

**Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o  
Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos  
Públicos**



Grupo de Contratação Pública  
17 Setembro 2016

## Nota prévia

O presente texto corresponde ao Relatório que acolhe os resultados das reflexões dos membros do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE (GCP) sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos.

O conteúdo do Relatório resulta das contribuições iniciais dos vários membros do GCP. Sem prejuízo desta origem individual (devidamente assinalada em cada ponto pertinente do Relatório), o texto final pode ser atribuído ao GCP como um todo, uma vez que as sugestões, críticas e reflexões foram, em geral, objeto de discussão e de debate entre muitos dos participantes.

Uma observação se impõe ainda para esclarecer que, por força da já assinalada origem individual e em razão da escassez do tempo, não foi possível proceder a um trabalho final de harmonização formal dos vários pontos em que se desenvolve o texto.

Pedro Costa Gonçalves

Licínio Lopes Martins

## Reflexões Gerais sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos

PEDRO COSTA GONÇALVES

LICÍNIO LOPES MARTINS

---

1 – Revisão *essencialmente* focada na transposição das diretivas europeias de 2014, que, não obstante, acolhe algumas opções nacionais fora do estrito contexto da transposição (v.g., novo procedimento de consulta prévia).

Neste ponto, de carácter geral, a opção do Anteprojeto (AP) afigura-se correta e sensata, porquanto, neste momento, não se revela necessário um “novo Código”.

Ainda num plano geral, aplaude-se a decisão fundamental de continuar a estabelecer um regime substantivo para os contratos administrativos e, por esta via, de manter a autonomia substantiva desta instituição jurídica.

2 – No que se refere à transposição, deve observar-se que o AP alcançou um resultado de maior simplicidade do que o havia conseguido o CCP em 2008 em relação à transposição das diretivas de 2004.

3 – No plano da sistematização, a opção de não adotar um “novo Código” parece ter condicionado a solução de recurso a letras do alfabeto para a identificação de novos artigos. Supõe-se que não há obstáculo a seguir um caminho diferente, de consolidação da versão final num “Código sistematicamente novo”, com a numeração sequencial dos artigos e com a eliminação das referências a artigos, números e alíneas revogados.

4 – No que se refere ao alargamento do âmbito da incidência objetiva, parece menos adequada a decisão de acrescentar ao CCP um título com a regulamentação da *alienação de bens móveis* pela Administração Pública. Na verdade, a alienação de bens, apesar de se processar por via de contratos (públicos), convoca, em termos de regulamentação, uma lógica totalmente alheia ao sentido da regulamentação da contratação pública. Além do problema sistémico, deve observar-se que a solução do AP tem o efeito de introduzir, em relação à alienação de bens, exigências inovadoras para muitas entidades adjudicante (v.g., associações públicas).

5 – Percebe-se o sentido da instituição da consulta prévia (“ajuste direto concorrencial”), num sistema, como o português, em que o ajuste direto é o procedimento de eleição das entidades adjudicantes. Mas não se afigura convincente, porventura por não estar sustentado em estudo ou

## Reflexões Gerais sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos

PEDRO COSTA GONÇALVES

LICÍNIO LOPES MARTINS

---

reflexão credível, o critério da utilização da consulta prévia com exclusão do ajuste direto com convite a uma única entidade.

6 – A regulamentação dos impedimentos (motivos de exclusão) parece estar consagrada sem uma reflexão cuidada sobre os importantes avanços das diretivas de 2014: veja-se, por exemplo, que o impedimento ligado à prática de crime que afete a honorabilidade profissional desapareceu das diretivas (por se entender que essa circunstância estaria consumida pelo conceito de falta grave em matéria profissional), mas mantém-se no AP.

7 – Ainda em matéria de impedimentos, assinala-se a originalidade da solução preconizada para o novo impedimento decorrente de incumprimentos contratuais passados. Contudo, algumas das soluções de regime adotadas para este efeito (v. g., a “conversão” das multas contratuais e da resolução sancionatória do contrato em contraordenação) poderão ser geradoras de controvérsia e de litígio.

8 – Merece um registo muito positivo a introdução de novas causas de caducidade do ato de adjudicação (v. g., a insolvência do adjudicatário) e a delineação da figura do “gestor do contrato”. A profissionalização da gestão pública de contratos é uma peça essencial no contexto de um Estado Contratante.

9 – Aplauda-se igualmente a possibilidade, no contexto dos procedimentos adjudicatórios, de suprir algumas irregularidades formais, que no CCP de 2008 originavam a exclusão de concorrentes.

10 – É meritório o relevo concedido pelo AP ao critério de adjudicação da proposta económica mais vantajosa e à consideração de aspetos sociais, ambientais e ao “ciclo de vida do produto”. No entanto, deveriam ser reponderados alguns pormenores do regime dedicado à adjudicação, designadamente os termos marcadamente imperativos desse regime, que, pelo menos pela respetiva redação, implica que as entidades adjudicantes se encontram sempre vinculadas a incluir aqueles aspetos ou dimensões nos modelos de avaliação de propostas. O regime dedicado à adjudicação merece ser clarificado.

