajuste direto que permitiriam aos concorrentes apresentar propostas mais céleres e mais adequadas às necessidades públicas. Esta seria a *mais-valia do ajuste direto*, que o distinguiria dos demais procedimentos, nos quais, tendo em vista a existência de contratos de valor mais elevado, o legislador precisaria de, ele mesmo, de modo rígido, predefinir desde logo, em normas gerais e abstratas, a respetiva tramitação.

Significa isto que, nos casos em que precisou de proteger a concorrência através de uma *tramitação rígida*, o legislador teve de suportar a desvantagem que decorre como *efeito colateral da escolha de um concurso*: a de ele próprio, afastado da realidade do mercado, definir como decorrerá a tramitação do procedimento, sem permitir à entidade adjudicante – que está mais perto do mercado e que conhece melhor o seu perfil – adaptar essa tramitação.

É essa desvantagem que pode ser dispensada no ajuste direto, em que, atenta a limitação do valor do contrato a celebrar e a sua consequente menor perigosidade para a concorrência – ou, no caso de adoção do ajuste direto por critérios materiais, o interesse público excepcional que justifica a sua escolha –, o legislador se considera mais *livre* para *devolver à entidade adjudicante poderes*

adicionalis de conformação do procedimento, não encontrando obstáculos a essa opção emergentes da Constituição Portuguesa e do Direito Europeu.

69. Assim se entende por que o ajuste direto ficou caracterizado pela atribuição de *três prerrogativas* de escolha à entidade adjudicante, que não conhecem paralelo em qualquer outro procedimento de contratação pública no Direito Português: *i) a escolha do número e da identidade dos operadores económicos a convidar para apresentar proposta; ii) a escolha do perfil e da tramitação procedural a adotar* (isto é, de um procedimento com ou sem negociações), consoante a percepção que a entidade adjudicante tenha junto do mercado quanto às vantagens que pode obter da adoção de uma fase de negociações, compensando o custo decorrente da demora adicional provocada pelo decurso dessa fase; e *iii) a escolha da infraestrutura* sobre a qual assentará o procedimento, que pode consistir numa plataforma ou em qualquer outro meio eletrónico.

Quanto a esta terceira prerrogativa em especial, o legislador discerniu que o ajuste direto pode ser utilizado de tal modo que permita – mesmo que de modo indireto – *fomentar a concorrência*. Quer dizer: mesmo sabendo que o ajuste direto é, de todos, o procedimento intrinsecamente mais restritivo da competição de mercado, o legislador percebeu que poderia enxertar na sua tramitação alguns elementos que lhe permitiriam, também a ele, constituir um fator de dinamização do mercado concorrencial.

Recorrendo telegraficamente a um exemplo paralelo que ilustra como o ajuste direto pode conter funcionalidades que fomentam a natureza competitiva dos mercados, o limite à contratação reiterada do mesmo operador económico, previsto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, acaba por incentivar as entidades adjudicantes a diversificar a sua contratação, obrigando-as a usar o ajuste direto – mesmo com a limitação da concorrência que lhe seria inherente – como *mecanismo de distribuição de contratos públicos* entre diferentes operadores.

Ora, um mecanismo similar está previsto na alínea *g)* do n.º 1 do artigo 115.º do CCP. Sem deixar de reconhecer que o uso das plataformas eletrónicas seria globalmente positivo para a contratação pública portuguesa, colocando-a num estágio mais avançado de fomento da concorrência e de promoção da transparência do que ocorria à data de 2008 na generalidade dos Estados-Membros da União Europeia, o legislador compreendeu que este avanço inovador poderia produzir – como de facto produziu – um *efeito colateral indesejado*: o de deixar uma importante parcela de operadores económicos de fora do universo de possíveis cocontratantes, os quais não conseguiram operar com mecanismos eletrónicos com o nível de complexidade das plataformas.

O facto de o ajuste direto habilitar a entidade adjudicante a escolher dispensar o uso da plataforma abrira, pois, um larguíssimo leque de hipóteses de contratação de novos operadores que de outro modo nunca poderiam ganhar acesso ao mercado dos contratos públicos. Deste modo, o ajuste direto obteve um *novo fundamento habilitante* à luz do ordenamento português e da sua Constituição, justificando o amplo campo de aplicação que o legislador lhe conferiu no âmbito dos artigos 19.º e seguintes do CCP: a sua tramitação, mesmo intrinsecamente restritiva da concorrência, pode ser usada para dinamizar e ampliar o alcance dos mercados públicos. Se não fosse possível alegar estas mais-valias associadas ao uso do ajuste direto, dificilmente teria sido possível ao legislador – à luz dos condicionamentos que os ordenamentos constitucional (artigos 81.º, alínea *f*), e 99.º, alínea *a*), da Constituição) e comunitário colocam para proteção da concorrência – prever a adoção do ajuste direto com a amplitude com que este foi configurado em 2008.

70. É este o enquadramento constitucional e comunitário que justifica a redação adotada para o n.º 1 do artigo 62.º e para a alínea g) do n.º 1 do artigo 115.º do CCP em 2008, a qual, pelo exposto, *não resulta de uma escolha livre ou desparametrizada* do legislador ordinário. É assim evidente que a sua eventual revogação não é um aspeto menor ou lateral no Direito da Contratação Pública; antes consistiria num rude golpe para a coerência do perfil atribuído ao ajuste direto (mesmo se este ficasse limitado através da redução dos respetivos limiares quantitativos do valor do contrato) e para a sua atual potencialidade em benefício da dinamização do mercado e da concorrência – e, logo, também para a justificação que o legislador pode apresentar, à luz da Constituição e do Direito da União Europeia, para a manutenção do ajuste direto com o alcance que ele recebe na lei portuguesa.

Mais simplesmente: sob o *pretexto* de aumentar a «transparência» e de fomentar a introdução das tecnologias da informação na contratação pública portuguesa, a alteração legislativa projetada ofenderia as potencialidades de dinamização do mercado que também estão associadas, na configuração que o CCP lhe deu, à utilização do ajuste direto – o procedimento que até já é intrinsecamente restritivo da concorrência –, banindo adicionalmente um largo universo de potenciais cocontratantes dos mercados públicos. Sacrificando o valor da concorrência no altar do fomento das tecnologias da informação, sabotaria a justificação constitucional que o ajuste direto apresenta hoje.

71. Também por esse motivo, seria inútil *mitigar* essa proposta legislativa por sugerir uma segmentação do ajuste direto de acordo com distintos valores de contratos, eventualmente reservando a obrigatoriedade do uso da plataforma apenas para os casos de adoção do ajuste direto para a formação de contratos de valor mais elevado: como se sabe, é justamente no caso da adoção de ajustes diretos para contratos de montante mais elevado que se pode tornar mais premente a apresentação de justificações materiais para a supressão de um procedimento concorrencial. É, por isso, nesses precisos casos que maior significado assume a mais-valia resultante do disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 115.º do CCP, abrindo a possibilidade de acesso aos mercados públicos aos sectores de mercado que não conseguem operar com plataformas eletrónicas.

Em suma: a atribuição à entidade adjudicante de uma prerrogativa de escolha da infraestrutura sobre a qual o procedimento decorre tem de ser *admitida ou recusada em bloco* para o procedimento de ajuste direto; e os motivos prementes que fundamentaram a decisão opção legislativa de 2008 abrangem *qualquer caso de adoção do ajuste direto no Direito Português*.

72. Recorde-se, de resto, que a lei vigente em caso algum veda à entidade adjudicante a possibilidade de *efetivamente usar* de modo uniforme a plataforma em qualquer procedimento que adote, independentemente de se tratar de ajuste direto ou de concurso. Mas a chave reside na faculdade que a entidade adjudicante recebe para avaliar se o específico setor de mercado onde um dado contrato se situa está condicionado pelas dificuldades que os respetivos operadores sentem quanto à utilização de plataformas. Se esse for o caso, esta faculdade que recebe da lei permite-lhe facilitar o acesso ao procedimento e, desse modo, *alargar o universo potencial de cocontratantes que obtém a adjudicação de contratos públicos*. Seguramente não pode ser o legislador a tomar essa decisão em vez da entidade adjudicante, através de uma norma rígida que imponha um único meio de apresentação de propostas, visto que, legislando de forma geral

e abstrata, não pode estar suficientemente perto do mercado para definir de antemão quais são os casos em que a plataforma deve ou não ser usada.

73. Em suma, embora aparentemente ocupe um lugar discreto num diploma extenso, a alínea *g*) do n.º 1 do artigo 115.º do CCP contém uma das normas essenciais para o equilíbrio do sistema de escolha de procedimentos no Direito Português da Contratação Pública; e a sua eventual revogação ofenderia gravemente esse equilíbrio, afetando um importantíssimo setor do mercado que atualmente é tutelado por essa norma, criando consideráveis dificuldades de harmonização da lei portuguesa de contratação pública com a Constituição e com o Direito Europeu.

Compreende-se, pelo exposto, que a mera estratégia de diferimento da revogação da alínea *g*) do n.º 1 do artigo 115.º do CCP para o futuro, através da aprovação de uma norma transitória que ainda não conste do articulado do Código, é inútil para os objetivos pretendidos.

74. Em consequência, o disposto na **alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do articulado preambular** representaria uma das alterações mais nocivas que o legislador poderia atualmente aprovar, devendo pois ser **liminarmente descartada**.

6. CRÍTICAS SOBRE OUTROS ASPETOS DO ANTEPROJETO A ALTERAR OU SUPRIMIR

75. Os vários aspetos agora enunciados afetam a própria estrutura normativa essencial do Código de 2008, prejudicando a sedimentação do trabalho doutrinário e jurisprudencial expendido nos últimos oito anos e, sobretudo, provocando graves danos sobre princípios fundamentais do ordenamento jurídico-administrativo que se mostram incompatíveis para o Direito Português.

Observam-se, todavia, outros equívocos *pontuais* do Anteprojeto que, não afetando a estrutura essencial do Código, requerem também a sua urgente correção. Como se verá agora, esses equívocos pontuais são de dois tipos.

Em alguns dos casos, estão em causa modificações materiais cuja lesividade é evidente, residindo o vício do Anteprojeto na própria solução material escolhida, urgindo por isso a sua reversão para a redação hoje em vigor.

Noutros casos, está em causa a já referida tendência de introdução de modificações de redação puramente ociosas ou voluptuárias, que não são justificadas por qualquer motivo material nem encontram explicação numa necessidade de transposição de uma norma das Diretivas de 2014, limitando-se a propor a reformulação da redação a que a comunidade jurídica já se havia habituado – e, diga-se, normalmente para deixá-la pior do ponto de vista legístico.

Também aqui, sugere-se enfaticamente a supressão dessas propostas de modificação.

6.1 O equívoco na densificação do conceito de “organismo de direito público” (artigo 2.º, n.º 1, alínea a))

76. Em primeiro lugar, observa-se que o Anteprojeto pretende, na **subalínea i) da alínea a)** do **n.º 2 do artigo 2.º**, incorporar um esclarecimento relevante para identificação dos “*organismos de direito público*”, concretizando em que casos se deve entender que a “atividade económica” de uma dada pessoa coletiva “se não submet[e] à lógica concorrencial de mercado”. Essa concretização é materializada através do segmento final: “[...] designadamente por não terem fins lucrativos ou por não assumirem os prejuízos resultantes da sua atividade”.

Este esclarecimento, embora bem-intencionado – querendo ajudar os intérpretes a identificar quais são as pessoas coletivas suscetíveis de identificação como entidades adjudicantes – revela um preocupante desconhecimento da evolução dos trabalhos legislativos europeus que concluíram na aprovação das Diretivas de 2014. Com efeito, nos textos iniciais que foram cogitados pela Comissão tendo em vista a Revisão das Diretivas⁽⁴⁸⁾, colocou-se a hipótese – que ainda é objeto de uma referência no texto preambular da Diretiva 2014/24 (cfr. Considerando 10) – de densificar os elementos normativos disponíveis para o intérprete, no sentido de “integrar um certo número de precisões, conferidas pela referida jurisprudência” do Tribunal de Justiça. Nos termos do mesmo Considerando, essas precisões poderiam permitir “esclarecer que um organismo que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas como tendo caráter industrial ou comercial”.

Todavia, ainda que esse segmento do texto preambular da Diretiva não fosse alterado, o decurso dos trabalhos legislativos conduziu à **supressão desse aditamento** no articulado, pressupondo que os efeitos negativos que dele adviriam seriam consideravelmente superiores a qualquer benefício obtido pelo ordenamento europeu⁽⁴⁹⁾.

Com efeito, deve ter-se em mente que esse aditamento procedeu a uma *mescla* de elementos e de indícios de diferente natureza, os quais nunca poderiam ser considerados pelo intérprete nestes termos. É que, mais do que um critério abstrato ou matemático de delimitação da fronteira entre entidades adjudicantes ou não adjudicantes, o Tribunal, quando pretendeu identificar os “*organismos de direito público*”, recorreu sempre, já desde o longínquo Acórdão *Mannesmann* (de 16-09-1997 – Processo C-44/96), a um *método* indiciário composto por qualquer tipo de circunstâncias quantitativas e qualitativas atinentes ao caso concreto que demonstrem a natureza concorrencial ou não concorrencial da atividade prosseguida.

Ora, entre os *dois elementos* referidos no aditamento agora proposto, observa-se que, por um lado, a ideia-chave segundo a qual um empresário que esteja sujeito a uma verdadeira lógica concorrencial

⁽⁴⁸⁾ Cfr., com essa sugestão, a alínea a) do § 6.º do artigo 2.º do texto inicial da proposta apresentada pela Comissão em 20 de dezembro de 2011 (COM (2011) 896 final).

⁽⁴⁹⁾ Cfr., no texto final, a alínea a) do § 4.º do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24.

se caracteriza por “*assumir os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade*”, mais do que *um* indício (entre vários outros) acerca da natureza da pessoa coletiva em causa, corresponde antes ao verdadeiro **denominador comum** que interliga todo esse *feixe de indícios*: a adoção de critérios de eficiência e de pura racionalidade económica na respetiva gestão e a assunção do risco económico-financeiro resultante das suas decisões é que representa o resultado final da avaliação dos vários indícios disponíveis ao juiz⁽⁵⁰⁾.

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

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

Nesse sentido, a equiparação da importância do “fim lucrativo” de cada pessoa coletiva e da “assunção de prejuízos” representaria uma ofensa da própria linha jurisprudencial do Tribunal de Justiça, que, aliás, já prolatara arrestos onde havia desconsiderado os indícios que alegadamente resultariam do escopo lucrativo ou não lucrativo de uma dada pessoa coletiva⁽⁵¹⁾.

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

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

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

6.2 As alterações na redação do artigo 42.º

78. O Anteprojeto procura proceder a aprimoramentos na redação de dois números do artigo

⁽⁵⁰⁾ Para compreensão deste método de avaliação de um feixe de indícios casuísticos adotado pelo juiz europeu, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas...*, cit., pp. 77 e segs., *maxime* p. 81.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Acórdão de 12-05-2001 (Processos apensos C-223/99 e C-260/99 – *Agora*), onde se verificou que, “embora a entidade em questão não tenha fins lucrativos, funciona, tal como resulta do artigo 1.º dos seus estatutos, de acordo com critérios de rendimento, eficiência e rentabilidade. Como não se previu qualquer mecanismo para compensar as eventuais perdas financeiras, é ela própria que suporta o risco económico das suas atividades”.

42.º – o n.º 4 e o n.º 11 –, os quais, porém, se mostram infelizes tanto do ponto de vista da técnica legística utilizada quanto do seu significado semântico.

Desde logo, vale a pena notar que a redação do n.º 4, ao inserir a referência às “*condições de modificação do contrato*” separada do segmento anterior (que alistava diferentes “*aspetos da execução do contrato*”) através da expressão “**bem como**”, inculca a ideia (obviamente errada!) de que as condições de modificação do contrato não são aspetos da sua execução. Por isso, a redação deve ser “[...] o prazo de execução das prestações objeto do contrato, as suas características técnicas ou funcionais ou ainda as condições de modificação do contrato [...]”.

Por sua vez, o n.º 11 deste artigo 42.º contém um flagrante erro jurídico: não são os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência que são *objeto de avaliação*. As propostas é que são objeto de avaliação! Os aspetos submetidos à concorrência são, como o próprio nome diz, os que permitem a competição entre as propostas à luz do critério de adjudicação e, mais rigorosamente, à luz dos fatores (ou subfactores) que o densificam. A avaliação das propostas só é feita, portanto, nos aspetos da execução contratual que foram submetidos à concorrência pelo caderno de encargos. A definição é claramente doutrinal, mas a ligação entre eles e a avaliação das propostas é feita pelo Código justamente a propósito do critério de adjudicação.

Por isso é que a norma deste n.º 11 do artigo 42.º é redundante tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 75.º, **devendo ser suprimida**.

Aliás, repare-se que a definição do que sejam os aspetos da execução do contrato (submetidos ou não submetidos à concorrência) nunca valeria apenas para os efeitos dos n.ºs 3 e 5 deste artigo: muitas outras normas ao longo do Código contêm referências a estes conceitos. Daí que a parte inicial deste n.º 11 também não seja rigorosa.

79. Mesmo que se pretendesse manter essa disposição, a redação deveria ser concebida por referência apenas aos aspetos da execução contratual submetidos à concorrência (para não se incorrer no erro de elaborar uma definição pela negativa quanto aos outros aspetos contratuais). Ademais, como é óbvio, tal definição não relevaria apenas para os efeitos do n.º 3 deste artigo, mas para todos os outros em que a expressão surge.