## **Reflexões Gerais sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos**

PEDRO COSTA GONÇALVES

LICÍNIO LOPES MARTINS

---

11 – Quanto às disposições sobre a modificação dos contratos: restrições graves e injustificadas, que passam, além do mais, pela exclusão a possibilidade de modificação em casos em que as diretivas a permitem e, designadamente, pela erradicação da “modificação livre” (autorizada pelas diretivas) dentro de certos limites financeiros. Trata-se de uma solução restritiva injustificada e que pode causar dificuldades evitáveis em sede de execução de contratos. A que acrescem ainda as apertadas limitações financeiras percentuais à modificação, quando os fundamentos desta residam em razões de interesse público e na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. Por outro lado, constata-se também a dificuldade em conjugar o regime geral da modificação com os regimes especialmente previstos no AP.

12 – O AP esclarece – e bem – que alguns aspetos do regime substantivo do contrato, por princípio disciplinados para as relações contratuais administrativas, são também extensivos (v.g., o regime da modificação) aos contratos públicos cuja celebração tenha de ser sujeita aos procedimentos previsto no Código. Tratar-se-á de contratos públicos de direito privado. Contudo, seria de ponderar a “deslocação” desta norma, constante do artigo 280.º do AP, para o artigo 1.º.

13 – Regista-se a introdução de melhorias de regime em matéria de invalidades contratuais (originárias e consequentes), embora o AP necessite, também aqui, de alguns aperfeiçoamentos terminológicos (a harmonização entre “alteração de “elementos essenciais do contrato” e “alterações/modificações substanciais do contrato”).

## **I. Âmbito de Aplicação**

### *1. Apresentação do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos*

- i. O âmbito de aplicação do Código<sup>1</sup> mantém-se, em geral, regulado no seu artigo 1.º, em conjugação com os artigos 2.º, 7.º e 11.º, bem como no seu artigo 275.º e seguintes, relativamente a contratos financiados por dinheiros públicos ou celebrados por concessionárias de obras públicas.
- ii. Há uma clara extensão do âmbito de aplicação do CCP – embora, verdadeiramente, não se aplique o CCP a esses contratos (!) – nos novos artigos 266-A a 266-C que regem a alienação dos bens móveis das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º (isto é, do Estado em sentido orgânico),
- iii. São aditadas duas alíneas ao n.º 1 do artigo 2.º, passando as denominadas entidades reguladoras, incluindo o Banco de Portugal, a ser consideradas entidades adjudicantes integradas no Estado em sentido orgânico.
- iv. É alterada a noção de organismo de direito público, passando a ser critério de qualificação o não ter fins lucrativos e o não assumir os prejuízos da sua actividade.
- v. Não são efetuadas alterações ao artigo 7.º (entidades adjudicantes nos setores especiais), nem alterações materiais ao artigo 11.º, o qual define os contratos sujeitos a contratação pública, quando celebrados por entidades do artigo 7.º.

### *2. Consideração da bondade intrínseca das soluções particulares do novo regime*

- i. A revogação do número 4 do artigo 1.º não levanta qualquer problema, consistindo antes numa simples alteração de estrutura face ao novo artigo 1.ºA.
- ii. Altera-se a noção de “*regime substantivo dos contratos públicos [que] revistam a natureza de contrato administrativo*” por “*regime substantivo aplicável à execução, modificação e extinção das relações contratuais administrativas*”. A dúvida consiste nos reais benefícios da alteração da noção de “*contrato administrativo*” por “*relações contratuais administrativas*”, sendo certo que, por exemplo, no n.º 1 do próprio artigo 1.º se mantém que “*o presente Código estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*”. Do mesmo modo, o n.º 6 mantém a noção de contrato administrativo, bem como a Parte III.

---

<sup>1</sup> As referências a “CCP”, “Anteprojecto” e “Diretiva” devem considerar-se feitas ao Código dos Contratos Públicos, ao Anteprojecto de Código dos Contratos Públicos ora em análise e à Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, respetivamente.

- iii. A alteração do n.º 6 não tem qualquer relevância prática, na medida em que referir-se “*o acordo de vontades (...) em que pelo menos uma das partes seja um contraente público*” ou o acordo de vontades “*celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes ou somente entre contraentes públicos*”, abrange a mesma realidade. Em todo caso, parece-nos que se simplificou a leitura da lei.
- iv. A inclusão do Banco de Portugal e outras entidades administrativas independentes como entidades adjudicantes nos termos do n.º 1 do artigo 2.º é uma novidade.
- v. Na definição de organismo de direito público passa a estabelecer-se, parece-nos, uma verdadeira presunção de que não se submetem a uma lógica de mercado, as entidades que (i) não tenham fins lucrativos ou (ii) não assumam os prejuízos resultantes da sua atividade.
- vi. Por último, destaque-se a manutenção da redação do n.º 3 do artigo 11.º que tem suscitado dúvidas interpretativas, pelo que se impunha a sua simplificação.

### *3. Conformidade do novo regime com as diretivas de 2014*

- i. Parece claro que o âmbito de aplicação do CCP é mais abrangente que o constante das relevantes Diretivas, pelo que não se antevê qualquer desconformidade.