A redação deveria pois ser a seguinte: “*consideram-se aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência os que refletem fatores ou subfatores densificadores do critério de adjudicação*”.

80. Em suma, sugere-se a **modificação do teor da alteração proposta para o n.º 4 do artigo 42.º** e, bem assim, a **supressão do n.º 11 do mesmo artigo** (no máximo, deve considerar-se a redação alternativa acima proposta).

6.3 As alterações na redação do artigo 47.º

81. Um outro exemplo de alterações voluptuárias situa-se na regulação do preço base pelo artigo 47.º

Talvez querendo reagir à complexidade da redação atualmente vigente nos n.^{os} 3 a 6 desse artigo, o Anteprojeto pretendeu proceder à sua simplificação através de um critério homogéneo de determinação do preço base (cfr. n.^º 3, na redação do Anteprojeto). Com isso, porém, deixou-se por responder aos problemas jurídicos que eram disciplinados por aqueles n.^{os} 3 a 6, que, embora complexos, se mostravam imprescindíveis para fixar critérios específicos de determinação do preço base em casos muito particulares que se não subsumem a um critério geral. Ao pretender simplificar a redação por eliminar esses critérios específicos, o Anteprojeto mais não faz do que **criar novas lacunas normativas reais que antes não existiam**.

É que, mesmo que o seu âmbito de aplicação fique até reduzido em resultado da natureza excepcional da disposição agora inserida pelo n.^º 5, as situações descritas nos n.^{os} 3 a 6 não deixam de continuar a verificar-se na ordem jurídica, pelo que as normas aí contidas não poderiam ser dispensadas pelo legislador.

82. Num segundo plano, o Anteprojeto parece ter querido reagir contra a complexa redação presente nos n.^{os} 1 e 2 da atual versão do Código. Embora se admita que a intenção de simplificação da redação dos preceitos é teoricamente louvável, esta alteração padece do mesmo vício já antes descrito: sem pretender produzir qualquer benefício material na solução jurídica em vigor, ela apenas modifica a fisionomia do texto, descharacterizando a redação sobre a qual milhares de operadores jurídicos de todas as entidades adjudicantes e de todos os operadores económicos no país se apoiaram para a compreensão do que significa atualmente o *preço base* nos procedimentos pré-contratuais adotados nos últimos oito anos.

Deve recordar-se, neste âmbito, que este se tratou de um dos preceitos mais marcantes do Código de 2008, rompendo com a legislação anterior que equiparava o preço base a *um preço estimado*, ou preço de referência pela entidade adjudicante, que poderia até ser ultrapassado pelas propostas, desde que não o fosse “consideravelmente”⁽⁵²⁾. O artigo 47.º, que em conjunto com a alínea d) do n.^º 2 do artigo 70.º teve o efeito de revolucionar o pensamento português sobre as funções do preço base, constituiu pois a estrutura normativa sobre a qual a doutrina e a jurisprudência laboraram nos últimos oito anos, socorrendo-se da sua precisa redação – seja ela considerada ou não como complexa pelo intérprete – para sedimentar um novo conceito de preço base.

A alteração agora proposta, respondendo a uma mera preferência pessoal do redator, modifica gratuitamente a fraseologia do texto normativo sem poder explicar essa iniciativa com qualquer exigência do legislador europeu nem qualquer solução material distinta que se pretenda aprovar. Deveria, por isso, ser rejeitada.

83. Ainda em terceiro lugar, no esforço de tornar tão excepcional quanto possível a hipótese de não fixação do preço base, na redação do Anteprojeto não se discerniu que o novo n.^º 2 – que procura obsessivamente considerar fixado um preço base mesmo quando este não tem qualquer utilidade

⁽⁵²⁾ Cfr., para um dos preceitos mais problemáticos da História dos Contratos Públicos em Portugal, que inclusivamente deu origem a uma jurisprudência criativa do Tribunal de Contas que tinha o comprovável intuito de balizar o que se devia entender por um preço “consideravelmente superior ao preço base”, a alínea b) do n.^º 1 do artigo 107.º do Decreto-Lei n.^º 59/99, de 2 de março. Para explicação da reforma legislativa operada pelo n.^º 1 do artigo 47.º e pela alínea d) do n.^º 2 do artigo 70.º do CCP, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas...*, cit., pp. 359 e segs..

para a entidade adjudicante⁽⁵³⁾ – não tem cabimento no Direito Português e constitui um corpo estranho no CCP. É que – em contraste com a função que o legislador confia ao conceito de “valor do contrato”, previsto no artigo 17.º para o efeito de proteção da concorrência de mercado contra a adoção de procedimentos menos competitivos – a função específica do preço base consiste, tão-simplesmente, em proteger a própria entidade adjudicante e salvaguardar as suas disponibilidades orçamentais que limitam o preço que está disposta a pagar.

Ora, se – como se escreve no n.º 2 – “o contrato a celebrar não impli[car] o pagamento de um preço pela entidade adjudicante”, então não há razão para impor artificialmente um preço base, porque as disponibilidades orçamentais da entidade adjudicante não precisam de ser salvaguardadas perante um preço que nunca será pago no contrato.

84. Em suma, nesta nova alteração voluptuária, o Anteprojeto consegue, simultaneamente, *i*) modificar a fisionomia do texto sem apresentar em troca qualquer benefício nas soluções materiais previstas nas suas disposições, *ii*) eliminar disposições insubstituíveis e criar novas lacunas normativas reais antes inexistentes, *iii*) mas também, em seu lugar, aditar disposições inúteis e insuscetíveis de aplicação.

Nestes termos, sugere-se **reverter as alterações de redação do artigo 47.º**, recuperando a redação atualmente em vigor.

85. Vale a pena referir ainda que, independentemente da solução adotada para o artigo 47.º, em caso algum pode ela ser compatível com a causa de não adjudicação prevista na **alínea i) do n.º 1 do artigo 79.º**. Com efeito, se a entidade adjudicante pretende ver a sua disponibilidade orçamental protegida perante propostas de preço excessivo, deve precaver-se através da fixação de um preço base adequado; se, pelo contrário, se abstiver de o fazer, então informa implicitamente o mercado de que aceitará qualquer preço que lhe seja proposto (desde que o preço não seja ilícito por violação das regras relativas ao valor do contrato ou ao regime de autorização de realização de despesas públicas), não sendo o mecanismo das causas de não adjudicação a resposta adequada para a sua omissão.

6.4 As alterações na redação do artigo 49.º

86. Um problema similar é detetado nas alterações propostas para o artigo 49.º. Neste ponto, sublinhe-se, a crítica não incide sobre os seus números iniciais – concretamente os seus (novos ou modificados) **n.os 1 a 7** –, os quais, aliás, independentemente da opinião do legislador português, sempre careceriam de uma atualização tendo em conta as iniciativas inovadoras que o legislador europeu acolheu em matéria de especificações técnicas.

⁽⁵³⁾ Como se sabe, a única utilidade do conceito de preço base (que é, afinal, o parâmetro base do preço) – e tal como qualquer outro parâmetro base – é a de limitar o preço proposto pelos concorrentes, permitindo excluir as propostas que apresentem preços superiores a essa base. Neste contexto, interrogamo-nos, pois, sobre qual o objetivo então do n.º 2 do artigo 47.º.

Porém, é sabido que cabia aos (na versão atualmente em vigor) n.os 4 a 6 e 12 a 13 a tarefa de fixar o essencial do regime jurídico que estruturava as referências a normas técnicas presentes nos restantes preceitos do artigo: a essas disposições cabia determinar i) a regra geral de respeito pela concorrência (regra geral de proibição de referência a fabricantes, proveniências, processos de fabrico, marcas, patentes, modelos, origens ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens – n.º 12), ii) a fixação de casos excepcionais em que essa referência nominativa é permitida, desde que acompanhada da menção “ou equivalente” – n.º 13) e iii) a fixação das regras adicionais que garantem o efeito útil deste regime de proteção da concorrência através da implementação de medidas que evitam a exclusão de propostas mesmo nos casos em que as especificações técnicas sejam bem delineadas (n.os 4 a 6).

Sucede que estas últimas disposições estruturantes do regime das especificações técnicas, cuja configuração é bem conhecida de todos os operadores jurídicos, veem agora a sua fraseologia e até mesmo a sua ordenação totalmente modificadas – dando origem aos **novos ou modificados n.os 8 a 12** –, com o Anteprojeto a *ressistematizar* e a *reescrever* os preceitos com os quais a comunidade jurídica se havia já familiarizado. Uma vez mais, trata-se aqui de uma preferência pessoal de redação que altera a própria sequência das disposições, tornando difícil ao intérprete proceder inclusivamente à identificação da sua correspondência com o articulado anterior, sem que se apresente qualquer justificação material para o efeito.

Observa-se apenas que a referência presente na parte final do n.º 10 e no n.º 12 do Anteprojeto aos “meios de prova referidos no n.º 2 do artigo 49.º-A” pode ser positiva para a atuação procedural dos concorrentes afetados. Com exceção dessa referência, sugere-se que **a redação do texto atual dos n.os 4 a 6 e 12 a 13 do artigo 49.º do CCP seja recuperada**.

6.5 Ressistematização do regime dos erros ou omissões (artigos 50.º e 61.º)

87. Como é sabido, nos últimos anos apontou-se como conveniente uma ressistematização do regime dos erros ou omissões do caderno de encargos, reputado como excessivamente complexo e potenciador de litígios na prática procedural.

Nesse contexto, a ressistematização agora proposta consistiu na *fusão*, num reformado artigo 50.º, das regras aplicáveis a todas as hipóteses i) de prestação de esclarecimentos (cfr. n.os 1 e 2) ou ii) de retificação ou suprimento de erros ou omissões das peças do procedimento (cfr. n.º 3), que antes se encontravam dispersas pelos artigos 50.º e 61.º.

Todavia, é patente a elevada complexidade que sempre afetaria esse trabalho de ressistematização, tendo em conta a dificuldade (legística) de transferir para o artigo 50.º todos os múltiplos aspectos que antes constavam do artigo 61.º, mantendo-se sempre latente o risco de originar lacunas normativas no tocante a situações que deixassem de ser abrangidas pela lei após essa transferência.

88. Ora, perante a proposta em apreço, suscitam-se as dúvidas concernentes a saber i) qual o limite para o “prazo fixado no convite ou no programa de concurso” que adicionalmente a entidade adjudicante pode fixar – de forma discricionária, e aparentemente em termos ilimitados – para

responder às listas de erros ou omissões (cfr. n.º 5); e, *ii) sobretudo*, qual o mecanismo de garantia de que os interessados disporão ainda de um prazo adequado – na versão atualmente em vigor, o último sexto do prazo de apresentação das propostas – para a apresentação de uma proposta adequada na sequência da notificação da resposta que a entidade adjudicante tiver dado àquelas.

É que, note-se, as expectáveis dificuldades na transferência de um regime tão complexo ocasionaram o *lapso* que levou à *não transferência*, para o artigo 50.º, do teor dos n.os 3 e 4 do artigo 61.º, deixando-se assim de assegurar que o prazo de apresentação das propostas se suspende pelo período temporal necessário para o completamento da proposta.

89. Obviamente, esta necessidade de correção do texto – que ainda obrigará a aumentar mais a sua extensão – não pode deixar de inculcar a mesma dúvida que se vem suscitando quanto a tantos outros pontos do articulado: é bom de ver que a comunidade jurídica já despendeu um esforço considerável para apreender o regime jurídico de suprimento de erros ou omissões agora em vigor, pelo que a sua alteração só deveria ser justificada se os benefícios materiais dela resultantes fossem inequívocos.

Ora, repita-se, a alteração empreendida terá visado a simplificação de uma disciplina jurídica que se reputava excessivamente complexa, procurando-se uma nova redação que simultaneamente fosse tão inteligível quanto facilmente exequível pelos seus destinatários. Porém, ao observar o teor atualmente atribuído aos nove números do artigo 50.º – que ainda *não incluem* as disposições adicionais que, por lapso, ainda não foram transferidas do artigo 61.º –, é impossível não questionar se houve alguma utilidade material relevante nesta reconfiguração da redação – a qual dificilmente se pode considerar «simplificada» ou «mais inteligível» – e se, portanto, valerá a pena pagar aquele preço de reformulação do texto já conhecido pelos destinatários do CCP.

Não poderia por isso deixar de se sugerir a **reversão das alterações propostas para o artigo 50.º e da supressão proposta para o artigo 61.º do Código**.

6.6 Reformulação do artigo 54.º-A (violação do artigo 20.º da Diretiva n.º 2014/24)

90. Parece-nos inequívoco que a redação proposta para o artigo 54.º-A viola o artigo 20.º da Diretiva 2014/24.

Com efeito, atente-se que enquanto na Diretiva a referência aos 30% de trabalhadores serem deficientes ou desfavorecidos (conceitos que na transposição devem merecer, aliás, muito rigor na sua delimitação, já que estamos perante uma importante restrição à concorrência!) é sempre condição para que o contrato possa ser reservado às entidades nela referidas (*“desde que”*), no artigo 54.º-A do anteprojeto a referência os 30% de trabalhadores surge como um dos casos de entidades que podem ter os contratos reservados (*“ou quando”*).

De um ponto de vista formal, importa compreender que o que se reserva não é a *possibilidade* de participação, mas a própria participação.

91. Por outro lado, importa saber se é mesmo opção do legislador (ou antes esquecimento) a não transposição do segmento do artigo 20.º da Diretiva relativo à reserva da execução do contrato para o âmbito de programas de emprego protegido. Julga-se que terá sido intencional, já que também não se antevê em que consistiria realmente tal reserva de execução (que não seja uma reserva de participação no procedimento).

92. Propõe-se assim a seguinte redação:

"A entidade adjudicante pode reservar a participação num determinado procedimento de formação de contrato, como candidatos ou como concorrentes, a entidades cujo objeto seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou economicamente desfavorecidas, desde que pelo menos 30% dos respetivos trabalhadores sejam portadores de deficiência como tal reconhecida nos termos da lei".

6.7 Equívocos na redação dos preceitos relativos a impedimentos (artigos 55.º e 55.º-A)

93. A redação proposta para várias alterações sugeridas ao artigo 55.º e para o aditamento de um novo artigo 55.º-A encontra-se marcada por um preocupante leque de equívocos.

94. Em primeiro lugar, quanto à **alínea k) do artigo 55.º**, embora seja certo que o advérbio *"indevidamente"* conste do texto da Diretiva 2014/24, seria conveniente a sua concretização, já que, no Direito português, a expressão ou bem que respeita a um comportamento ilícito ou é inútil. Sugere-se pois a seguinte redação:

"Tenham diligenciado no sentido de influenciar a prática da decisão de contratar ou da decisão de escolha do procedimento ou de obter informações confidenciais suscetíveis de lhes conferir vantagem na participação no procedimento".

Já a última parte da alínea deveria ser autonomizada, porquanto se trata aqui de situação substancialmente distinta da primeira. Além disso, não se trata, na lógica do Código, de um caso de impedimento, mas de um caso de *exclusão da candidatura ou da proposta*, os quais, de resto, já são parcialmente abordados nos artigos 146.º e 184.º, que constituem o lugar certo para os aditamentos em apreço. Sugerem-se pois as seguintes redações:

a) No **artigo 146.º, aditamento à alínea I) do n.º 2**, que ficaria com o seguinte teor:

"Que sejam constituídas por documentos falsos ou nas quais os concorrentes prestem culposamente falsas declarações ou, ainda, informações erróneas suscetíveis de influenciar o conteúdo das decisões de exclusão ou de adjudicação".

b) No **artigo 184.º, aditamento à alínea j) do n.º 2**, com o seguinte teor:

"Que sejam constituídas por documentos falsos ou nas quais os concorrentes prestem

culposamente falsas declarações ou, ainda, informações erróneas suscetíveis de influenciar as decisões de exclusão de candidaturas ou de qualificação dos candidatos”.

95. Em segundo lugar, quanto à alínea *I*) do artigo 55.º, a situação de conflito de interesses já se encontra regulada no Código do Procedimento Administrativo, sendo que a garantia da imparcialidade não passa, no Direito Português, pelo estabelecimento de um impedimento à participação no procedimento, mas antes pelo afastamento do agente administrativo impedido. Não se vê pois que situações podem caber nesta alínea. Aliás, a alínea refere-se a “*exclusão*” (de candidaturas/de propostas), o que é incongruente com o estabelecimento de um impedimento.

Sugere-se pois a **supressão da alínea *I*) do artigo 55.º**.

96. Em terceiro lugar, quanto ao artigo 55.º-A, o seu n.º 1 é absolutamente tautológico tendo em conta que, desde os anos 90 do século passado, as leis da contratação pública passaram a referir-se a este impedimento através da expressão “*situação regularizada*” em vez de “sem dívidas” (cfr. a alínea *e*) do artigo 55.º do CCP).

Por seu turno, o n.º 2, porque completamente tributário do “diretivez” (cfr. n.º 6 do artigo 57.º da Diretiva), não irá permitir uma aplicação segura e rigorosa. Em primeiro lugar, não se explica em que consistem as “*medidas*” que podem ser tomadas pelo concorrente e em que consiste o difusíssimo conceito de “*fiabilidade*”. E nem se argumente que são esses os conceitos usados na Diretiva. Com efeito, nos termos do Considerando (102), os Estados membros têm o dever de determinar as “*exatas condições processuais e materiais aplicáveis*” em que os concorrentes podem demonstrar quais as referidas medidas. E, mais explicitamente ainda, a imposição de completude encontra-se imposta pelo n.º 7 do próprio artigo 57.º da Diretiva.