## **II. Contratos e Contratação Excluída**

### *1. Apresentação geral do novo regime da contratação excluída*

- i. O artigo 4.º que contém a lista dos contratos excluídos foi amplamente revisto, embora sem qualquer alteração particularmente expressiva em termos práticos. Em todo caso, saliente-se que todas as alíneas do n.º 1 foram revistas, bem como a alínea d) do n.º 2 desse artigo. Mantém-se, em grande medida, a exclusão de contratos celebrados ao abrigo de convenções internacionais ou relativos a organizações internacionais de que Portugal seja parte. Fora deste racional situam-se os contratos celebrados no setor da defesa (tornando-se difícil compatibilizar o mesmo com a alínea i) do n.º 4 do artigo 5.º).
- ii. A *contratação excluída* mantém-se sistematicamente no artigo 5.º do Anteprojeto, mantendo-se também a sua epígrafe; A continuidade sistemática encerra, todavia, uma grande remodelação do seu clausulado, através da alteração e revogação de algumas cláusulas, bem como a inserção e revogação de outras;

- iii. O número 1 do artigo 5.º foi alvo de uma pequena alteração, através da excisão da referência a *entidades adjudicantes*;
- iv. O número 2 foi totalmente alterado: com a transferência da regulamentação da contratação *in-house*, que constava das suas duas alíneas, para o artigo 5.º - A, este número assume agora uma função de alargamento da abrangência do número 1, explicitando que nele se incluem também “*os acordos ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência ou delegação de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre entidades adjudicantes ou agrupamentos de entidades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração*”;
- v. O alargamento do âmbito de aplicação do número 1, tendo em conta que este é um artigo de exclusão da aplicabilidade da parte II do Anteprojeto, resulta numa redução do âmbito de aplicação da referida parte II.
- vi. Mantém-se no Anteprojeto a revogação do n.º 3 operada pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho;
- vii. O número 4 sofre uma profunda revisão, ainda que em muitos casos por razões de mero asseio sistemático, porventura a maior do artigo:
  - a. Em termos formais, as suas nove alíneas passam a dez alíneas e duas subalíneas no Anteprojeto;
  - b. Em termos materiais, o Anteprojeto altera os vários requisitos que constam do corpo do artigo no CCP, relativos à inaplicabilidade da Parte II, sendo agora apenas necessária a verificação da previsão de uma das suas dez alíneas, mantendo-se a remissão que salvaguarda o disposto no artigo 11.º, n.º 2; e
  - c. A Parte II do CCP não é aplicável à celebração de contratos celebrados por organismos de direitos público “*que não abranjam prestações típicas da empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação e aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços*” (restrição que anteriormente constava do artigo 6.º).
  - d. A primeira alínea sofre alterações de redação, para a tornar mais clara (e, conforme veremos no ponto II.2., fá-lo com sucesso), corrigindo-se a referência a normas comunitárias para normas europeias.
  - e. As alíneas b, c) e d) não sofreram alterações de relevo;
  - f. Na alínea e) densificou-se o conceito de “*aquisição de serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros*”, remetendo-a para a aceção da Diretiva n.º 2004/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, acrescentando-se também referência às operações

- realizadas com o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira e com o Mecanismo Europeu de Estabilidade;
- g. A alínea f) foi totalmente alterada, remetendo agora para os *contratos de aquisição de serviços financeiros de emissão e gestão de dívida pública e de gestão da tesouraria do Estado*, onde no CCP se refere a *contratos aquisição de serviços que tenham por objeto os serviços de saúde e de carácter social bem como os contratos de aquisição de serviços que tenham por objeto serviços de educação e formação profissional (que passam a estar sujeitos, desde que se situem acima de determinados limiares, a um procedimento simplificado de adjudicação)*.
- h. A alínea g) mantém a referência aos contratos que se destinem à satisfação de necessidades de uma entidade adjudicante, mas altera o termo *entidade adjudicante*, substituindo-o por *serviços periféricos ou delegações de entidades adjudicantes*.
- i. Ainda relativamente à alínea g), esta subdivide-se em duas disposições distintas:
- i. Uma relativa aos serviços ou delegações que se encontrem instalados em território de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, desde que os contratos sejam celebrados e executados nesse território e o respetivo valor seja inferior ao referido nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 474.º;
  - ii. E outra relativa aos serviços ou delegações que se encontrem instalados em território de Estado não signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, desde que os contratos sejam celebrados e executados nesse território, qualquer que seja o seu valor.
- j. Na alínea h) *os contratos a celebrar ao abrigo de acordo de cooperação para o desenvolvimento, com uma entidade sediada num dos Estados dele signatários e em benefício desse mesmo Estado, desde que este não seja signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu* são substituídos por *contratos de aquisição de serviços de centralização de procedimentos de compras celebrados com uma central de compras*;
- k. A alínea i) refere-se aos contratos que, nos termos da lei, sejam declarados secretos ou cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando os interesses essenciais de defesa e segurança do Estado o exigirem, onde o CCP se refere aos contratos diretamente abrangidos pelo disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;

- l.* Finalmente, e concluindo o número 4, a alínea j), nova, acrescenta a esta lista os contratos referidos no anexo IX<sup>2</sup> ao presente Código, que dele faz parte integrante, quando o valor de cada contrato seja inferior ao limiar constante da alínea d) do n.º 3 do artigo 474.º - esta remissão estabelece o limiar em € 750 000, para os contratos públicos relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no anexo IX.
- viii. Os números 5, 6 e 7 do artigo 5.º são revogados.