Além disso, o disposto nas alíneas *a*) a *c*) deste n.º 2 apenas pode dizer respeito às alíneas *b*), *c*), *f*), *g*), *h*) e *i*) do artigo 55.º, sendo umas relativas a infrações penais e outras a faltas graves (cujo conceito não está, aliás, esclarecido). O 2.º parágrafo do n.º 6 do artigo 57.º da Diretiva não se aplica a todas as situações previstas nos n.ºs 1 a 4 do mesmo artigo 57.º!

A alínea *b*) refere-se ao “*inquérito*”: trata-se de uma cópia acéfala da disposição da Diretiva. A que “*inquérito*” se refere esta norma? Será inquérito no sentido penal ou qualquer outro tipo de procedimento (contraordenacional, por exemplo)?

Por sua vez, o n.º 3 deste artigo parece contrariar a Diretiva, já que não se vê que esta conceda às entidades adjudicantes o poder discricionário de afastar o impedimento; pelo contrário, o que resulta da última parte do 1.º parágrafo do n.º 6 do artigo 57.º é o dever da entidade adjudicante não “*excluir*” (=impedir) o concorrente. Ora, o n.º 3 consagra antes um poder discricionário da entidade adjudicante. Em todo o caso, a redação não tem qualquer rigor jurídico: a expressão “*relevar*” não tem tradição na terminologia jurídica para significar “*afastar*”.

Por último, é evidente que falta a transposição do 4.º parágrafo deste n.º 6 do artigo 57.º da Diretiva.

Pelo exposto, sugere-se a **reformulação global do artigo 55.º-A do Anteprojeto**.

6.8 A competência do júri para a retificação das peças do procedimento e para a decisão sobre erros ou omissões (n.º 2 do artigo 69.º)

97. Nada há a censurar quanto ao aditamento da nova alínea c) ao n.º 1 do artigo 69.º, atribuindo ao júri a competência para “proceder à apreciação de soluções e projetos”.

98. Em contrapartida, não se pode considerar feliz o aditamento sugerido para o n.º 2 do mesmo artigo, retirando ao órgão competente para a decisão de contratar a possibilidade de incluir na normal delegação de competências em benefício do júri a competência para *retificar as peças do procedimento e para aceitar ou rejeitar os erros ou omissões do caderno de encargos*.

Compreende-se bem a lógica subjacente a esta proposta: na linha de um sector jurisprudencial, supõe-se que, cabendo à própria entidade adjudicante definir as balizas à atuação de todos os intervenientes no procedimento – incluindo o júri – através da aprovação das respetivas peças, seria estranha a possibilidade de conferir ao mesmo júri o poder de modificar as normas que presidem à sua conduta procedural. Justificar-se-ia, portanto, a ausência de qualquer receio *apenas* quanto à atribuição da competência para a prestação de meros *esclarecimentos* (cfr. n.º 1 do artigo 50), os quais, por natureza – como a própria terminologia indica –, apenas *tornam claro*, sem modificar, as disposições procedimentais; contudo, essa competência não poderia ser acompanhada do poder de introduzir verdadeiras modificações das peças, o que poderia suceder através da aprovação de retificações ou do suprimento de erros ou omissões (cfr. n.º 3 do artigo 50.º).

99. Aqui se encontra uma nova evidência de que diversas sugestões legiferantes laboram meramente no plano teórico, alheando-se do modo de funcionamento das entidades adjudicantes e mostrando-se inaptas para uma normação eficaz. Sendo certo que o órgão competente para a decisão de contratar pode preferir reservar para si – ou até para um órgão subalterno ou dele funcionalmente dependente, embora sempre distinto do júri – a faculdade de controlar qualquer modificação das peças do procedimento, a experiência de qualquer operador jurídico no sector indica que tal hipótese é puramente *impraticável* para uma importante parcela das entidades adjudicantes portuguesas. Sabendo-se que, consoante a complexidade do procedimento, o número de pedidos de retificação das peças e de suprimento de erros e omissões identificados pelos potenciais concorrentes – ou oficiosamente identificados pelo júri ou por outro pessoal da entidade adjudicante envolvido no procedimento – pode incrementar-se de forma imprevisível, seria fantasioso imaginar que a tramitação procedural se poderia compadecer com a demora inerente à espera por todas as decisões que, a cada passo, fossem solicitadas ao órgão competente para a decisão de contratar sempre que este se insere na cadeia superior da organização do Estado (Conselho de Ministros, Ministros ou Secretários de Estado) ou sempre que consiste num executivo autárquico de maior dimensão.

Reita-se: nada impede que qualquer destes órgãos julgue que, no seu caso, será possível responder de forma expedita a todas as solicitações que lhe sejam formuladas e, por isso, insista em reservar esse poder para si próprio – e a redação atual do Código obviamente permite qualquer escolha que esses órgãos considerem apropriada (cfr. atual n.º 3 do artigo 50.º, em conjugação, se for o caso, com o n.º 1 do artigo 109.º do CCP). Mas o que não é razoável é supor que as entidades adjudicantes

dotadas de uma organização mais complexa – a começar pelo próprio Estado ou Regiões Autónomas e a acabar nos Municípios de maior dimensão – poderão, *em todos os casos, e sem exceção*, dispensar o recurso ao próprio júri que constitui justamente o órgão *ad hoc* dedicado ao procedimento e normalmente mais conhecedor do teor das peças procedimentais.

Nem mesmo o recurso à norma habilitante genérica para delegação de competências constante do n.º 1 do artigo 109.º do Código permite solucionar esse problema, visto que, no caso de não poucas entidades adjudicantes, ninguém senão o júri pode responder de forma expedita a todos os pedidos de retificação ou suprimento de erros ou omissões, não existindo qualquer outro órgão suscetível de ser escolhido como delegatário que permita minorar o atraso na apreciação daqueles pedidos.

Daí, insista-se, a evidente conclusão acerca do alheamento desta sugestão legislativa em face da realidade: ninguém com experiência prática na atividade da contratação pública julgaria possível o cumprimento de uma disposição como aquela que se pretende aprovar com o novo n.º 2 do artigo 69.º. A ser efetivamente aprovada, ela teria um de dois destinos: ou seria ignorada pelas entidades adjudicantes, provocando sérios problemas de legalidade procedural, ou, sendo levada a sério, atrasaria os procedimentos mais complexos por semanas ou meses.

Nem se diga que a manutenção da hipótese de conferir ao júri a competência para retificar as peças ou suprir erros ou omissões – dando-lhe o poder para modificar as normas a que ele próprio se encontra sujeito – colocaria um problema teórico à luz do *princípio da legalidade*: no plano regulamentar, não existe qualquer impedimento paralelo ao que o n.º 2 do artigo 111.º e o n.º 5 do artigo 112.º da Constituição formulam para o plano legislativo. Desde que a lei o não impeça, as competências regulamentares podem ser redistribuídas sem ofensa para os princípios conformadores do ordenamento administrativo.

De resto, o entendimento contrário provaria demais: ele também vedaria que o n.º 1 do artigo 109.º fosse aproveitado para recorrer a qualquer mecanismo de delegação de competências para gestão e modificação das peças, ainda que o órgão delegatário escolhido fosse distinto do júri, logo que se verificasse ser subalterno ou funcionalmente dependente do órgão que originalmente houvesse aprovado as peças.

100. Pelo exposto, sob pena de o Código passar a incluir uma norma inexequível que cairá em desuso, recomenda-se vivamente **reverter o aditamento proposto para o n.º 2 do artigo 69.º**, mantendo-se a redação atualmente em vigor, sem prejuízo de, pelo contrário, **se aderir ao aditamento proposto para a nova alínea c) do n.º 1 do mesmo artigo**.

6.9 A previsão dos requisitos mínimos de capacidade financeira no concurso limitado por prévia qualificação (artigos 164.º, 165.º, 179.º, 184.º e 187.º)

101. A principal alteração em matéria de requisitos mínimos de capacidade (financeira e técnica) para efeitos de qualificação de candidatos no concurso limitado por prévia qualificação consiste na revogação das disposições que impõem que a capacidade financeira se baseie, pelo menos, no requisito mínimo traduzido pela expressão matemática que consta do anexo IV ao CCP (relativo ao EBITDA dos candidatos). São assim revogados: a alínea i) do n.º 1 do artigo 164.º e o n.º 2 do artigo

165.º, bem como, evidentemente, o referido anexo IV.

Desaparecendo essa imposição legal, os requisitos de capacidade financeira passam a ser apenas os que o programa do concurso estabelecer. Por outras palavras: deixa de haver um **requisito legal** mínimo de capacidade financeira, passando todos os requisitos mínimos de capacidade financeira a ser estabelecidos no programa do concurso.

Porém, nesse cenário – que é então o de os requisitos mínimos de capacidade financeira serem todos estabelecidos no programa do concurso tal como já sucede como os requisitos mínimos de capacidade técnica –, em vez de se manter uma norma como a do n.º 4 do artigo 164.º (que só existia por causa do requisito legal relativo ao EBITDA), é preferível, porque mais simples e mais intuitivo, **alterar a alínea h) do n.º 1 do artigo 164.º passando a dizer-se “os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira que os candidatos devem preencher”**.

Com efeito, com a eliminação do já referido requisito legal, a norma do n.º 4 do artigo 164.º deixa de fazer qualquer sentido. Por outro lado, não há qualquer necessidade de, mesmo no que respeita aos (todos!) requisitos indicados no programa do concurso, chamar a atenção para o limite previsto no n.º 3 do artigo seguinte. Como é natural, este n.º 3 do artigo seguinte sempre se aplicaria independentemente dessa chamada de atenção.

102. Eliminado o requisito legal relativo ao EBITDA dos candidatos, é seguramente lapso a manutenção da redação do **corpo do n.º 3 do artigo 179.º e da segunda parte da alínea e) do n.º 2 do artigo 184.º**. Estas normas continuam a referir-se a um específico e determinado requisito mínimo de capacidade financeira, que agora, como se viu, já não existe como tal, isto é, como requisito legalmente previsto⁽⁵⁴⁾. Por isso, das duas uma: ou se pretende que a norma do n.º 3 do artigo 179.º (que mantém o mecanismo de supletividade/equivalência quanto ao preenchimento do requisito legal do EBITDA) valha para qualquer requisito de capacidade financeira estabelecido no programa do concurso ou, em alternativa, a norma do n.º 3 do artigo 179.º deve também ser eliminada. E o mesmo se diga relativamente aos documentos que se referem a um específico e determinado (qual?) requisito mínimo de capacidade financeira e cuja não apresentação determina a exclusão da candidatura (segunda parte da alínea e) do n.º 2 do artigo 184.º). Porém, neste último caso, a não apresentação dos documentos previstos no n.º 3 do artigo 179.º fica consumida na primeira parte da alínea, pelo que é sempre inútil a sua segunda parte.

Contudo, se for adotada a primeira alternativa, é preciso ponderar seriamente se a apresentação da declaração bancária – ou, no caso do agrupamento candidato, se a circunstância de um dos seus membros ser uma instituição de crédito – permite considerar o candidato como financeiramente capacitado em todo e qualquer caso, substituindo-se dessa forma o preenchimento de qualquer requisito mínimo de capacidade financeira estabelecido no programa do concurso, independentemente, portanto, do tipo, conteúdo e dimensão do contrato que se pretende celebrar. Neste caso, a redação do corpo do n.º 3 do artigo 179.º e da alínea e) do n.º 2 do artigo 184.º devem ser as seguintes:

⁽⁵⁴⁾ Como é óbvio, a entidade adjudicante pode estabelecer no programa do concurso, como requisito mínimo de capacidade financeira, o *antigo* requisito relativo ao EBITDA, tal como ele se enuncia hoje no anexo IV do CCP. Passa a ser mais um requisito mínimo de capacidade financeira a par de outros que a entidade adjudicante estabeleça no programa do concurso.

"3. Exclusivamente para efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que equivale ao preenchimento de todos os requisitos mínimos de capacidade financeira estabelecidos no programa do concurso:

a) [...];

b [...]."

"e) Que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos."

103. A primeira parte do n.º 3 do artigo 165.º, ao pretender transpor o 2.º parágrafo do n.º 3 do artigo 58.º da Diretiva 2014/24, comete um lapso manifesto, ao referir-se a qualquer requisito de capacidade financeira que venha a ser estabelecido no programa do concurso. Para além, evidentemente, do erro de redação – não são os requisitos que excedem o dobro do valor...; são os valores X que excedem valores Y –, importa ter presente que aquele 2.º parágrafo do n.º 3 do artigo 58.º só estabelece o limite relativamente ao *volume de negócios anual* (que tem o sentido de volume de receitas brutas).

Se o requisito mínimo de capacidade financeira consistir, por exemplo, num determinado rácio (de liquidez reduzida ou outro qualquer), o limite relativo ao dobro do valor do contrato não faz sentido. E o mesmo se diga se se pensar num requisito mínimo que tenha a ver com a aplicação de fórmulas matemáticas ligadas a demonstrações financeiras sem qualquer nexo com o valor do contrato.

Por outro lado, mais uma vez é incorreto (e inaplicável) que a referência seja a "*do valor do contrato*". Como se sabe, no momento da apresentação da candidatura, qual é o valor do contrato, se este (queria dizer-se: «o preço contratual»!) só surge quando for adjudicada uma proposta? A única referência possível é, neste contexto, o preço base.

Por isso, a redação deveria ser a seguinte:

3. Quando o volume anual de receitas do candidato seja estabelecido como requisito mínimo de capacidade financeira, aquele não pode exceder o dobro do preço base, salvo em casos devidamente justificados, designadamente relativos aos riscos especiais associados à natureza do contrato, e devem reportar-se [...] (55).

104. Finalmente, importa analisar a questão da qualificação dos candidatos quando conjugada com a apresentação do Documento Europeu Único de Contratação Pública.

Como se sabe, a candidatura é constituída por um conjunto de documentos destinados à qualificação dos candidatos (cfr. n.º 1 do artigo 168.º), consistindo esses documentos nos comprovativos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira. A decisão de qualificação depende, portanto, do preenchimento daqueles requisitos mínimos.

Por outro lado, é certo que, nos termos do n.º 1 do artigo 59.º da Diretiva, as entidades adjudicantes

(55) Como se vê, sugere-se uma pequena melhoria de redação, já que não é perceptível qual seja o sujeito da frase "*quando se prenda com os riscos*".

“devem” aceitar o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) **em substituição** de certificados que são destinados a demonstrar o cumprimento de requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira.

Ora, quando o novo n.º 2 do artigo 187.º estabelece a possibilidade de ser concedido aos concorrentes qualificados um prazo para a apresentação dos documentos de qualificação (comprovativos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira) nos casos em que “tais requisitos tenham apenas sido declarados mediante a apresentação da declaração conforme modelo constante do anexo V ao presente Código ou do Documento Europeu Único de Contratação Pública”, está a pressupor que estes dois documentos (a Declaração do Anexo V e o DEUCP) são documentos nos quais os concorrentes *declararam* que preenchem⁽⁵⁶⁾ todos aqueles requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira. Casos, portanto, em que a qualificação não tem por base o efetivo (e comprovado) preenchimento dos requisitos mínimos, mas apenas a *declaração dos próprios candidatos de que preenchem esses requisitos*.

A verdade, porém, é que tal pressuposição padece de vários equívocos.

Em primeiro lugar, esquece-se que o n.º 1 do artigo 59.º da Diretiva só admite que o DEUCP opere aquela substituição quando os documentos comprovativos do preenchimento dos requisitos sejam “certificados emitidos por autoridades públicas ou por terceiros”. Ora, muitos dos documentos comprovativos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira são documentos do próprio concorrente, os quais não podem ser substituídos, portanto, pelo DEUCP.

Em segundo lugar, a Declaração do Anexo V do CCP não prevê qualquer declaração do candidato sobre o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira. Aliás, é o DEUCP (e não a Declaração do Anexo V) que deve ser constituído por uma declaração atualizada na qual o candidato, sob compromisso de honra, declara esse preenchimento (cfr. n.º 1 do artigo 59.º da Diretiva); mas, como se disse, apenas relativamente a requisitos de capacidade técnica ou de capacidade financeira cujo preenchimento é comprovado por certificados emitidos por autoridades públicas ou por terceiros. Nunca servirá, portanto, para a comprovação feita por documentos do próprio candidato (pense-se, por exemplo, no *curriculum vitae* ou em *documentos financeiros*).

Poderia contra-argumentar-se que a redação da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 187.º, ao prevenir que a apresentação dos documentos após a decisão de qualificação só ocorre “sempre que se revelar necessário”, desfaz os equívocos referidos. Porém, como é intuitivo, revela-se necessário apresentar os documentos após a decisão de qualificação quando o DEUCP não resolve o problema da confirmação do preenchimento dos requisitos. Mas, como se sabe – e no estado atual de vigência do DEUCP... - nunca resolve. Por isso, os documentos comprovativos serão sempre precisos.

105. Em suma: a opção do Anteprojeto de incorporar no CCP o DEUCP como substitutivo de documentos destinados a comprovar o preenchimento de requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira não representa, quanto a nós, qualquer mais-valia desburocratizadora.

⁽⁵⁶⁾ Como é óbvio, os requisitos não se *declararam*, como se lê na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 187.º; quando muito, o que se declarará é o preenchimento dos requisitos!

Pelo contrário: os candidatos, em vez de só terem de apresentar os documentos de qualificação exigidos no programa do concurso (cfr. alínea *j*) do n.º 1 do artigo 164.º passam a ter de apresentar o DEUCP e continuam a ter de apresentar aqueles mesmos documentos.