*2. Consideração da bondade intrínseca das soluções particulares do novo regime*

- i.* A maioria das alterações decorre, como se pode retirar do ponto anterior, da adaptação do texto legal à Diretiva, deixando pouco espaço para inovações mais profundas ou grandes considerações sobre a bondade das mesmas, podendo referir-se, por exemplo, o acréscimo da exclusão dos acordos ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência ou delegação de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre entidades adjudicantes ou agrupamentos de entidades adjudicantes, desde que não remuneradas, numa preocupação de inclusão da contratação dita informal, assumindo a sua existência e regulando-a;
- ii.* É também de assinalar a inclusão neste artigo das centrais de compras, realidades sedimentadas já no ordenamento e cuja aquisição de serviços de centralização de procedimentos de compras é isenta da aplicabilidade da parte II do Anteprojeto;
- iii.* Em termos de técnica legislativa o texto é claro, tendo existido algumas opções de saudar, como a manutenção da revogação do n.º 3 sem renumeração do resto do artigo, que facilitará a análise comparada com o CCP e que mantém a numeração já conhecida por aqueles que utilizam o Código.
- iv.* É de assinalar também correção da referência a normas comunitárias para normas europeias, alteração consonante com o aparecimento da União Europeia e a utilizar sempre que possível.
- v.* A autonomização do regime aplicável a estes contratos, presente agora no artigo 6.º (sem prejuízo das críticas que se possam fazer aos termos concretos em que é regulada), é também de saudar, na medida em que o tempo e a prática mostraram que a inclusão num mesmo artigo da contratação excluída, da exclusão específica por motivos de contratação in-house, e do próprio regime aplicável à mesma,

---

<sup>2</sup> Relativo à Lista de serviços de saúde, serviços sociais, serviços de ensino e outros serviços específicos (a que se refere a alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º, a subalínea v) da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º, o n.º 3 do artigo 27.º, o artigo 250.º- A e a alínea d) do n.º 3 do artigo 474.º, todos do CCP.

prejudica quer a sua operatividade, quer naturalmente o seu detalhe: se analisarmos o artigo 5.º, 5.º-A e 6.º do Anteprojeto, facilmente concluímos pela impossibilidade de toda esta regulamentação constar de um mesmo artigo (apenas possível no CCP pelo referido menor detalhe na matéria do 5.º-A e 6.º do Anteprojeto, mas com prejuízo para a sua clareza e operatividade).

- vi. O novo regime é formal e sistematicamente fluído, autonomizando pontos de relevo que permitem uma maior facilidade de apreensão do conteúdo legislativo.

### *3. Conformidade do novo regime com as diretivas de 2014*

- i. A maioria das alterações decorre diretamente da Diretiva, pelo que em relação a este artigo assinala-se não apenas a sua conformidade como também a grande proximidade ao texto da mesma.
- ii. A título de exemplo, a alínea a) do n.º 4 do artigo 5.º decorre do artigo 11.º da Diretiva, ao passo que a alínea e) corresponde à alínea e) do artigo 10.º da mesma.
- iii. Por sua vez, a alínea h) do número 4 é motivada pelo considerando 70 e pelo artigo 37.º da mesma, numa formulação bastante mais clara no texto interno do que no texto europeu.
- iv. Já a alínea i) do número 4 responde ao artigo 15.º, n.º 3, da Diretiva, e a alínea j) decorre do artigo 74.º da mesma.
- v. Não identificámos desconformidades com a Diretiva, com exceção da contratação no setor da defesa. Com efeito, hoje, as diretivas expressamente impõem a sua aplicabilidade a este setor, não sendo mais possível dizer-se que o CCP não se aplica a todos os contratos a que se refere o artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Porventura, a remissão para todos os contratos abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 104/2011 de 6 de Outubro (o que implica a sua aplicabilidade aos demais) seria uma forma de ultrapassar o problema.

## **III. Contratos no âmbito do Setor Público**

### *1. Apresentação geral do novo regime dos contratos no âmbito do setor público*

- i. O artigo 5.º-A do Anteprojeto é um artigo totalmente novo, que agrupa em si a regulamentação da chamada *contratação in-house*, ou *contratação entre entidades do setor público*, na expressão portuguesa que constitui, aliás, a sua epígrafe;

- ii. É uma decorrência direta do artigo 12.º da Diretiva, seguindo de muito perto a sua formulação;
- iii. Formalmente, é um artigo extenso constituído por seis números e nove alíneas;
- iv. Incide, também, sobre as condições de inaplicabilidade da parte II do Anteprojeto, ainda que por motivos diferentes dos analisados em relação ao artigo 5.º, conforme se poderá depreender dos pontos seguintes;
- v. O número 1 determina que a Parte II é inaplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objeto, que sejam celebrados por autoridades adjudicantes com uma outra entidade, desde que se verifiquem três condições cumulativas:
  - a. A primeira consta da alínea a) do número 1 do artigo 5.º-A, segundo a qual a entidade adjudicante tem de exercer direta ou indiretamente, e isolada ou conjuntamente com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
  - b. A segunda consta da alínea b), e, segundo esta, a entidade controlada tem de desenvolver mais do que 80% da sua atividade no desempenho das funções que lhe foram confiadas diretamente pela entidade adjudicante ou por outra ou outras entidades controladas por esta última;
  - c. Por fim, a terceira condição, constante da alínea c), é a de que não exista participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção de formas de participação privada sem poderes de controlo e sem bloqueio eventualmente exigidas por disposições especiais, de acordo com os Tratados da União Europeia, e que não exerçam influência decisiva na pessoa controlada.
- vi. O número 2 reporta-se ao número 1, alargando o seu âmbito aos contratos adjudicados por uma entidade adjudicante a outras pessoas coletivas controladas pela mesma entidade adjudicante, bem como aos contratos adjudicados por uma entidade adjudicante à entidade adjudicante que a controla;
- vii. Na medida em que disposto no número 1 é aplicável às situações do número 2, importa sublinhar que este está, portanto, sujeito ao preenchimento cumulativo dos três requisitos referidos *supra*;
- viii. O número 3 define que existe *controlo análogo isolado* quando uma única entidade adjudicante pode exercer uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da entidade controlada;
- ix. O número 4 define, por sua vez, o *controlo análogo conjunto*, para a existência do qual são requeridos três pressupostos cumulativos, correspondentes, respetivamente, às suas alíneas a), b) e c):
  - a. Os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as entidades adjudicantes participantes;
  - b. As entidades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada;



- v. Segundo, e sendo o controlo análogo isolado ou conjunto um elemento-chave nos requisitos obrigatórios, define-se com clareza em que consiste cada um deles, para efeitos de aplicação do número um (e do número 2, por inerência);
- vi. Terceiro, plasma-se uma outra opção, diferente, que leva também à inaplicabilidade da parte II do anteprojeto, agora por situações de conexão e cooperação, modalidades inexistentes no regime anterior (ainda que já sufragadas por jurisprudência constante do TJUE);
- vii. Quarto, determina-se uma fórmula de apuramento das percentagens de atividade, que não só existiam no regime anterior como o modo de cálculo é agora determinado por lei.
- viii. O balanço global é positivo.

### *3. Conformidade do novo regime com as diretivas de 2014*

O artigo 5.º - A é um decalque quase completo do artigo 12.º da Diretiva, tendo sido, como referido acima, alvo de alguns ajustes de forma a enquadrar-se melhor na nomenclatura do Código e a ser mais perceptível, mas a sua conformidade com as directivas é total.

## **IV. Regime da Contratação Excluída**

### *1. Apresentação geral do novo regime dos contratos no âmbito do setor público*

- i. O artigo 6.º do Anteprojeto é, objetivamente, um artigo totalmente novo, no qual se pretende regular o “*regime de contratação excluída*” (como consta da epígrafe), mas onde verdadeiramente apenas se regula o regime aplicável aos contratos previstos nos artigos 5.º e 5.º-A, os quais não abrangem toda a contratação excluída;
- ii. O regime aplicável à contratação excluída, ou melhor, aos contratos previstos no artigos 5.º e 5.º-A, não é uniforme: aos contratos celebrados ao abrigo dos artigos 5.º e 5.ºA serão sempre aplicáveis os princípios gerais da atividade administrativa; aos contratos previstos nas alíneas c), g) e j) do n.º 4 do artigo 5.º será aplicável um regime mais denso.
- iii. No número 3 prevê-se que “*os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos ficam sujeitos às normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações*”

2. *Consideração da bondade intrínseca das soluções particulares do novo regime*

- i. O novo regime da contratação excluída é, simultaneamente, demasiado restritivo e demasiado amplo:
  - a. Demasiado restritivo na medida em que não inclui toda a contratação excluída, designadamente, os contratos excluídos conforme previstos no artigo 4.º (porventura aqui justificadamente), mas também os contratos celebrados pelas entidades dos setores especiais, quando de valor inferior aos limiares comunitários.
  - b. Demasiado amplo na medida em que se prevê (sobretudo) a necessidade de publicitação da intenção de contratar para casos de contratação excluída, cuja execução se antolha difícil - atribuição de subsídios ou subvenções ou a celebração e execução de contratos “em território de Estado *não* signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu”. Com efeito, percebe-se que em Estados signatários do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, os contratos (de valor inferior aos limiares) tenham que ser publicitados, mas não em Estados não signatários.
- ii. Não é clara a diferença entre “*princípios gerais da atividade administrativa*” prevista no número 1 e “*princípios gerais da contratação pública*”, prevista no n.º 2.
- iii. Também no número 2 se prevê uma lista (exemplificativa) de obrigações de transparência a observar, com vista à adjudicação de determinados contratos celebrados ao abrigo da contratação excluída, as quais serão aplicáveis “*na medida do adequado às características, dimensão do contrato e potenciais interessados*”. Ora, dizer-se que determinadas diligências são aplicáveis “*na medida do adequado às características, dimensão do contrato e potenciais interessados*” e não dizer nada é precisamente a mesma coisa, na medida em que, no fundo, as obrigações de transparências dependem do concreto contrato a celebrar e são já impostas pelos “*princípios gerais da atividade administrativa*” ou pelos “*princípios gerais da contratação pública*” (admitindo que são materialmente diferentes).
- iv. Acresce que a lista em si, do ponto de vista dogmático, apresenta várias insuficiências:
  - c. As garantias de igualdade e de fundamentação não são um *plus* aplicável, apenas, a determinados contratos, mas sim a todos os contratos, porque decorre diretamente dos “*princípios gerais da atividade administrativa*” ou dos “*princípios gerais da contratação pública*”, aliás, por exigência constitucional.
  - d. A publicitação da intenção de contratar constitui erro nos contratos de valor inferior aos limiares comunitários, sob pena de a contratação excluída ter um regime idêntico (ou pelo menos muito próximo) ao que vale para a contratação pública clássica.