Em todo o caso, se se mantivesse esta norma, para que não restassem dúvidas de que a faculdade prevista na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 187.º não estava sempre disponível, seria necessário acautelar, na alínea *s*) do n.º 1 do artigo 164.º, a situação. Uma redação possível seria: “*o prazo para a apresentação, após a decisão de qualificação, dos documentos comprovativos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira, nos casos em que para tal não é suficiente a apresentação do DEUCP*”.

6.10 A incompreensão dos condicionamentos à formação de um acordo quadro com várias entidades (artigos 252.º e 258.º)

106. Na versão atual do Código, as entidades adjudicantes recebem a competência para escolherem se os seus acordos quadro serão celebrados com *um ou mais operadores económicos* (cfr. artigo 252.º). Tal escolha tem um impacto decisivo na estrutura do acordo quadro: se ele é celebrado com *uma só entidade*, nada há que deixar em aberto para os procedimentos de formação dos contratos futuros, visto que o prospetivo adjudicatário de todos os contratos já se encontra predefinido e, por isso, não se precisa de recorrer a aspetos da execução do contrato que tenham sido deixados indefinidos para diferenciar as propostas de modo a escolher uma delas. Sucede o contrário se o acordo quadro é celebrado com *várias entidades*: nesse caso, o que se torna vedado é justamente deixar totalmente predefinidos os aspetos da execução do contrato, visto que, de outro modo, não é possível diferenciar as propostas para a sua comparação e avaliação posterior.

Daí que, *i) por um lado*, o artigo 258.º manda a entidade adjudicante recorrer à tramitação própria do ajuste direto para formar contratos ao abrigo de um acordo quadro com um operador já predeterminado; mesmo que se deva pormenorizar o modo de execução de alguma condição contratual, essa hipótese não implica a abertura de um período de avaliação (cfr. n.º 3) nem, muito menos, a necessidade de elaboração de um caderno de encargos (cfr. n.º 2); *ii) por outro lado*, o artigo 259.º manda já a entidade adjudicante recorrer a um procedimento atípico, que inclui um período de avaliação das propostas (cfr. n.ºs 1 e 2), sendo mesmo necessário aplicar as regras previstas nos artigos 139.º e seguintes do Código (n.º 3), fruto da necessidade de diferenciar as propostas.

107. Numa surpreendente sugestão, o Anteprojeto propõe a alteração da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 252.º, o aditamento de um n.º 3 a esse artigo 252.º e a alteração do artigo 258.º, de modo a reformular este modelo dualista e a permitir que um acordo quadro que já *fecha* todos os aspetos da execução do contrato possa também ser *celebrado com vários operadores económicos*. Obviamente, isto evidencia um desconhecimento do modelo de avaliação de propostas no Direito Português dos Contratos Públicos: se a entidade adjudicante dispõe de uma *bolsa de fornecedores* prontos para executar os contratos que celebra no âmbito de um acordo quadro, então precisa de recorrer a aspetos da execução do contrato que tenham sido deixados (pelo menos parcialmente) em aberto para proceder à comparação e diferenciação entre propostas e à escolha de uma delas.

Torna-se por isso inútil aditar um n.º 3 ao artigo 252.º, referindo-se aos “critérios objetivos para a seleção do ou dos cocontratantes a convidar por ajuste direto”, quando nenhum critério pode ser razoavelmente usado à luz do princípio da eficiência – o princípio que paradoxalmente tem sido apontado como fundamento para a solução que o Anteprojeto erradamente apresenta para o novo regime da contratação excluída (*v. supra*) – a não ser o da diferente atratividade dos *atributos* propostos por cada concorrente⁽⁵⁷⁾. Mas nenhum atributo pode ser proposto se nenhum aspecto da execução do contrato foi deixado em aberto para permitir a diferenciação entre propostas!

A melhor demonstração do lapso desta redação consiste no facto de recorrer, no artigo 258.º, à distinção entre a adoção dos procedimentos de “ajuste direto” ou de “consulta prévia” consoante o número de entidades incluídas no acordo quadro. Ora, como é de ver, não seria exequível a adoção deste último procedimento se não fosse indicado um *critério de adjudicação* para diferenciação entre as propostas (cfr. alínea *d*) do n.º 2 do artigo 115.º do Anteprojeto), sob pena de ser impossível escolher o adjudicatário. Mas, precisamente, é esse critério de adjudicação que fica inviabilizado no caso em apreço, porque ele só pode incidir sobre “aspetos da execução do contrato” (cfr. n.º 4 do artigo 74.º ou n.º 1 do artigo 75.º do Anteprojeto), os quais, porém, de acordo com o depoimento do próprio Anteprojeto, já se encontram “suficientemente especificados” (cfr. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 252.º e, logo, não permitem a sua utilização para a elaboração de um critério de adjudicação!

É pois percertível que esta proposta não foi sequer acompanhada de uma verdadeira compreensão do alcance das disposições agora projetadas.

108. Pelo exposto, propõe-se reverter todas as alterações e aditamentos propostos para os artigos 252.º e 258.º do Código.

Visto que tão-pouco se encontram fundamentadas as **alterações propostas para o artigo 259.º**, que não reposam sobre qualquer justificação material relevante, voltando unicamente a ter o efeito de modificar um articulado já conhecido pelos operadores jurídicos sem apontar qualquer benefício que compense tal inconveniente, propõe-se igualmente a sua rejeição.

6.11 A concretização da “bad past performance” como motivo de exclusão da proposta (alínea m) do n.º 1 do artigo 55.º; alíneas f) e g) do n.º 1 do artigo 456.º e artigo 460.º).

109. Reconhece-se que uma das normas de mais difícil transposição da Diretiva 2014/24 é a prevista na alínea *g* do n.º 4 do seu artigo 57.º. Com efeito, incumbe aos Estados membros, no contexto dos seus próprios constrangimentos legais, concretizar o vasto número de conceitos indeterminados com o que o legislador europeu descreveu aquilo a que se chama a “*bad past performance*” de um operador económico na execução de contratos como impedimento à participação em futuros procedimentos de contratação pública (daí a sua inclusão entre as alíneas do n.º 1 do artigo 55.º do CCP). Impedimento esse que, nos casos em que o visado tenha insistido na sua participação, ganha a qualificação de *motivo de exclusão da respetiva proposta* (cfr. alínea *c*) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP).

⁽⁵⁷⁾ Não se imagina que se recorra a critérios aleatórios ou afins para escolher o cocontratante de cada procedimento...

A solução alcançada pelo anteprojeto é a de prever apenas dois casos que conduzem à aplicação da sanção de inibição de participação: o incumprimento contratual que determine a aplicação de multas pelo valor máximo legalmente admitido (20% do preço contratual) e o incumprimento contratual que determine a resolução do contrato – cfr. **alíneas f) e g) do n.º 1 do artigo 456.º**.

Sucede que, para que estas situações de incumprimento contratual relevam para efeitos do referido impedimento é necessário que as mesmas (a aplicação das multas ou a rescisão contratual) ocorram em dois contratos diferentes nos dois últimos anos.

110. Ora, a experiência da execução contratual em Portugal mostra que a aplicação de multas contratuais desta grandeza e a rescisão contratual são situações que quase nunca se verificam. Por isso, nos casos – raros – em que essas situações venham a ocorrer, a circunstância de se exigir que as mesmas tenham ocorrido em dois contratos diferentes no curto espaço de dois anos levará, inexoravelmente, a que nunca se aplique o disposto no artigo 460.º às situações de “*bad past performance*” na execução contratual. Com efeito, não pode esquecer-se que, tal como se encontram redigidas as duas alíneas aqui em causa, o impedimento só existe se, no final de um processo contra-ordenacional, o infrator for mesmo punido com a referida sanção de inibição.

O ponto está pois, essencialmente, na expressão “*dois últimos anos*”. Haverá muitos casos em que só o processo contra-ordenacional se aproxima dessa duração. Assim, para que haja impedimento é preciso que, no decurso de um prazo de dois anos ocorram duas aplicações de multas (ou duas rescisões) e ainda chegue ao fim um processo contra-ordenacional que condene o infrator na referida sanção. Como é bem de ver, nunca tal se verificará.

Sugere-se pois que se pondere um grande alargamento daquele prazo de dois anos e, sobretudo, que baste uma situação de incumprimento para fazer funcionar o processo contra-ordenacional.

6.12 O aditamento contraproducente do artigo 474.º

111. Na versão original do Código de 2008 e nas suas sucessivas modificações, o legislador português sempre cuidou em não incluir no seu articulado os **limiares de aplicação** das Diretivas de Contratos Públicos, justamente por saber que a sua atualização ocorre através de Regulamento de Execução da Comissão Europeia, o qual, nos termos do disposto no artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é diretamente aplicável à margem de qualquer ato de transposição aprovado pelos Estados-Membros. Essa prudência, aliás, não constituiu qualquer inovação do CCP: a necessidade dessa opção foi compreendida por qualquer ato legislativo português surgido na área da contratação pública antes de 2008.

Porém, rompendo com essa tradição de décadas, o Anteprojeto não mostra a mesma prudência, aditando um artigo 474.º que tem por objeto a reprodução dos montantes dos limiares de aplicação das Diretivas Europeias. E, naturalmente, com essa falta de cautela, não consegue evitar cair em inconvenientes práticos, técnico-jurídicos e legísticos.

112. Por um lado, precisamente em razão da referida característica de aplicabilidade direta dos regulamentos europeus, o Anteprojeto não pode fazer depender a alteração daqueles limiares de uma nova revisão do CCP. É que, se o fizesse, inevitavelmente incorreria numa violação do princípio do primado do Direito Europeu e, por via indireta, da própria Constituição (cfr. n.º 8 do artigo 4.º da Constituição). Por isso, precisa de remeter a sua divulgação para um mero ato de publicitação no portal dos contratos públicos (cfr. n.º 5). Mas é óbvio o efeito colateral de desinformação da comunidade jurídica que isso suscita: não obstante a publicitação num sítio eletrónico, os destinatários do CCP passarão a aplicar um diploma que contém limiares quantitativos de adoção de procedimentos com publicidade internacional que estarão afinal desatualizados e nos quais os seus aplicadores não podem confiar. Não se vê como um ato legislativo que potencia uma tal desinformação dos seus destinatários pode ser considerado conforme com o princípio da segurança jurídica decorrente do modelo de Estado de Direito proclamado no artigo 2.º da Constituição.

Paralelamente, é claro que, fruto dessa indesejável circunstância, o legislador do CCP ficará pressionado para, o quanto antes, promover uma alteração do diploma propositadamente para revisão do seu artigo 474.º. Não parece de aplaudir esta potenciação da necessidade de revisão continuada de um diploma estruturante do Direito Administrativo Português.

Por fim, mesmo no plano dos equívocos legísticos, a preocupação com a circunstância de informar a comunidade jurídica acerca das futuras alterações introduzidas pela Comissão Europeia – preocupação desnecessária se se evitasse o aditamento deste artigo 474.º – conduziu o Anteprojeto a um erro palmar: ainda no seu n.º 5, dispõe-se que “os montantes dos limiares referidos nos números anteriores *são revistos de dois em dois anos pela Comissão Europeia*”. E assim se esqueceu que, no plano da legística formal, o presente do indicativo é utilizado para formular um comando imperativo – com um conteúdo deontológico e não informativo (“*são revistos*” = *devem ser revistos*) –, o que significa que, na prática, o Anteprojeto incorreu na situação caricata de *ordenar à Comissão Europeia* que reveja a cada dois anos os limiares constantes das Diretivas de Contratos Públicos.

Tudo isto, numa palavra, teria sido evitado se o Anteprojeto não rompesse com a tradição legislativa portuguesa das últimas décadas e não procedesse ao aditamento de um artigo 474.º que se mostra inútil e contraproducente para os objetivos *informativos* pretendidos. Razão pela qual a sua supressão é obviamente necessária.

6.13 Enumeração telegráfica de outros erros de redação

113. Procede-se agora a uma enumeração, ainda que não exaustiva, de erros de redação ou de legística detetados no curto espaço de tempo disponível e que, devido à sua quantidade, só podem ser apontados de forma telegráfica.

n.º 2 do artigo 5.º: transferência não é sinónima de delegação; por isso, é necessário incluir o artigo definido “*a*” antes da palavra “delegação”.

Em vez de “organizem”, sugere-se “*regulem*” ou “*disciplinem*”

Na parte final, não é gramaticalmente correta a inserção da vírgula antes de “e que”.

n.º 4 do artigo 5.º: a Parte II do CCP aplica-se/não se aplica à fase de formação dos contratos e não aos próprios contratos. Por isso, em nome do rigor, este número deve começar assim: “A Parte II do presente Código não é aplicável à formação dos contratos celebrados...” (aliás, em coerência com o restante CCP e com a parte final do mesmo número).

Alínea a) do n.º 4 do artigo 5.º: o CCP nunca usa a expressão “adjudicar contratos”; para o CCP, adjudicam-se propostas e celebram-se contratos. Por isso, onde se lê “contrato adjudicados a uma entidade” deveria estar “*contratos celebrados com uma entidade*”.

Subalínea i) da alínea g) do n.º 4 do artigo 5.º: normativamente, há uma diferença entre *referir* (a norma limita-se a remeter ou a fazer uma referência à realidade que quer regular) e *prever* (a norma dispõe efetivamente sobre certa realidade). Ora, nas alíneas do n.º 3 do artigo 474.º não se referem valores, mas antes prevêm-se valores. Por isso deve dizer-se “*ao previsto*”, em vez de “*ao referido*”.

Alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º: em harmonia com a subalínea i) da alínea g) e outras normas adiante, deve dizer-se “*quando o respetivo valor seja inferior ao previsto na alínea d) do n.º 3 do artigo 474.º*”.

n.º 1 do artigo 6.º: o que fica sujeito aos princípios é a formação dos contratos e não os próprios contratos: “*A formação dos contratos a que se referem os artigos 5.º e 5.º-A fica sujeita...*”. Na parte final, a correção é idêntica: “*...não aplicação da Parte II do presente Código à formação do contrato em questão*”.

n.º 2 do artigo 6.º: É a formação e não a celebração dos contratos a realidade jurídica que se pretende regular. Assim, deve dizer-se “*À formação dos contratos...*”.

Alínea b) do n.º 2 do artigo 6.º: é a igualdade de tratamento e não a garantia da igualdade de tratamento que deve ser observada. Todavia, o disposto nesta alínea já está consumido no corpo do n.º 2 quando este manda aplicar os princípios gerais da contratação pública (onde se encontra o da igualdade de tratamento).

n.º 3 do artigo 6.º: “*À formação dos contratos com objeto...*”

Artigo 19.º: inverteu-se, nas quatro alíneas, a ordenação dos procedimentos. Como sucede em todo o CCP, primeiro lugar aparece o ajuste direto e, em último lugar, os concursos com publicidade internacional.

Há uma flutuação terminológica: nas alíneas a) e e b) diz-se “*seja*”, mas nas alíneas c) e d) diz-se “*for*”. Deve ser sempre “*seja*”.

Alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º: a remissão para alínea d) do n.º 3 do artigo 474.º não faz sentido, uma vez que a formação destes contratos está excluída da aplicação da Parte II do CCP (cfr. alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º).

Alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º: em vez de “*for*” deve ser “*seja*”.

n.º 1 do artigo 21.º: na parte final deve ser “*pode adotar-se um dos seguintes procedimentos:*”.

n.º 1 do artigo 22.º: não é juridicamente correta a expressão “*prestações contratadas*”. Até porque, no momento em que a norma atua ainda nem sequer os lotes foram contratados. A norma regula uma situação passível de acontecer e não um pressuposto já ocorrido. Não se querendo usar a palavra lotes, então é preferível dizer “..., *sejam divididas em mais do que um procedimento*,...”.

Alínea a) do n.º 1 do artigo 22.º: os procedimentos não têm valores; por isso, em vez de “*somatório dos valores dos vários procedimentos*”, deve dizer-se “*somatório dos preços base dos vários procedimentos*”.

O mesmo deve dizer-se na **alínea b) deste mesmo n.º 1 do artigo 22.º**.

Alínea b) do n.º 1 do artigo 22.º: em vez de “*lançamento*” (expressão coloquial sem qualquer rigor jurídico), deve dizer-se “*aquando do início do primeiro procedimento, devesse ter previsto a necessidade de promover os procedimentos subsequentes*”.

Corpo do n.º 1 do artigo 24.º: a ordem da indicação dos procedimentos está invertida. Assim em coerência com muitas outras normas do anteprojeto, deve dizer-se: “...*deve adotar-se o ajuste direto ou a consulta prévia*.”

Subalínea i) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º: não se deve falar em “*objeto do procedimento*”, até porque a alínea já fala, e bem, em “*objeto do contrato*”. Por outro lado, falta o pronome “a” para distinguir a criação da aquisição.

Sugere-se a seguinte redação: “*o objeto do contrato seja a criação ou a aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico*”.

Alínea b) do n.º 2 do artigo 24.º: a norma não sofre qualquer alteração.

n.º 4 do artigo 24.º: a redação deste número é um dos exemplos paradigmáticos do “diretivez”. Como bem se comprehende, a ideia é a de que não é possível recorrer ao ajuste direto quando a configuração contratual (constante do caderno de encargos) tiver sido fotograficamente delineada, ou seja quando a restrição para a qual o caderno de encargos aponta seja, afinal, uma restrição artificial.

Sugere-se a seguinte redação: “*o ajuste direto com fundamento nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 só pode ser adotado quando o respetivo caderno de encargos não seja elaborado de modo a impedir uma alternativa razoável ou de modo a determinar uma restrição desnecessária da concorrência*”.

Alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º: como é sabido, as **alíneas a) dos n.ºs 1 dos artigos 25.º e 27.º** contêm redações paralelas – replicadas para contratos de empreitada e de aquisição de serviços – que permitem o recurso ao ajuste direto para a celebração de novos contratos de realização de novas obras ou de aquisição de novos serviços que consistam na repetição de prestações similares objeto de contratos que a entidade adjudicante já celebrou com o mesmo adjudicatário, desde que cumpridos certos requisitos, enumerados nas quatro subalíneas das alíneas em apreço, que afastam o perigo de uma conduta violadora da concorrência.

Porém, a redação proposta para a alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º modifica desnecessariamente a fisionomia do texto e a organização das quatro subalíneas que já eram conhecidas pelos operadores jurídicos, unicamente para determinar que o novo contrato seja celebrado com a mesma contraparte com a qual já foi celebrado o contrato anterior.

Eis um novo exemplo do efeito da incongruência do articulado: o mesmo Anteprojeto, na redação paralela proposta para a alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º, consegue resolver esta mesmíssima dificuldade pelo simples aditamento, no corpo dessa alínea, da expressão “[...] anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante com o mesmo adjudicatário [...].” E assim evita a junção inútil de uma quinta subalínea às quatro subalíneas que já constam dessa alínea a).

Importa pois promover a mesma simplificação no artigo 25.º.

Subalínea iii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º: “*concurso limitado por prévia qualificação*” em vez de apenas “*concurso limitado*”.

Subalínea iv) da alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º: “*igual ou superior ao previsto...*”.

Alínea b) do n.º 1 do artigo 25.º: “*seja inferior ao previsto na alínea a)...*”.

Corpo do n.º 1 do artigo 26.º: em harmonia com as outras normas, deve ser alterada a ordem de enunciação dos procedimentos: “...*pode adoptar-se a consulta prévia ou o ajuste direto quando:*”.

Alínea b) do n.º 1 do artigo 26.º: “*seja inferior aos previstos nas alíneas...*”.

Subalínea ii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º: “*concurso limitado por prévia qualificação*” em vez de apenas “*concurso limitado*”.

Subalínea iii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º: além da já mencionada diferença entre referir e prever, é necessário colocar a expressão no plural: “*igual ou superior aos valores previstos, consoante os casos...*”.

Alínea b) do n.º 1 artigo 27.º: “...e desde que a definição quantitativa *de outros* atributos das propostas...”. Como é óbvio, a referência é aos outros atributos quantitativos para além do atributo do preço.

n.º 3 do artigo 27.º: rigorosamente, o preço base não é “do” procedimento, pelo que é incorreto falar-se em “*respetivo preço base*”. Por outro lado, os valores não resultam da aplicação de uma certa norma (a da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º). os valores já estão previstos noutra norma. Deve dizer-se, por isso: “...*quando o preço base seja inferior aos valores previstos, consoante os casos, nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 474.º*” (deve eliminar-se, nos termos já explicados, a remissão para a alínea d) do n.º 3 do artigo 474.º).

Artigo 30-A.º: é visível que falta na epígrafe a referência a “*o procedimento de*”, de modo paralelo aos artigos 28.º e 29.º. O mesmo problema sucederia se se mantivesse o aditamento do artigo 27.º-A.

n.º 1 do artigo 31.º: “...e de concessão de serviços públicos, bem como...”.

n.º 4 do artigo 31: a indicação das obras e dos serviços é no plural: “*concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos*”. Além disso, em vez de “duração” deve dizer-se, mais rigorosamente, “*prazo de vigência*” (cfr. por exemplo, o artigo 440.º).

Na parte final, a ordem da indicação dos procedimentos está invertida. Assim em coerência com muitas outras normas do anteprojeto, deve dizer-se: “...*de ajuste direto ou de consulta prévia*.”. Atenção ao “*de*” ajuste direto, uma vez que não são sinónimos.

Alínea a) do n.º 1 do artigo 34.º: a expressão “e cujo” não tem sentido. Deve ser, como na redação atualmente em vigor: “...o preço contratual estimado de todos os contratos a celebrar durante os 12 meses seguintes, quando esse preço seja igual ou superior ao valor previsto, consoante o caso, nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 474.º”.

Alínea b) do n.º 1 do artigo 34.º: “seja igual ou superior ao valor previsto na alínea a) do n.º 3 do artigo 474.º”

n.º 5 do artigo 34.º: a ordem da indicação dos procedimentos está invertida. Assim em coerência com muitas outras normas do anteprojeto, deve dizer-se: “...de ajuste direto ou de consulta prévia.”. Atenção ao “de” ajuste direto, uma vez que não são sinónimos.

n.º 2 do artigo 35.º-A: em vez de “lançamento atempado” (a expressão “lançamento” é coloquial) deve dizer-se “promoção atempada”

n.º 3 do artigo 35.º-A: falta enunciar onde é que os contratos estão previstos. Talvez seja: “os contratos referidos no programa previsto no número anterior podem ser...”
Aqui é possível falar em “valor estimado”.

n.º 1 do artigo 35.º-A: o CCP nunca emprega a expressão coloquial (e sem rigor jurídico) “abertura do procedimento”. Por isso, deve dizer-se “antes do início” em vez de “antes da abertura”.

O advérbio “designadamente” parece referir-se apenas ao segmento “informações e pareceres”, quando deveria ser para permitir outras entidades para além dos peritos, autoridades independentes ou operadores económicos (cfr. Diretiva).

Em vez de dizer “planeamento da contratação” – que se confunde com o disposto no artigo 35.º-A – deve dizer-se “planeamento do procedimento”.

Sugere-se a seguinte redação:

“Antes do início de um procedimento de formação de um contrato, a entidade adjudicante pode realizar consultas informais ao mercado, através da solicitação de informações ou pareceres de quaisquer entidades, incluindo peritos ou potenciais candidatos ou concorrentes, que possam ser utilizados no planeamento do procedimento, sem prejuízo do disposto na alínea j) do n.º 1 do artigo 55.º.”

n.º 3 do artigo 35.º-A: falta a referência a “um candidato” (a para de “um concorrente”. Sugere-se que se substitua a expressão “empresa” por “entidade”. A apresentação de informação ou de parecer são casos de consulta (como refere o próprio n.º 1), pelo que deve dizer-se: “...tiver apresentado, nos termos do n.º 1, informação ou parecer à entidade adjudicante ou, por qualquer outro modo, tiver participado na preparação do procedimento de formação do contrato, a entidade adjudicante deve...”.

n.º 4 do artigo 35.º-A: acrescentar a previsão dos restantes “candidatos”, bem como “participação do candidato”.

Na parte final – e de modo a evitar a palavra “isso” – basta escrever “...procedimento de formação do contrato, bem como a inclusão dessas informações nas peças do procedimento” (já que essa inclusão deve efetivamente ser considerada uma das tais medidas adequadas).

n.º 3 do artigo 36.º: “seja igual ou superior” em vez de “for igual ou superior”.

Alínea g) do n.º 3 do artigo 36.º: a palavra “investimento” não tem qualquer significado. Até porque

pode nem sequer estar em causa um investimento. Seria preferível dizer-se “...do país ou da região a que respeita a execução do contrato”.

n.º 4 do artigo 36.º: não é, tecnicamente, um limiar; é um valor; deve dizer-se “valor previsto” em vez de “referido”.

n.º 6 do artigo 36.º: julga-se que a remissão deveria ser, não para os números anteriores, mas apenas para os n.ºs 3 a 5.

Alínea a) do n.º 1 do artigo 39.º: “todas” em vez de “todos”.

n.º 4 do artigo 39.º: este número já deveria ter sido alterado em 2012. Ele só tem aplicação para o caso dos agrupamentos que incluem o Estado. Assim, a redação deve ser esta: “*no caso de agrupamentos de entidades adjudicantes que incluem o Estado, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação adotados nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º só permite a celebração de contratos de valor inferior ao mais baixo dos limites nela referidos*”.

n.º 6 do artigo 39.º: “membros” em vez de “membro”. Julga-se necessário precisar se a norma se refere às obrigações pré-contratuais ou às contratuais ou a ambas.

Alíneas a) e b) do n.º 7 do artigo 39.º: não é necessário dizer-se (o CCP nunca o diz) procedimento “de contratação”

Alínea b) do n.º 7 do artigo 39.º: eliminar a expressão “a adjudicar”; não se adjudicam obras, fornecimentos ou serviços. Faltam os pronomes: “dos fornecimentos ou dos serviços”

n.º 8 do artigo 39.º: eliminar “de Direito português”.

n.º 9 do artigo 39.º: a remissão é para os n.ºs 7 e 8 e não para todos os números anteriores.

n.º 4 do artigo 40.º: é mais correto intercalar “em caso de divergência” logo após “prevalecem” (entre vírgulas).

n.º 11 do artigo 42.º: o que se avalia (ou aprecia; apreciação é a expressão que o CCP usa para englobar os dois juízos: análise e avaliação) são os atributos das propostas e não os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência. Por outras palavras: o que é objeto de avaliação é o prazo x ou o prazo y e não o prazo (em si). Por outro lado, objeto de classificação são as propostas e não também os aspetos da execução do contrato.

n.º 2 do artigo 43.º: o caderno de encargos não fixa valor do contrato. Fixa sim o preço base.

n.º 1 do artigo 46.º-A: a expressão é pleonástica. Se as entidades adjudicantes podem prever nas peças (que só podem ser o convite ou o programa do concurso) a adjudicação por lotes é porque essa previsão é a possibilidade. Basta pois dizer: “*as entidades adjudicantes podem prever no convite ou programa de concurso a adjudicação por lotes*”.

n.º 2 do artigo 46.º-A: para além da eliminação da palavra “públicos”, não deve existir vírgula antes

do “ou” e deve existir depois de 100.000. Faltam igualmente “de” antes de locação e antes de aquisição de serviços.

O CCP refere-se sempre aos contratos de empreitada e não aos contratos de empreitadas. Como se sabe, em bom rigor não há uma decisão de não contratação. Quando muito de “*não divisão*”. Por outro lado, esta deve ser referida na positiva. Sugere-se assim a seguinte redação para este n.º 2: “2 - Na formação de contratos de aquisição ou de locação de bens móveis ou de aquisição de serviços de valor superior a 100.000 €, bem como de contratos de empreitada de obras públicas de valor superior a 300.000 €, deve ser fundamentada a decisão de contratar que não determine uma divisão do contrato por lotes.”

n.º 5 do artigo 46.º-A: a remissão deve ser apenas para o número anterior.

n.º 3 do artigo 47.º: é pleonástica a expressão “fundamentar com base em”. Por outro lado, é incorreto falar-se em “*prestações adjudicadas*” pois, no CCP, o que se adjudica são propostas.

Sugere-se a seguinte redação alternativa: “A fixação do preço base do contrato deve ser fundamentada em critério objetivos, utilizando, como referência preferencial, os valores médios dos preços contratuais relativos a prestações do mesmo tipo objeto de contratos celebrados anteriormente”.

Repare-se que se propõe a eliminação da expressão “*custos médios unitários*” (uma vez que, após a transposição da Diretiva de 2014, o conceito de custo não coincide com o de preço. Por outro lado, se estamos a tratar de preço base global - cfr. n.º 1 – não faz sentido a referência a preços unitários.

n.os 4 e 5 do artigo 47.º: a expressão “*limites máximos*” é, neste contexto, pleonástica. Deve pois eliminar-se a palavra “*máximos*”.

n.os 1 e 2 do artigo 50.º: pelo seu conceito, os erros e omissões só podem dizer respeito ao caderno de encargos (como aliás se mantém, depois, no próprio n.º 3!). A manter-se as normas dos n.os 1 e 2 com esta redação e por confronto com a norma do atual artigo 61.º, vai seguramente ser interpretado como sendo possível(!?) invocar erros e omissões de um programa de concurso ou de um convite; o que obviamente não faz qualquer sentido!

n.º 3 do artigo 50.º: falta explicar que se trata da “*lista prevista no n.º 1...*”.

Alínea a) do n.º 5 do artigo 50.º: eliminar a vírgula antes de “ou” e passar para o plural o verbo dever: “*devem*”.

Alíneas b) e i) do n.º 1 do artigo 55.º: eliminar “as mesmas” pois é obviamente uma expressão pleonástica neste contexto (“já se diz “*dos seus*””) (o erro é já de 2008). Harmonizar a frase final na alínea b) com a da alínea i), até porque ela contém um erro: a palavra *não* estaria a mais, uma vez que a frase começa por “*sem que...*”.

Alínea j) do n.º 1 do artigo 55.º: a norma não sofre qualquer alteração.

Alínea k) do n.º 1 do artigo 55.º: melhorar a redação para que não surja em simultâneo “*indevidamente*” e “*indevidas*”. Por outro lado, em vez de “*materialmente*”, seria preferível, por ser mais preciso, dizer-se “*o sentido*” ou “*o conteúdo*”.

Alínea l) do n.º 1 do artigo 55.º: a manter-se a alínea, deve explicitar-se que se trata da exclusão de propostas ou de candidaturas.. Assim, acrescentar: “...da proposta ou da candidatura;”

Alínea m) do n.º 1 do artigo 55.º: toda a alínea é desnecessária, uma vez que a aplicação da sanção acessória referida no artigo 460.º já se encontra expressamente prevista na alínea f) do mesmo n.º 1 do artigo 55.º. Deve por isso ser suprimida.

n.º 2 do artigo 55.º: é necessário investir numa norma que torne claro e concretize o que se entende por “*instituição de sistemas de reconfirmação de análises, apreciações ou aferições técnicas*”. Por outro lado, é indispensável clarificar em que momento e em que termos se estabelece a proibição do recurso à subcontratação. A todo o tempo?

Alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º: a declaração não consta do anexo. O anexo é que é o modelo da declaração. A declaração é feita por cada concorrente de acordo com o modelo. Deve pois dizer-se: “*Declaração em conformidade com o modelo constante do anexo I ao presente Código, que dele faz parte integrante*”.

Alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º: “...ou pelo convite”, já que “programa” e “convite” não são sinónimos.

Alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º: falta a referência ao *custo total* anormalmente baixo.

n.º 2 do artigo 59.º: reconhece-se que, na redação original do Código, se omitiu a circunstância de o convite à apresentação de propostas também poder permitir a apresentação de propostas variantes, pelo que a redação proposta para a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º deve ser aqui refletida.

n.º 6 do artigo 62.º: num artigo dedicado ao modo de apresentação das propostas, julga-se totalmente desenquadrada esta norma. Além disso, não se esclarece *por quem* devem ser utilizados estes meios eletrónicos.

n.º 3 do artigo 67.º: Como é óbvio, não está apenas em causa a avaliação das propostas mas também a análise das propostas, bem como todas as outras funções do júri. A expressão usada é redutora, pelo que deveria ser eliminada a parte “*de avaliação de propostas*”. Por outro lado, deve dizer-se “no *procedimento*” em vez de “no processo”.

Alínea d) do n.º 1 do artigo 69.º: “*relatórios de análise e avaliação das...*” (com isto corrigindo uma imprecisão que já vem da versão de 2008). Propõe-se que se faça o mesmo acrescento no **n.º 3 do artigo 77.º**;

Alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º: anormalmente baixos são apenas os preços totais e não os preços parciais. Por outro lado, importa compreender que, no contexto da Diretiva 2014/24, preço não é sinónimo de custo. Assim sendo, sugere-se que a redação seja a seguinte: “*Um preço total ou um custo total anormalmente baixos, cujos esclarecimentos...*”.

n.ºs 3 e 4 do artigo 70.º: em vez da expressão coloquial “*dado origem à*”, sugere-se “*determinado a*”.

n.º 1 do artigo 71.º: em vez de “*as situações*” deve dizer-se, mais rigorosamente, “*os valores a partir dos quais o preço ou o custo resultante de uma proposta são considerados anormalmente baixos*”. Importa ter presente que as propostas não têm um preço ou um custo (preço “de uma” proposta...!). As propostas, perdoe-se o pleonasmico, propõem um preço ou um custo. Daí o emprego da expressão “*resultante de uma proposta*”.

n.º 5 do artigo 72.º: não se trata, rigorosamente de “respostas” (já que não há, rigorosamente, perguntas). Deve dizer-se antes, e simplesmente, “esclarecimentos”.

n.º 2 do artigo 73.º: não é elegante uma expressão que basicamente diz que “quando seja feita a adjudicação... pode existir uma decisão de adjudicação...”!

Por outro lado, em coerência com o modo como as referências aos artigos se fazem sempre no CCP, deve dizer-se “nos termos do disposto no artigo 46.º-A”.

Assim, propõe-se a seguinte redação: “quando seja prevista a adjudicação por lotes nos termos do disposto no artigo 46.º-A, as decisões de adjudicação relativas aos vários lotes podem ser tomadas em momentos distintos”.

Importa compreender que a possibilidade aqui prevista inviabilizará a aplicação do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º-A, pelo que seria conveniente ressalvar essa hipótese.

n.º 3 do artigo 77.º: a norma não sofre alteração.

n.º 2 do artigo 78.º: nas diversas alíneas em vez de “ao referido”, deve dizer-se “ao previsto”.

n.º 5 do artigo 78.º: como bem se comprehende, não é a publicação que é aplicável, mas sim a norma que regula a publicação. E a aplicação não é aos contratos, mas, obviamente, aos procedimentos. É preferível, por isso, para não carregar a frase usar a expressão “nos casos de”.