- e. O n.º 3 continua a levantar um conjunto de dúvidas interpretativas, designadamente, a sua compatibilização com o artigo 1.º, n.º 3, no qual se prevê que “*o presente Código é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, de quaisquer vantagens ou benefícios, através de ato administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público*”.

### 3. *Conformidade do novo regime com as diretivas de 2014*

Dedicando-se o artigo 6.º ao regime da contratação excluída, não se coloca o problema da sua compatibilização com as Diretivas, mas antes com a Jurisprudência do TJUE. A este propósito não detetamos qualquer desconformidade, na medida em que o TJUE tem vindo, apenas, a impor o respeito pelos princípios gerais que decorrem dos Tratados (e apenas a contratos com relevância para o Mercado Interno), o que está para além do estabelecido.

## **I. Consulta Preliminar ao Mercado**

### 1. Objectivo da *Consulta Preliminar ao Mercado*

- i. Abordagem precisa e eficiente do contrato a celebrar:
  - a. Procura responder às críticas sobre a rigidez das regras europeias de contratação pública;
  - b. Abordagem clássica: procedimento pré-contratual elaborado pela Entidade Adjudicante. *v.s.* proposta/candidatura submetida pelo concorrente/candidato interessado (“*lógica de adesão*”);
  - c. Nem todas as Entidades Adjudicantes têm os mesmos conhecimentos/experiência no lançamento de procedimentos pré-contratuais;
  - d. A sociedade técnica implica o prévio conhecimento do “*estado da arte*”;
  - e. Existência de execuções ineficientes de contratos;
  - f. Permite aferir a adesão do mercado ao procedimento pré-contratual (*v.g.*, cláusulas relativas à repartição do risco).

### 2. Pressupostos da *Consulta Preliminar ao Mercado*

- i. Resolução do Parlamento Europeu, de 25.10.2011
  - a. Modernização da Política de Contratação Pública;
  - b. Terceira Tarefa – “*Simplificar as regras e permitir procedimentos flexíveis*”.
- ii. Proposta de Directiva [COM (2011) 896 Final de 20.12.2011]
  - a. Necessidade de alcançar “*Procedimentos Sólidos*”;
  - b. Aspecto positivo: Instrumento ao dispor das Entidades Adjudicantes na obtenção de informações sobre a estrutura, aptidão e capacidade do mercado;
  - c. Aspecto negativo: eventuais vantagens “*desleais*” e/ou distorção da concorrência.

### 3. Consagração nas Directivas

- i. Directiva 2004/18/CE – “Directiva Clássica”
  - a. Considerando n.º 8;
  - b. Denominação: “*Diálogo Técnico*”;
  - c. Solicitar/aceitar pareceres na elaboração de caderno de encargos, embora sem poder impedir a concorrência;
  - d. Inexistência de norma legal na Directiva e no CCP.
- ii. Directiva 2014/24/EU – “Directiva Clássica”
  - a. Artigos 40.º e 41.º da Directiva;
  - b. Denominação: “*Consulta preliminar ao Mercado*”;
  - c. Afirmção inequívoca do instituto;
  - d. Colaboração com o mercado pode começar num momento prévio ao da abertura do procedimento pré-contratual.

## **II. Conformidade do regime legal com as Directivas 2014**

1. Grande amplitude da solução
  - i. Carácter facultativo da *Consulta Preliminar ao Mercado*
    - a. A sua iniciativa pode ser oficiosa ou provocada.
  - ii. Qualquer tarefa de recolha de informação no âmbito de qualquer procedimento pré-contratual
    - b. Necessidade de a Entidade Adjudicante “*filtrar*” a informação sob pena de ficar “*capturada*” pelo mercado.
  
2. *Consulta Preliminar ao Mercado* e as suas consequências:
  - i. Limitações genéricas: não pode ter por efeito uma distorção da concorrência a violação do princípio da não discriminação e, bem assim, do princípio da transparência.
  