Mas é preciso compreender que o n.º 1 não regula a publicação, mas sim o envio de um anúncio para publicação.

Por outro lado, não deve haver vírgula antes do “ou”; a vírgula falta após “dinâmico” uma vez que a oração seguinte é explicativa. Falta também intercalar a expressão “consoante o caso”.

Redação sugerida: “O disposto no n.º 1 é igualmente aplicável no caso de contratos celebrados ao abrigo de um acordo quadro ou de um sistema de aquisição dinâmico, quando o respetivo preço contratual acumulado por trimestre ultrapassar os limiares referidos, consoante o caso, nas alíneas do n.º 2”.

Deve acrescentar-se um novo número para a última norma, por forma a melhorar a compreensão: “O envio do anúncio previsto no número anterior deve ocorrer no prazo de 30 dias após o final de cada trimestre”.

n.º 6 do artigo 78.º (que passaria a n.º 7 em virtude do comentário anterior): não se adjudicam contratos; adjudicam-se propostas. Em todo o caso, não se crê que seja necessário carregar a redação com a expressão “celebração de contratos”. Redação sugerida: “No caso de contratos de concessão de obras públicas e de concessão serviços públicos, devem ainda...”.

Alínea e) do n.º 1 do artigo 79.º: em coerência com a ordenação dos procedimentos, deve ser primeiro o ajuste direto e depois a consulta prévia

Alínea h) do n.º 1 do artigo 79.º: o Código não fornece um conceito de inaceitabilidade (que, quando muito, irá ser interpretada como inaceitabilidade contratual, isto é, uma violação do caderno de encargos). Porém, a questão não é de violação do caderno de encargos, justamente porque não existe preço base. Deve pois substituir-se a expressão “inaceitáveis” por “manifestamente exagerados”.

Por outro lado, em harmonia, com o disposto nas outras alíneas, é desnecessária a referência à entidade adjudicante (não seria o órgão competente para a decisão de contratar?). É preferível pois que a norma se limite a enunciar a sua previsão, sem mais.

Deve corrigir-se também o tempo verbal.

Redação proposta: “nos casos a que se refere o n.º 5 do artigo 47.º, todos os preços apresentados sejam manifestamente exagerados”.

Alínea a) do n.º 1 do artigo 81.º: a declaração não consta do anexo. O anexo é que é o modelo da declaração. A declaração é feita pelo adjudicatário de acordo com o modelo. Deve pois dizer-se: “Declaração em conformidade com o modelo constante do anexo II ao presente Código, que dele faz parte integrante”.

n.º 2 do artigo 81.º: “...de alvará ou de certificado...”. São duas figuras distintas.

Atenção que a **alínea c) do n.º 1 do artigo 86.º** (cujo n.º 5 é o único número revogado) remete para o n.º 2 do artigo 82.º (agora revogado).

n.º 2 do artigo 88.º: não deve existir uma vírgula antes do “ou”.

n.º 2 do artigo 89.º: falta a referência ao *custo total*

n.º 4 do artigo 89.º: a redação proposta não se compatibiliza com o conceito de preço contratual (que aliás é referido no n.º 1). Dir-se-ia que basta que o n.º 1 exceccione também o disposto no n.º 4 e que se acrescente “*contratual*” a preço.

n.º 5 do artigo 89.º: a expressão duradoura é claramente superabundante. Basta dizer – como previsão normativa – “*contratos de execução superior a cinco anos*”.

Alínea g) do n.º 1 do artigo 96.º: a previsão só pode ser no caderno de encargos (substituir, portanto, “peças do procedimento” por “caderno de encargos”).

As alíneas a) a e) do n.º 2 do artigo 96.º não sofrem alteração.

n.º 1 do artigo 108.º: “No prazo de dez dias a contar da data da celebração de um contrato de aquisição ou de locação de bens móveis ... obras públicas cujo preço contratual seja superior aos limiares previstos, consoante os casos, nas alíneas a) a c) do n.º 3 do artigo 474.º, a entidade adjudicante deve enviar...”.

n.º 2 do artigo 113.º: em harmonia com as restantes normas que se referem a esta enumeração deve dizer-se “...na sequência de ajuste direto ou de consulta prévia adotados...”.

n.º 1 do artigo 128.º: eliminar a vírgula depois de “*diretamente*”.

n.º 2 do artigo 132.º: “o programa do concurso pode indicar os valores a partir dos quais o preço ou o custo resultante de uma proposta são considerados anormalmente baixos”.

n.º 1 do artigo 133.º: é preferível não dizer “*respetiva*” porque a esmagadora maioria das entidades adjudicantes não têm plataforma eletrónica própria. Utilizam uma plataforma que não lhes pertence.

n.º 1 do artigo 135.º: por uniformização, “6 dias” em vez de “seis dias”.

n.º 1 do artigo 139.º: não é a avaliação do preço ou do custo que se decompõe em mais de um fator;

é o preço ou o custo (que são pois os fatores aqui em causa) que se decompõem, eventualmente, em subfactores. E quando o preço ou o custo se decompõem em vários subfactores é a modalidade multifator que está em causa.

Por isso, e como parece óbvio, o que se pretende neste n.º 1 do artigo 139.º é dizer que há modelo de avaliação das propostas quando se opta pela modalidade multifator (quaisquer que sejam, portanto, os fatores em causa). Assim, tendo em conta a sugestão de redação para o n.º 1 do artigo 74.º, deve dizer-se apenas o seguinte:

“No caso de ser adotada a modalidade prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, a aplicação do critério de adjudicação implica a utilização de um modelo de avaliação das propostas, o qual deve ser elaborado de acordo com o disposto nos n.ºs 1 a 4”.

Em nome do rigor jurídico, não se deve utilizar (o CCP nunca o faz) o verbo “ter” para enunciar um dever. Finalmente, importa compreender que só os n.ºs 1 a 4 deste artigo 139.º é que dizem respeito à **elaboração** (=regras de construção) do modelo de avaliação das propostas. O n.º 5 (que, em 2008, foi corretamente excluído da remissão deste n.º 1) diz respeito à aplicação do modelo. Ou seja, é uma norma dirigida ao júri e não à entidade adjudicante.

Alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 149.º: em vez de valor do contrato (que nesse momento ainda se desconhece), devem estas alíneas referir-se ao preço base do procedimento.

Alínea t) do n.º 1 do artigo 164.º: não existem prazos limite, pois os prazos são horizontes temporais; as datas é que são limite para certa ação ou omissão. Deve pois dizer-se “*a indicação do prazo para a identificação de...*”; e falta uma vírgula após “mesmos”.

A mesma observação na **alínea I) do n.º 2 do artigo 189.º**.

Artigo 173.º: por uniformização, “6 dias” em vez de “seis dias”.

n.º 1 do artigo 190.º: por uniformização, “6 dias” em vez de “seis dias”.

n.º 2 do artigo 190.º: uma vez que já se fala em redução basta dizer “até um prazo de seis dias” (mínimo é aqui pleonástico).

Alínea g) do n.º 1 do artigo 222.º: “*o densificam*” em vez de “*o concretizam*”.

n.º 1 do artigo 237.º: falta uma vírgula após “mercado” sob pena de se ler que a disponibilidade das especificações técnica se faz através dos sistemas de aquisição dinâmicos.

n.º 4 do artigo 237.º: falta “*de anúncio*” após “publicação”. A referência aos preços contratuais não está correta pois no momento a que a norma se refere ainda não existem contratos.

Alínea a) do artigo 238.º: na lógica do CCP a publicação do anúncio no JOUE nunca é obrigatória. Também aqui – e justamente por referência ao artigo 20.º - a questão é a do teto para o valor do contrato (o valor máximo permitido) quando não é publicado anúncio no JOUE.

Alínea c) do artigo 238.º e n.º 2 do artigo 240.º: pelos motivos já explicados, em vez de “*adjudicação aos candidatos*” deve falar-se apenas em adjudicação de propostas: “*apresentação, análise e adjudicação das propostas*”. Por outro lado, importa recordar que, aquando da adjudicação, os candidatos já passaram a concorrentes.

Artigo 250.º-A: "...de valor igual ou superior..."

Como já se explicou, não se adjudicam contratos; assim deve substituir-se a palavra "adjudicados" por "celebrados".

Artigo 250.º-B: "... seja igual ou superior...".

n.º 4 do artigo 253.º: falta a vírgula após "adjudicar".

n.º 4 do artigo 257.º: falta "bem como" após "possibilidade,".

n.º 5 do artigo 266.º-B: a remissão é apenas para o "artigo seguinte".

Alínea b) do n.º 1 do artigo 275.º: em bom rigor, não se trata de uma aceção do contrato de empreitada. Seria preferível dizer "contrato de empreitada de obras [do tipo] referido na alínea anterior.

n.º 2 do artigo 275.º: não são as normas "do presente Código", mas apenas as da parte II do presente Código.

Artigo 410.º-A: a expressão "sem IVA" é desnecessária, tendo em conta o disposto no artigo 473.º.

n.º 3 do artigo 456.º: o disposto neste número não é compatível com o disposto no corpo do n.º 1 que abrange, obviamente, as alíneas f) e g).

Seria preferível deslocar as alíneas f) e g) para o artigo 460.º e mandar aplicar este artigo às situações que ficam no artigo 456.º.

n.º 1 do artigo 460.º: "pode ser aplicada ao infrator a sanção de proibição de participação...".

n.º 2 do artigo 460.º: a redação de 2008 já carecia da seguinte correção: "O período de inibição referido no número anterior deve ser fixado segundo a gravidade da infração e a culpa do agente...".

n.º 2 do artigo 476.º: em vez de "prevê", sugere-se, por ser mais claro, "deve prever", eliminando-se o advérbio "obrigatoriamente".

No **artigo 12.º do próprio decreto-lei** (pág. 166) não é correta a expressão "sua data". Obviamente que o possessivo se refere à entrada e não à data: "após a data da sua entrada em vigor".

No **Anexo IX do CCP** é incorreta a referência ao n.º 3 do artigo 27.º.

No **Anexo X do CCP**, a epígrafe tem um erro manifesto, pois não são os *serviços que podem participar*.

No **Anexo XII do CCP**, no n.º 2 a remissão é para a alínea b) e não para a alínea a) do n.º 2 do artigo 476.º.

7. ASPETOS OMISSOS DO ANTEPROJETO QUE CARECEM DE RESPOSTA LEGISLATIVA URGENTE PARA PROBLEMAS JURISPRUDENCIAIS ATUAIS

7.1 A permissividade jurisprudencial perante propostas de preços anómalos ou não sérios

Por último, e como se havia antecipado, o desequilíbrio na estrutura normativa do Anteprojeto revela-se também no facto de uma alteração tão maximalista – que pretende inverter grande parte das soluções sobre as quais a doutrina e a jurisprudência consolidaram o seu labor interpretativo – manter, porém, um ensurdecedor silêncio quanto a alguns dos problemas mais prementes que estão a ser tornados manifestos pela jurisprudência e que reclamam uma intervenção legislativa urgente.

O mais grave e destacado desses problemas consiste na incapacidade da jurisprudência dos Tribunais Administrativos para trabalhar conjugadamente com as **causas de exclusão constantes das alíneas e) e f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP**.

115. É sabido que o Código de 2008 jamais pretendeu deixar as entidades adjudicantes indefesas contra operadores económicos *aventureiros* que arriscam apresentar propostas com preços excessivamente baixos, insuficientes para remunerarem as prestações constitutivas do objeto contratual: o complexo normativo formado pela alínea *d*) do n.º 1 do artigo 57.º, pela alínea *e*) do n.º 2 do artigo 70.º e pelo artigo 71.º do CCP permite (e impõe) às entidades adjudicantes excluírem propostas cujos autores não esclarecem, ou esclarecem insuficientemente, as suspeitas quanto a um preço julgado anómalo, que, em caso de adjudicação, poderia acabar prejudicando a correta execução do contrato, por deixar o contraente privado destituído da necessária liquidez financeira para cumprir pontualmente as suas obrigações.

Todavia, o legislador tão-pouco desconhecia que esse complexo normativo não fecharia, só por si, todas as hipóteses de apresentação de propostas anómalas: basta recordar no paradoxo que consiste na hipótese de um dado setor do mercado começar a atingir preços excepcionalmente competitivos através da violação de normas obrigatórias nos planos social, laboral ou ambiental (v.g., pagamento de salários abaixo dos mínimos legais, regulamentares ou convencionais), o que implica que o mercado pode até apresentar preços que se não mostram anómalos *em face da respetiva estrutura de custos* – podendo não se chegar a violar o disposto na alínea *e*) do n.º 2 do artigo 70.º –, mas sucedendo apenas que é precisamente aquela estrutura de custos que assenta numa conduta desconforme com o ordenamento.

Foi exatamente por isso que o Código também incluiu a causa de exclusão presente na alínea *f*) do mesmo n.º 2 do artigo 70.º, dispondo que “*são excluídas as propostas cuja análise revele [...] que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis*”.

Sendo certo que esta causa de exclusão tem uma vocação mais ampla que convoca o recurso a todas

as normas que integram o ordenamento jurídico e que são suscetíveis de parametrizar o conteúdo do “contrato a celebrar”, a sua teleologia específica também teve em vista proteger as entidades adjudicantes contra propostas que, em caso de adjudicação, *dariam origem à celebração de contratos cujo preço seria inferior ao montante necessário para que o adjudicatário cobrisse rigorosamente todos os custos decorrentes de normas legais ou regulamentares vinculativas e aplicáveis a tal contrato*(⁵⁸).

116. Sucede que, devido a uma preocupante passividade jurisprudencial, estas disposições não estão a produzir os efeitos pretendidos, visto que uma importante parte dos Tribunais Administrativos – impulsionada pelo próprio STA, que inutilizou os esforços que alguns sectores dos TCA Sul e Norte tentaram consolidar – desenvolveu uma linha argumentativa destinada a dispensar o juiz de proceder à (sempre trabalhosa...) avaliação casuística – mas *rígورosamente demonstrável* por meio de cálculos aritméticos, sem deixar subsistir qualquer margem de incerteza ou insegurança – da *suficiência do preço proposto para a cobertura dos custos em que o concorrente incorre com a execução do contrato*. Com isso, os Tribunais passaram a anular os atos das entidades adjudicantes que excluíram propostas que demonstradamente incumpriam os encargos juridicamente obrigatórios – especialmente em matéria laboral – inerentes à execução do contrato.

Afirmou-se, nesse sentido, que, de acordo com o princípio da *legalidade das competências*, às entidades adjudicantes compete prosseguir unicamente as competências envolvidas no interesse público subjacente à decisão de contratar, não lhes cabendo reclamar competências para a fiscalização das práticas sociais, laborais ou ambientais dos respetivos cocontratantes. Nesse contexto, ergueu-se o *direito fundamental de livre iniciativa económica* ao estatuto de pilar básico do regime do preço anormalmente baixo, reconhecendo-se que cabe ao empresário, e não à entidade adjudicante, determinar livremente o modo como se organiza para executar o contrato e como concebe a sua estrutura de custos. No limite, fez-se mesmo notar que o Direito da Concorrência não proíbe que uma empresa *baixe pontualmente os seus preços abaixo dos respetivos custos*, desde que compense esses prejuízos através de outros proventos da sua atividade, sem que tal implique uma prática proibida de *dumping*(⁵⁹); e, assim, visto que *nenhum preço de um dado contrato, isoladamente considerado, poderia ser considerado anticoncorrencial*, apenas uma apreciação global da estrutura de custos de um empresário poderia levar a confirmar a anomalia de uma qualquer proposta de preço. Em consequência, poderia a entidade adjudicante, quando muito, socorrer-se dos mecanismos de sanção por incumprimento contratual ao longo da execução do contrato; porém, na fase pré-contratual, o compromisso negocial assumido pelo concorrente seria suficiente para cumprir o disposto no n.º 1 do artigo 56.º do CCP, devendo ser respeitada a liberdade jusfundamental de iniciativa empresarial no modo de configuração dos preços inerentes a esse compromisso(⁶⁰).

(⁵⁸) Sobre esta teleologia do texto de 2008, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Exclusão de Propostas Prevista na Alínea f) do n.º 2 do Artigo 70.º do CCP como Meio Alternativo de Proteção da Entidade Adjudicante contra Propostas de Preço Anormalmente Baixo”, in *Cadernos Sérvulo de Contratos Públicos*, n.º 1, 2015.

(⁵⁹) Expressamente assim, cfr. o Acórdão do STA de 12-03-2015 (Processo 0657/15).

(⁶⁰) Num recente e marcante exemplo da uniformização de jurisprudência que está neste preciso momento a ser imposta pelo STA, na sequência dos diversos recursos de revista interpostos após decisões contraditórias das diferentes formações dos Tribunais Centrais Administrativos, cfr. o Acórdão de 07-01-2016 (Processo 01021/15), onde o STA não sente dificuldades em alegar que mesmo **uma proposta que assumidamente apresente um preço insuscetível de cobrir os custos legalmente obrigatórios não deve ser excluída**, porque “o cumprimento ou a garantia da observância das obrigações e compromissos legais e contratuais por parte dos concorrentes e dos adjudicatários não está unicamente na dependência daquilo que seja uma análise isolada do valor apostado como preço duma proposta dado que naquele juízo outros fatores importam e devem ser considerados, como aquilo que seja a concreta e específica situação e capacidade económica e financeira, a estrutura de custos, aquilo que sejam as capacidades e condições no acesso às fontes de financiamento, os seus recursos (estrutura / natureza) e o modo como os mesmos são geridos e estão organizados”.