  - ii. Impedimentos:
    - a. Causa de Exclusão do artigo 55.º/j do CCP – “*confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência*”;
    - b. Inexistência de um fundamento automático de exclusão ou impedimento;
    - c. Influência da jurisprudência do Tribunal de Justiça – *Acórdão Fabricom C-21/03*;
    - d. Medidas de mitigação relativas aos efeitos de participação prévia;
    - e. Efeitos para a Entidade Adjudicante;
    - f. Dever de tomar as medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência em virtude dessa participação;
    - g. Carácter não taxativo das medidas a adoptar;
    - h. Disponibilização de toda a informação trocada durante a fase preliminar, bem como de prazos adequados para a recepção de propostas, em ordem à “*redução da vantagem informacional* de quem participa na fase prévia”.
    - i. Efeitos para os Concorrentes;
    - j. Ónus de justificar as razões pelas quais a participação de um concorrente numa fase preliminar à abertura do procedimento adjudicatório não é susceptível, só por si, de falsear a concorrência;
    - k. Exclusão do procedimento adjudicatório como *ultima ratio*;
    - l. Contraditório prévio, devendo os resultados do mesmo ser incluídos no relatório do procedimento.
  
  - iii. Conflito de interesses:
    - a. *Consulta Preliminar ao Mercado* e a sua eventual falta de transparência em função da sua informalidade;
    - b. Amplitude do conceito de conflitos de interesses no artigo 24.º da Directiva;
    - c. Causa de exclusão no art.º 55.º/k do Anteprojecto e no art.º 57.º/4 i) da Directiva;
    - d. Necessidade de assegurar, em termos inovadores, as condições de imparcialidade e igualdade de tratamento no procedimento.

## **I. Alterações ao ajuste direto e o (re)surgimento da consulta prévia**

1. O CCP aglutinou os diversos procedimentos sem público apelo à concorrência, então existentes, numa única estrutura adjudicatória: o ajuste direto. Com a entrada em vigor do CCP, o ajuste direto tornou-se, assim, no único procedimento onde não existe um público apelo à concorrência, sendo os concorrentes diretamente convidados pela entidade adjudicante a apresentar uma proposta.
2. Em regra, a entidade adjudicante é livre de escolher uma ou várias entidades a apresentar proposta. Neste último caso, e apesar de não ser precedido de um público apelo à concorrência, o ajuste direto não deixa de ser um procedimento tendencialmente concorrencial.
3. O Anteprojecto (re)introduz a figura do procedimento de consulta prévia, definindo-o como “*o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar*”. Este procedimento distingue-se do “novo” ajuste direto, que passa a ser o (*rectius*, retoma a natureza de) procedimento em que a entidade adjudicante convida apenas uma entidade a apresentar proposta.
4. Conforme se explicita no preâmbulo do Anteprojecto, o ressurgimento do procedimento de consulta prévia corresponde à concretização de uma das medidas previstas no Plano Nacional de Reformas (sustentada, por seu turno, em Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção, de 07/01/2015, sobre a prevenção de riscos de corrupção na contratação pública), não traduzindo, pois, uma exigência decorrente da obrigação de transposição das diretivas europeias em matéria de contratação pública.
5. A consulta prévia corresponde, no fundo, à (re)autonomização procedimental da figura do *ajuste direto concorrencial*, em que a entidade adjudicante convida (deve convidar) várias entidades a apresentar proposta (neste caso, pelo menos, três).
6. O ajuste direto, por seu turno, transforma-se no único procedimento não concorrencial regulado pelo CCP.
7. A (re)introdução da figura da consulta prévia e a consequente redefinição do ajuste direto não correspondem, porém, a um mero realinhamento de conceitos. Desde logo, e apesar de o Anteprojecto manter, para a consulta prévia, os mesmos limiares que permitiam a escolha do “antigo” ajuste direto em função do valor do contrato, facto é que se reduzem substancialmente os montantes até aos quais se permite lançar mão do “novo” ajuste direto. Assim, para as empreitadas de obras públicas, só é permitida a mobilização do ajuste direto quando o valor do

contrato for inferior a € 30.000. Para os contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, o ajuste direto só poderá ser utilizado quando o valor do contrato for inferior a € 20.000.

8. O Anteprojeto não limita, porém, o procedimento de consulta prévia aos casos em que a dispensa de um público apelo à concorrência se funda no valor do contrato a celebrar. Com efeito, sem que tenham sido alteradas as respetivas epígrafes (que apenas se referem ao ajuste direto), os novos artigos 24.º a 27.º, respeitantes à escolha do procedimento em função de critérios materiais, prevêm, em alternativa, a utilização do ajuste direto ou da consulta prévia.
9. Ora, se, na escolha do procedimento em função do valor do contrato, a fronteira entre estes dois procedimentos será relativamente fácil de traçar, o mesmo não se pode dizer, porém, quanto aos casos em que a dispensa de um público apelo à concorrência se funda em critérios materiais. É que, numa parte relevante das hipóteses aí previstas, as razões que justificam a dispensa de um público apelo à concorrência são suficientemente fortes para justificar (ou mesmo impor) o afastamento de qualquer tipo de tensão concorrencial (veja-se o caso da urgência imperiosa). Pelo que, para esses casos, a realização de uma consulta prévia, com um convite a um mínimo de três entidades, não faria qualquer sentido, podendo mesmo constituir a negação da razão em que se escora a dispensa de um público apelo à concorrência. Para resolver este problema, o Anteprojeto prevê um novo artigo 27.º-A, nos termos do qual “*em todas as situações previstas nos artigos anteriores, deve adotar-se o 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*”. Na verdade, se, por exemplo, fosse possível convidar, pelo menos, três entidades a apresentar proposta, dificilmente se poderia concluir que as prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar só a elas poderiam ser confiadas por virtude de motivos técnicos excluïrem a existência de qualquer (outra) concorrência.
10. Embora nos pareça que, com a alusão “*às situações previstas nos artigos anteriores*”, o artigo 27.º-A se pretende referir apenas aos casos em que a dispensa de um público apelo à concorrência se funda em critérios materiais (Capítulo III da Parte II), e não também no valor do contrato (Capítulo II da Parte I), talvez seja importante precisar que o artigo 27.º-A apenas se refere “*às situações previstas nos artigos anteriores do presente capítulo*”.
11. O Anteprojeto prevê, de forma expressa, que o limite previsto no artigo 113.º, n.º 2, respeitante às entidades que podem ser convidadas a apresentar proposta, se aplica ao procedimento de consulta prévia. A doutrina vinha defendendo, com argumentos ponderosos, que tal limite deveria ser restritivamente interpretado, não sendo aplicável aos “ajustes diretos concorrenciais”, em que o adjudicatário não havia sido a única entidade convidada a apresentar proposta. Além de poder