117. Ora, este infeliz entendimento jurisprudencial é insustentável, agora não já apenas à luz da legalidade que deve nortear toda a atividade administrativa, mas também à luz das novas exigências jurídico-europeias, as quais, por isso, deveriam ter motivado o Anteprojeto a aprimorar a redação legislativa atual. O silêncio de um articulado tão prolixo é, por isso, incompreensível.

Com efeito, deveria ser evidente, mesmo à luz do Direito Português (e do seu princípio da legalidade das competências), que a entidade adjudicante *tem de excluir* uma proposta quando exista a *certeza objetiva* de que as prestações do contrato a celebrar, tal como foram configuradas na proposta a que o concorrente se *vinculou irrevogavelmente* (artigo 65.º do CCP), não podem ser executadas sem que o adjudicatário incorra numa ilegalidade. É claro que as vinculações administrativas não justificam a extravasação das atribuições de cada entidade pública; mas nenhuma preterição do princípio da legalidade das competências existe quando uma entidade adjudicante, no exercício da responsabilidade de análise de propostas que o legislador lhe cometeu pelos n.ºs 1 e 2 do artigo 70.º, pelo n.º 1 do artigo 124.º, pelo n.º 2 do artigo 146.º e pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 148.º do CCP, se depara com um conjunto de informações que lhe atestam, sem margem para dúvidas, que a adjudicação da proposta que tem em mãos conduziria à celebração de um contrato que não poderia ser executado sem desrespeito por normas legais ou regulamentares que vinculam uma ou ambas as partes. Nesse cenário, não existe uma função de fiscalização, regulação ou supervisão de um sector de atividade económica que a entidade adjudicante haja exorbitado; é o simples exercício de uma *competência de análise de propostas que a lei lhe conferiu* que lhe incute a certeza de que a adjudicação da proposta produz, inevitavelmente, a celebração de um contrato cuja execução se não conforma com o bloco de juridicidade a que a Administração se subordina.

Porém, ainda que assim se não entendesse, nenhuma extravasação das competências das entidades adjudicantes poderia ser alegada desde que o *legislador europeu* assumiu que o respeito por fatores sociais, laborais ou ambientais tem de estar incluído entre as chamadas *políticas secundárias* da contratação pública: de acordo com a conhecida estratégia de *instrumentalização do regime de contratação pública*, sabe-se hoje que, embora tal regime se destine primariamente ao duplo objetivo de promoção da concorrência num mercado interno e de seleção da melhor proposta para as necessidades de interesse público, a escolha da proposta deve ser também orientada, colateralmente, para incentivar o mercado a seguir políticas públicas em áreas de relevo para o interesse comunitário, onde justamente se enquadram os setores sociais, laborais ou ambientais⁽⁶¹⁾.

Ora, neste contexto, a Diretiva 2014/24 confirmou explicitamente que é objetivo estratégico do Direito dos Contratos Públicos “a integração adequada dos requisitos ambientais, sociais e laborais nos procedimentos de contratação pública”, sendo “particularmente importante que os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes tomem as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações em matéria de direito ambiental, social e laboral aplicáveis no local onde as obras são executadas ou os serviços prestados, obrigações essas que decorrem de leis, regulamentos, decretos e decisões tanto a nível nacional como da União, bem como de convenções coletivas” (Considerando 37).

Mais importante, contudo, é notar qual o *momento procedural* em que a entidade adjudicante deve tomar a iniciativa de assegurar o cumprimento destes requisitos vinculativos: sem prejuízo de

⁽⁶¹⁾ Cfr., para desenvolvimento, já antes das Diretivas de 2014, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...*, cit., pp. 415 e segs; e, por último, idem, “A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) Por uma Contratação Pública Sustentável e Amiga do Bem Comum”, in MARIA JOÃO ESTORNINHO (coord), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (e-book), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, pp. 7 e segs..

“as obrigações em causa poder[em] constar das cláusulas contratuais” e de “ser igualmente possível incluir nos contratos públicos cláusulas que garantam a conformidade com convenções coletivas no respeito pelo direito da União”, requer-se que o seu incumprimento “seja passível de acarretar a exclusão desse operador do procedimento de adjudicação de um contrato público”: em particular, “o controlo da observância destas disposições ambientais, sociais e laborais deverá ser efetuado nas fases pertinentes do procedimento de contratação, ou seja, ao aplicar os princípios gerais que regem a escolha dos participantes e a adjudicação de contratos, ao aplicar os critérios de exclusão e ao aplicar as disposições relativas às propostas anormalmente baixas” (Considerandos 39 e 40).

E, no mesmo sentido, agora especificamente a propósito da exclusão de propostas com fundamento na apresentação de um preço anormalmente baixo, o legislador não deixou de voltar a esclarecer que “essa exclusão deverá ser obrigatória nos casos em que a autoridade adjudicante tenha determinado que o preço ou custos propostos anormalmente baixos resultam do incumprimento do Direito da União, ou direito nacional compatível com ela, nos domínios do direito social, laboral ou ambiental, ou de disposições internacionais em matéria de direito do trabalho” (Considerando 103).

Neste sentido, é fantasioso supor que as entidades adjudicantes extravasam as suas competências quando apelam a parâmetros sociais, laborais ou ambientais para fiscalizar a validade das propostas que recebem. O que é censurável, pelo contrário, é que um Anteprojeto que visivelmente pretende atribuir maior ênfase às estratégias inovadoras que marcam as novas tendências da contratação pública europeia não tenha assegurado a concretização daquelas exigências no domínio do preço anormalmente baixo, não obstante se ter tornado evidente que o regime legal em vigor – ainda que não seja omissivo nesta matéria – se mostra ainda insuficiente para balizar a interpretação jurisprudencial.

118. Mais grave, porém, é notar que a linha argumentativa por último desenvolvida pelo STA vai ainda mais longe na preterição do próprio sentido básico do regime do preço anormalmente baixo. É que, ao alegar que um concorrente pode, embora pontualmente, propor um preço que confessadamente não cumpre os custos inerentes com a execução do contrato, não incorrendo com isso em qualquer causa de exclusão de propostas, devendo a entidade adjudicante aceitar esse compromisso contratual e reservar qualquer medida sancionatória para o caso de incumprimento durante a execução do contrato, o STA não discerniu que incorreu no paradoxo de **destruir o fundamento do instituto do preço anormalmente baixo**(⁶²).

Como é bom de ver, esse instituto não se confunde com qualquer medida protetora das regras de Direito da Concorrência, as quais se destinam à tutela de outro tipo de interesses jurídicos – os interesses do próprio mercado concorrencial e, só indiretamente dos consumidores que se beneficiam

(⁶²) Num exemplo disto mesmo, cujas consequências, a serem levadas a sério, seriam pouco menos do que assustadoras para a garantia do cumprimento do interesse público, cfr. o Acórdão cit. do STA de 12-03-2015: “O facto de uma proposta refletir um preço que implicaria um custo inferior aos custos que derivam da aplicação de uma série de leis do trabalho não implica que, face ao teor da proposta, a entidade adjudicatária não vá cumprir qualquer legislação vigente e nomeadamente a legislação de trabalho que vem invocada como custos fixos a considerar na proposta. Antes apenas significa que a mesma está disposta a ter certo prejuízo já que nada a impede de, a nível de estratégia de empresa, preferir obter um certo contrato, ainda que com algum prejuízo, até como política de marketing, de se dar a conhecer ao mercado. Na verdade, o princípio da liberdade de gestão empresarial (artigo 61º da CRP) e da autonomia da estratégia empresarial não impede que o preço num concurso possa espelhar uma estratégia da empresa concorrente suscetível de levar à apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, sem que isso determine qualquer ilegalidade, designadamente, o incumprimento das obrigações retributivas e contributivas”. Eis a razão por que se diz que, a ser aceite esta tese, o ordenamento teria perdido o fundamento para manter o regime do preço anormalmente baixo, urgindo uma intervenção legislativa para corrigir este equívoco.

com a concorrência – e que por isso encontram proteção numa outra causa de exclusão *autónoma*, constante da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP⁽⁶³⁾. No caso em apreço, em contraste, a entidade adjudicante está a ser protegida do puro e simples *risco de incumprimento*: a circunstância de uma proposta não assegurar uma remuneração suficiente para os respetivos custos faz temer que o seu autor possa vir a ser incapaz de executar a totalidade das prestações que se destinam a satisfazer um interesse da coletividade. Por isso, visto que o interesse público é demasiado relevante para suportar esse risco, esta anomalia é suficiente para tornar inaceitável uma proposta que pode até não violar qualquer regra de Direito da Concorrência, mas que, em qualquer caso, não consegue eliminar todas as suspeitas quanto à sua robustez e exequibilidade.

Nesse sentido, apesar de ser certo que a exclusão de propostas com fundamento num preço anormalmente baixo não é automática, *todas* as justificações que o proponente pode oferecer para explicar esse preço incidem, direta ou indiretamente, sobre a *relação entre os custos do contrato e a respetiva remuneração*, com vista a demonstrar que o preço proposto não é afinal anómalo (cfr. n.º 4 do artigo 71.º). O que seguramente se não admite é que a justificação incida sobre a liberdade de iniciativa empresarial no tocante à configuração de um preço abaixo de custo – não porque isso implique uma conduta anticoncorrencial, mas simplesmente porque o risco daí inerente afasta a viabilidade dessa liberdade económica (*só quando esteja em causa a formação de um contrato público*).

É exatamente por isso que o legislador europeu, compreendendo as divergências doutrinárias sobre o significado do próprio conceito de preço anormalmente baixo – nomeadamente quanto a saber se ele se reduz a práticas anticoncorrenciais ou se deve abranger qualquer preço abaixo de custo –, incluiu no texto preambular da Diretiva 2014/24 a confirmação de que são anómalias “as propostas que se revelem anormalmente baixas *em relação à prestação em causa*”: é nessa *dimensão relacional* que se esgota o critério da anomalia do preço, tornando insustentável à entidade adjudicante assumir o risco do incumprimento que daí possa derivar.

De resto, o STA parece não ter discernido sequer que a sua proposta de interpretação alternativa do conceito de preço anormalmente baixo seria impraticável na legislação portuguesa: se fosse certo que o empresário poderia propor pontualmente preços abaixo de custo, desde que fossem compensados através da “concreta e específica situação e capacidade económica e financeira, a estrutura de custos, aquilo que sejam as capacidades e condições no acesso às fontes de financiamento, os seus recursos (estrutura / natureza) e o modo como os mesmos são geridos e estão organizados”⁽⁶⁴⁾ (!), não se imagina como poderia então a entidade adjudicante provar que o preço invulgarmente baixo pode ou não ser suportado pelo quadro geral da empresa e pela sua robustez financeira se o procedimento adotado for o concurso público e, por definição, *não for possível proceder à avaliação da capacidade financeira de uma empresa* nem puderem ser solicitados dados suficientes para esse efeito!

Numa palavra, nesta interpretação *contra legem*, a entidade adjudicante ficaria indefesa perante propostas não sérias.

⁽⁶³⁾ De forma cristalina, sobre esta distinção entre os diversos conteúdos do “princípio da concorrência” no Direito da Concorrência ou no Direito dos Contratos Públicos, cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, 2007, pp. 170-171; PEDRO GONÇALVES, *Direito...*, cit. p. 138; idem, “Concorrência e Contratação Pública (a Integração de Preocupações Concorrenciais na Contratação Pública)», in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, I, Coimbra, 2012, p. 495.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. o citado Acórdão de 07-01-2016.

119. Ora, neste contexto, é impossível não notar que o mesmíssimo Tribunal de Justiça está a oferecer um impressionante contraste com os Tribunais Portugueses, não sentindo dificuldades em viabilizar – e proteger com uma evidente cautela tática – a estratégia adotada pelos próprios serviços da União Europeia (nomeadamente dos serviços sob a tutela da Comissão) quando estes, à luz do quadro normativo das Diretivas, excluem qualquer proposta cujo preço se revela *não credível* para assegurar a remuneração necessária ao cumprimento das obrigações emergentes do contrato a celebrar. É frequente que aqueles serviços formulem pedidos de esclarecimento bem incisivos que *cerceiem progressivamente a margem de escape* de concorrentes aventureiros, obrigando-os a incorrer numa de duas opções: ao justificarem o seu preço anómalo, *i)* ou acabam confessando o incumprimento de custos jurídicos obrigatórios (nomeadamente salariais), *ii)* ou, evitando essa confissão, formulam *declarações negociais não credíveis*, em que a entidade adjudicante *não confia nem tem de confiar* – por não ter de suportar o risco de incumprimento daí decorrente. Nesses casos, o Tribunal aplaude esta postura exigente da Administração⁽⁶⁵⁾.

Sucede que, no caso português, à luz da legislação em vigor – de acordo com a interpretação que lhe é dada pelos Tribunais superiores –, nenhuma entidade adjudicante teria sucesso em completar essa postura inquisitiva, porque os Tribunais seguramente lhe responderiam não ser possível coartar a liberdade empresarial do concorrente na apresentação de preços abaixo de custo – ainda que fosse mais do que previsível o incumprimento contratual daí resultante.

Assim sendo, ao legislador incumbe o dever de proteger a prossecução do interesse público em face de propostas anómalias, aprimorando a redação normativa de modo a corrigir correntes jurisprudenciais menos favoráveis.

No caso em apreço, mais do que aditar uma nova causa de exclusão que seja acrescentada às anteriores, crê-se que o passo essencial consiste em densificar adequadamente o significado do conceito de preço anormalmente baixo, em linha com o quadro normativo europeu, assegurando o pleno potencial à causa de exclusão já presente na alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Visto que o artigo 71.º se encontra dedicado ao regime do preço anormalmente baixo, julga-se que essa densificação poderia ser incorporada nesse artigo.

120. Pelo exposto, propõe-se o **aditamento de novos n.ºs 1 e 2 ao artigo 71.º** (com renumeração dos números seguintes), com o seguinte teor:

«1. Para o efeito do disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo anterior, considera-se anormalmente

(65) Cfr. o caso marcante do Acórdão do Tribunal Geral de 05-11-2014 (Processo T-422/11), em que, fechando sucessivamente as portas às alegações alternativas que poderiam ser propostas por um dado concorrente aventureiro, o Tribunal notou *i)* que o preço proposto não poderia cobrir os custos inerentes ao cumprimento dos salários mínimos obrigatórios no Luxemburgo – conclusão que os Tribunais portugueses pelos vistos já não extraíram à luz do quadro legal atual, porque, se mantivessem o entendimento que tem obtido vencimento, haveriam de invocar a liberdade empresarial ou a falta de competências fiscalizadoras das entidades adjudicantes –; *ii)* indo mais longe, notou que a alegação adicional do concorrente (de que os trabalhadores que usaria estariam afinal na Roménia e que os bens produzidos seriam prontamente transportados por estrada para o Luxemburgo!) seria, simplesmente, uma *alegação não séria*, a ser *desconsiderada* pela entidade adjudicante, porque “*as pessoas que trabalham na Roménia não podem ser consideradas pessoas que se encontram a uma distância por estrada e numa situação de proximidade do Luxemburgo*”... Eis uma outra conclusão que – com honrosas exceções (cfr., por exemplo, o meritório Acórdão do TCA Sul de 25-06-2015, Processo 12170/15, onde se notou que a falta de seriedade do preço proposto impedia que este “configura[sse] um requisito certo e firme da proposta”) – a jurisprudência portuguesa também parece negar-se a aceitar, pelo menos sem que seja aprovada uma alteração legislativa, tal como nas presentes linhas se sugere.

baixo o preço que se revele insuficiente para cobrir integralmente os custos necessários à execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar, designadamente os que resultem de encargos juridicamente obrigatórios de natureza social, laboral ou ambiental.

2. A entidade adjudicante ou o júri, respetivamente, podem determinar, ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º ou no n.º 1 do artigo 72.º, a apresentação, pelo concorrente, de todos os elementos comprovativos necessários à aferição da situação prevista no número anterior.»

7.2 A reponderação de um limiar automático da anomalia de preços anormalmente baixos à luz das exigências da jurisprudência europeia

121. Uma segunda grave omissão do Anteprojeto incide ainda sobre o domínio do regime do preço anormalmente baixo, mas dizendo agora respeito ao critério delimitativo dessa anomalia. É sabido que a jurisprudência do Tribunal de Justiça – bem representada pelo Acórdão *Lombardini / Mantovani*⁽⁶⁶⁾ – veio sublinhando com crescente ênfase a necessidade de a exclusão de qualquer proposta com fundamento num preço anormalmente baixo ser precedida de um diálogo orientado pela entidade adjudicante no qual o proponente recebe as oportunidades suficientes para esclarecer o preço proposto e confirmar ou infirmar a respetiva anomalia. E essa exigência jurisprudencial, obviamente, não é fácil de coadunar com a fixação de *limiares quantitativos ou matemáticos* de exclusão de propostas.

Todavia, sabendo que a tarefa da entidade adjudicante ficaria bem mais simplificada se fosse possível fixar (nas peças do procedimento ou, na falta delas, na própria lei) um limiar quantitativo seguro que permitisse aos concorrentes conhecer previamente, no momento em que apresentam as propostas, se o seu preço é ou não anormalmente baixo, o Código de 2008 abriu a porta para essa possibilidade no n.º 1 do seu artigo 71.º, obrigando os concorrentes, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º, a incluir logo nos documentos constitutivos da proposta os necessários esclarecimentos justificativos do preço proposto, no caso de este ser inferior ao limiar que resulta da lei, do programa do procedimento ou do convite. Na ausência de um documento cuja apresentação a própria lei torna obrigatória, a entidade adjudicante não carece sequer de aguardar pelo início de um (sub)procedimento dialógico destinado a justificar o preço proposto: a alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º permite tal exclusão automática. É, por isso, só no caso de nenhum limiar quantitativo resultar da lei ou das peças do procedimento – desde logo porque nenhum preço base foi fixado no caderno de encargos, a partir do qual possa ser calculado o limiar do preço anormalmente baixo (cfr. n.º 2 do artigo 71.º) – que se abre a necessidade de atribuir ao concorrente uma oportunidade posterior para esclarecer um preço que – somente após o momento da apresentação da proposta – ele tomou conhecimento que seria considerado como anómalo pela entidade adjudicante (cfr. n.º 3 do artigo 71.º).

Bem se comprehende a simplificação procedural que pode resultar da iniciativa do legislador de 2008 quanto à fixação prévia de limiares quantitativos de anomalia do preço.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Acórdão de 27-11-2001 (Processos apensos C-285/99 e C-286/99).

122. Todavia, a doutrina já notou que o legislador de 2008 – reconheça-se – não cumpriu inteiramente as balizas que a jurisprudência europeia lhe havia fixado. É que, no referido Acórdão *Lombardini / Mantovani*, o Tribunal de Justiça, não recusando a possibilidade de fixação de critérios de preenchimento automático do conceito de preço anormalmente baixo (tais como os vertidos no n.º 1 e na segunda parte do n.º 2 do artigo 71.º do CCP), advertiu, porém, que, “*para salvaguardar plenamente o efeito útil da diretiva*”, o resultado a que conduz a aplicação de critérios de determinação automática da anomalia “*não deve ser intangível e deve, por isso, poder ser reconsiderado pela entidade adjudicante se tal se revelar necessário tendo em conta, nomeadamente, o limiar de anomalia das propostas aplicado em concursos comparáveis e os ensinamentos que decorram da experiência comum*”⁽⁶⁷⁾. Como a doutrina europeia notou ao esclarecer o significado desse aresto, “*a compatibilidade do limiar matemático de determinação das propostas anómalias com o direito comunitário só pode ser admitida sob condição de a interpretar no sentido de que a mesma não preclude o poder da Administração de, discricionariamente, submeter à verificação outras propostas, cujo preço se situa acima daquele limiar, e que despertam igualmente suspeitas sobre a sua seriedade ou congruência*”⁽⁶⁸⁾.

Por isso, como já se escreveu noutro lugar, a solução consiste em considerar que “o limiar da anomalia das propostas não pode conduzir a um «resultado imutável»”: “*a fixação direta de limiares deve conciliar-se com a exigência da garantia da observância do princípio da livre concorrência, consentindo à entidade adjudicante a faculdade, discricionária, de reavaliar o resultado (o próprio limiar!), se tal se revelar necessário, tendo em conta, nomeadamente, os ensinamentos da experiência comum*”⁽⁶⁹⁾. Isto em termos que permitam sujeitar ao subprocedimento de verificação da respetiva anomalia outras propostas cujo preço, embora situado acima do limiar da anomalia resultante do critério previamente fixado no programa do concurso ou no n.º 1 do artigo 71.º do CCP, aparentam ter um perfil suspeito ou predatório, quer em razão dos seus termos e condições, quer por força do confronto com os demais preços propostos.

Aliás, sabe-se que, não raras vezes, é apenas no confronto com a gama de preços efetivamente propostos pelos concorrentes que a entidade adjudicante se apercebe de que o preço de mercado é, afinal, substancialmente superior ao limiar da anomalia fixado (direta ou indiretamente) nas peças do procedimento.

Daqui resulta, em suma, que – sob pena de violação do quadro normativo europeu – a norma constante do n.º 2 do artigo 71.º do CCP deveria ser interpretada de modo a permitir que, mesmo fora dos casos literalmente tratados no n.º 1 desse artigo, a entidade adjudicante mantivesse sempre a competência para qualificar como anormalmente baixos os preços constantes de propostas que, não obstante situadas acima do limiar previamente fixado, suscitam sérias dúvidas sobre a sua seriedade ou congruência.

Sucede que, até hoje, a maior parte dos Tribunais portugueses não se deu conta dessa obrigação de interpretação conforme ao Direito Europeu⁽⁷⁰⁾. Neste momento de reforma legislativa, cabe pois ao

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Acórdão cit. de 27-11-2001, n.º 72.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. ROSANNA DE NICOLIS, “Offerte Anomale e Giusto Procedimento: La Parola al Giudice Europeo”, *Urbanistica e Appalti*, n.º 9, 1999, p. 972; ANTONIO IANNOTTA, “Sulla Valutazione dell’Anomalia delle Offerte al di Fuori del Controllo Obbligatorio ex Lege”, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, n.º 3 (2004), pp. 449-452.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “As Propostas de Preço Anormalmente Baixo”, in P. GONÇALVES (org.), *Estudos...*, cit., III, 2010, pp. 120-121.

⁽⁷⁰⁾ Numa louvável exceção, cfr. o recentíssimo Acórdão do TCA Sul de 14 de julho de 2016 (Processo 13334/16).



Anteprojeto incluir uma disposição que adeque a legislação portuguesa aos parâmetros europeus.

123. Diga-se, aliás, que essa alteração deve prejudicar a redação – muito infeliz – que o Anteprojeto acabou por propor para o n.º 2 do artigo 71.º, a qual, nos termos agora redigidos, parece *agravar o dever de fundamentação* de qualquer decisão de fixação de um limiar para o preço anormalmente baixo – visto que se diz que “a entidade adjudicante *deve fundamentar a necessidade de fixação* do preço anormalmente baixo”. Com isso, inculca-se a ideia de que essa fixação é *indesejada pelo legislador* e que tem como consequência a criação de um ónus de fundamentação que penalize a entidade adjudicante que recorra a tal expediente. Dito de outro modo: cria-se a convicção de que o legislador prefere beneficiar as entidades adjudicantes que à partida estejam dispostas a aceitar qualquer preço, privilegiando mesmo as propostas mais baratas, ainda que anómalas à luz do mercado. Ora, é claro que qualquer sugestão nesse sentido – mesmo que não tenha sido desejada pelo Anteprojeto – deve ser enfaticamente rejeitada, visto que, confrontando-se já com práticas muito censuráveis por concorrentes aventureiros, as entidades adjudicantes seguramente não devem receber um sinal adicional de que o legislador pode vir a desaprovar a adoção de cautelas que os decisores públicos meritariamente têm adotado contra riscos de incumprimento.

124. Pelo exposto, propõe-se:

- a) A **reversão da redação do n.º 2 do artigo 71.º** (que, recorde-se, passaria a ser o n.º 4, depois da renumeração provocada pelo aditamento acima proposto para um novo n.º 1 deste artigo) para a sua redação atual;
- b) O **aditamento de um novo número ao artigo 71.º**, situado imediatamente após o atual n.º 3 (com consequente renumeração dos atuais n.ºs 4 e 5), com o seguinte teor:

«*Sem prejuízo do disposto no número anterior [atual n.º 1], o órgão competente para a decisão de contratar pode verificar, fundamentadamente, que o preço total constante de uma proposta, ainda que superior ao montante resultante desse número, é anormalmente baixo, aplicando-se então o disposto nos números seguintes.*»

125. Para maior clareza da sugestão agora proposta após as sucessivas reenumerações, a redação completa do artigo 71.º seria a seguinte:

Artigo 71.º

Preço anormalmente baixo

1. Para o efeito do disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo anterior, considera-se anormalmente baixo o preço que se revele insuficiente para cobrir integralmente os custos necessários à execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar, designadamente os que resultem de encargos juridicamente obrigatórios de natureza social, laboral ou ambiental.

2. A entidade adjudicante ou o júri, respetivamente, podem determinar, ao abrigo do

disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º ou no n.º 1 do artigo 72.º, a apresentação, pelo concorrente, de todos os elementos comprovativos necessários à aferição da situação prevista no número anterior.

3. As entidades adjudicantes podem definir, no programa do procedimento ou no convite, designadamente por percentagem do preço base, o montante a partir do qual se considera que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo, sendo então aplicável o disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º.

4. Sem prejuízo do disposto no número anterior, o órgão competente para a decisão de contratar pode verificar, fundamentadamente, que o preço total constante de uma proposta, ainda que superior ao montante resultante desse número, é anormalmente baixo, aplicando-se então o disposto nos números seguintes.

5. Quando o montante a partir do qual se considera que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo não tenha sido definido nos termos previstos no n.º 3, a proposta não pode ser excluída sem antes ter sido solicitado ao respetivo concorrente, por escrito, que, em prazo adequado, preste esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito.

6. (anterior n.º 4).

8. CONCLUSÃO E PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO, ADITAMENTO OU SUPRESSÃO

126. A fundamentação acima exposta permite concluir pela necessidade de uma reformulação do Anteprojeto, já que o articulado incumpe boa parte das incumbências que lhe eram requeridas para a Revisão do Código dos Contratos Públicos. Sendo certo que o prazo para transposição das Diretivas de 2014 já foi ultrapassado e que Portugal não dispõe de um tempo ilimitado para preparar esta Revisão, seguro é que os efeitos nocivos de uma aprovação do texto tal como se encontra atualmente ultrapassariam em muito, fruto do grave retrocesso que produziriam sobre o Direito Administrativo Português, quaisquer inconvenientes trazidos por uma eventual pressão das instituições europeias por conta do atraso na transposição.

Procede-se agora à compilação sistemática das propostas mais urgentes de modificação do Anteprojeto que foram sendo enumeradas ao longo deste Comentário, indicando-se, para cada uma, o local do Comentário onde a sua integral fundamentação é apresentada.

1) Quanto a **aspectos estruturantes** que produzem efeitos nocivos sobre o sistema global do Código e que urge reverter, propõe-se:

a) Quanto ao regime dos contratos excluídos (§ 5.1):

- i) Suprimir o n.º 2 do artigo 6.º do Anteprojeto;
- ii) Manter a redação que o Anteprojeto atribui à alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º – sem qualquer condicionamento semelhante ao que se prevê no n.º 2 do artigo 6.º do Anteprojeto –, mas prevendo a exclusão da aplicação da Parte II do CCP apenas para contratos de valor inferior ao limiar previsto na alínea d) do artigo 4.º da Diretiva 2014/24, de modo a assegurar o respeito pelas balizas fixadas nesta Diretiva;
- iii) Em alternativa à mera referência a esse limiar europeu – e isto se o legislador estiver *genuinamente* interessado em promover a concorrência –, fixar um limiar quantitativo bem mais exigente (menor) do que esse, mas sempre impedindo que as obrigações concorrenceis das entidades adjudicantes fiquem dependentes de um juízo casuístico (primeiro realizado por si próprias e só depois pelo juiz) sobre se consideram “adequado” ou não (!) adotar um procedimento concorrencial;
- iv) Aditar uma nova alínea ao n.º 4 do artigo 5.º – ou, se se preferir a sujeição desses contratos a um procedimento de ajuste direto, ao n.º 1 do artigo 27.º, mas apenas se afastada a aplicação do artigo 27.º-A –, cujo teor reproduza o conteúdo da alínea d) do artigo 10.º da Diretiva 2014/24, salvaguardando a natureza pessoalíssima dos serviços aí enunciados;

b) Quanto à enumeração de “princípios gerais da contratação pública” (§ 5.2):

- i) Não revogar o n.º 4 do artigo 1.º do CCP, mantendo o seu teor atual;
- ii) Suprimir o n.º 1 do artigo 1.º-A do Anteprojeto;
- iii) Modificar a epígrafe do artigo 1.º-A, no caso de se considerar conveniente manter num artigo autónomo os n.ºs 2 a 5 desse artigo;

c) Quanto à previsão de um procedimento mais restritivo da concorrência (§ 5.3):

- i) Reverter as alterações das alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 16.º do CCP para recuperar a sua redação original, suprimindo a bipartição artificial entre “ajuste direto” e “consulta prévia”;
- ii) Recuperar a redação presente na alínea a) do artigo 19.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º e na alínea a) do artigo 21.º do CCP, sem prejuízo da inversão da ordem pela qual essas alíneas surgem situadas nos respetivos artigos (como sugerido agora no Anteprojeto);
- iii) Fixar limites quantitativos exigentes, nos artigos 19.º a 21.º, que imponham a publicação de anúncio para a adoção de um procedimento verdadeiramente concorrencial, em lugar de uma operação meramente estética que, sob o **pretexto de impor um convite a três operadores económicos – escolhidos pela entidade adjudicante** –, autorize ainda a entidade adjudicante a contornar a formulação de uma consulta aberta ao mercado;
- iv) Suprimir o artigo 27.º-A do Anteprojeto;
- v) Recuperar a atual redação do artigo 112.º e do n.º 1 do artigo 114.º do CCP;
- vi) Em alternativa (menos perniciosa, mas seguramente não desejável) ao referido em v), consagrar a permissão para a entidade adjudicante convidar um único operador económico

no caso de fundamentar devidamente a conveniência desse convite individual, mantendo assim apenas um procedimento unificado de ajuste direto.

d) Quanto ao regime de determinação do valor de contrato (§ 5.4):

- i) Suprimir o n.º 7 do artigo 17.º do Anteprojeto;
- ii) Modificar a redação proposta para o n.º 4 do artigo 31.º, com transferência de parte desse preceito para um novo número do artigo 410.º;
- iii) Suprimir a referência ao “valor estimado do contrato” presente na alínea a) do artigo 155.º do Anteprojeto;

e) Quanto ao regime dos contratos mistos, recuperar a redação adotada nos n.os 2 e seguintes do artigo 32.º do CCP, suprimindo as propostas de alteração formuladas no Anteprojeto (§ 5.5):

f) Quanto à segurança jurídica na determinação das causas de exclusão das propostas, suprimir o n.º 3 do artigo 72.º do CCP, agora proposto pelo Anteprojeto, ponderando ainda a utilidade do aditamento proposto com o novo n.º 4 do mesmo artigo (§ 5.6):

g) Quanto à reformulação do tratamento do critério de adjudicação, modificar toda a redação proposta para os artigos 74.º e 75.º, de acordo com a sugestão de redação proposta no § 5.7, procedendo ainda ao aditamento de um artigo 75.º-A e aos aditamentos necessários nos artigos 42.º e 132.º conforme o proposto no mesmo ponto do presente texto;

h) Quanto à indispensável permissão para a dispensa de plataformas eletrónicas, suprimir a alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do articulado preambular do Anteprojeto (§ 5.8).

2) Quanto a outros **aspectos pontuais cuja supressão também se mostra urgente, propõe-se:**

a) Reverter a redação da subalínea i) da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP para a redação versão atualmente em vigor (§ 6.1);

b) Modificar o teor da alteração proposta para o n.º 4 do artigo 42.º e, bem assim, a suprimir o n.º 11 do mesmo artigo (§ 6.2);

c) Reverter as alterações de redação do artigo 47.º, recuperando a redação atualmente em vigor (§ 6.3);

d) Recuperar a redação do texto atual dos n.os 4 a 6 e 12 a 13 do artigo 49.º do CCP, com exceção da referência que foi inserida na parte final do n.º 10 e no n.º 12 da redação proposta pelo Anteprojeto para o mesmo artigo (§ 6.4);

e) Corrigir os lapsos ainda presentes nas alterações propostas para o artigo 50.º ou, em alternativa, equacionar a reversão das alterações propostas para o artigo 50.º e da supressão proposta para o artigo 61.º do CCP (§ 6.5);

f) Corrigir a redação do artigo 54.º-A por forma a evitar a violação do artigo 20.º da Diretiva 2014/24 (§ 6.6);

g) Reverter os equívocos nas redações propostas para os artigos 55.º e 55.º-A, modificando o teor da alínea *k*) do artigo 55.º, transferindo parte da sua redação para os lugares próprios dos artigos 146.º e 184.º, suprimindo a alínea *l*) do artigo 55.º e reformulando globalmente toda a redação do artigo 55.º-A (§ 6.7);

h) Reverter o aditamento proposto para o n.º 2 do artigo 69.º, mantendo-se a redação atualmente em vigor, sem prejuízo de se aderir ao aditamento proposto para a nova alínea *c*) do n.º 1 do mesmo artigo (§ 6.8);

i) Corrigir as deficiências na regulação respeitante aos requisitos mínimos de capacidade financeira e na apresentação do DEUCP, constante dos artigos 164.º, 165.º, 179.º e 184.º (§ 6.9);

j) Reverter todas as alterações e aditamentos propostos para os artigos 252.º, 258.º e 259.º (§ 6.10);

k) Tornar de verificação mais fácil as situações que levam ao impedimento de participação em futuros procedimentos pré-contratuais (alíneas *f*) e *g*) do n.º 1 do artigo 456.º), alargando o prazo e reduzindo-as a uma única situação (§ 6.11);

l) Suprimir o artigo 474.º do Anteprojeto (§ 6.12);

m) Corrigir os demais erros de redação identificados no § 6.13.

3) Quanto a omissões do Anteprojeto que cabe suprir por reclamarem a intervenção imediata do legislador, propõe-se:

a) Aditar novos n.os 1 e 2 ao artigo 71.º do CCP (com renumeração dos números seguintes), com o teor indicado no § 7.1 do presente Comentário;

b) Rejeitar a proposta de alteração do (atual) n.º 2 do artigo 71.º do CCP e proceder ao aditamento de um novo número ao mesmo artigo, situado imediatamente após o atual n.º 3, com o teor indicado no § 7.2 do presente Comentário.



Sérvalo

Sérvalo & Associados | Sociedade de Advogados, RL.