distorcer a concorrência e não salvaguardar o interesse público (já que a medida pode afastar as empresas mais eficientes), a opção vertida no Anteprojeto acaba por revelar uma certa (para não dizer total) desconfiança da capacidade de a obrigação de convidar, pelo menos, três entidades poder ser geradora de uma efetiva concorrência entre os convidados.

12. O ceticismo quanto à “força concorrencial” de uma mera obrigação de convidar, pelo menos, três entidades (se for essa a vontade da entidade adjudicante, parece-nos praticamente impossível evitar as situações em que os convites são meramente formais ou “para fazer número”), as dificuldades que decorrerão de uma correta interpretação e aplicação do disposto no artigo 27.º-A, bem como uma certa confusão terminológica que se poderá gerar com a *consulta preliminar ao mercado*, prevista no artigo 35.º-B, leva-nos a concluir pela escassa utilidade e necessidade de autonomização do procedimento de consulta prévia.
13. Se, ainda assim, o legislador crê mesmo na *vis* concorrencial dessa obrigação, ou entende que tal é a melhor forma de dar cumprimento à jurisprudência europeia respeitante a contratos de valor abaixo dos limiares das diretivas (o que não cremos), talvez fosse mais simples alterar apenas o artigo 114.º do CCP (cuja epígrafe é justamente “*número de entidades convidadas*”), prevendo os casos em que, por força do valor do contrato a celebrar (e apenas por esta razão), a entidade adjudicante estaria obrigada a convidar, pelo menos, três entidades. Desta forma, a entidade adjudicante poderia, por exemplo, convidar duas entidades para a formação de um contrato de aquisição de serviços cujo valor máximo fosse de € 15.000, o que as noções de ajuste direto e consulta prévia, constantes do artigo 112.º do Anteprojeto, parecem impedir.
14. O Anteprojeto parece resolver definitivamente a dúvida resultante do facto de o artigo 118.º, n.º 2, apenas fazer referência “*aos motivos previstos nas alíneas a) a n) do n.º 2 e n.º 3 do artigo 146.º*”, deixando de fora as causas de exclusão previstas no artigo 70.º, n.º 2, para que remete a alínea *o)* do n.º 2 do artigo 146.º. Com efeito, a nova redação do artigo 118.º, n.º 2 prevê que não devem ser levadas à fase de negociação “*propostas que sejam excluídas por qualquer dos motivos previstos no n.º 2 do artigo 146.º*” e, como tal, também com fundamento na alínea *o)* do n.º 2 do artigo 146.º. Parece-nos uma solução inteiramente acertada. Em primeiro lugar, porque a fase de negociação não é um momento que se destine a corrigir irregularidades das propostas [a não inclusão da alínea *o)* do n.º 2 do artigo 146.º suscitava a questão de saber se as situações previstas no artigo 70.º, n.º 2, poderiam ser debeladas em fase negocial]. Em segundo lugar, e neste pressuposto, apesar de o ajuste direto com negociação não conhecer uma fase de saneamento (como acontece no concurso público), algumas das irregularidades previstas no artigo 70.º, n.º 2, são de tal ordem evidentes que não se poderia simplesmente exigir à entidade

adjudicante que fingisse que as mesmas não existiam, apenas excluindo as propostas após a sua negociação.

15. O artigo 128.º do Anteprojeto responde, ainda, a uma “reivindicação” das entidades adjudicantes, de alargamento do regime simplificado do ajuste direto (ou ajuste “sobre fatura”) às pequenas empreitadas de obras públicas (inferiores a € 5.000,00), muitas vezes “mascaradas” de aquisições de serviços para aí poderem ser enquadradas.

## **I – Ajuste directo**

### 1. A distinção entre consulta prévia, ajuste directo e ajuste directo simplificado

#### i. O valor como elemento distintivo primordial

a) consulta prévia (pelo menos a 3 fornecedores) para bens e serviços entre os €20.000 e os €75.000 (art.º 20.º, n.º 1, alínea c)) e empreitadas entre €30.000 e €150.000 (art.º 19.º alínea c))

b) ajuste directo para bens e serviços até €20.000 (art.º 20.º, n.º 1, alínea d) e para empreitadas até €30.000 (art.º 19.º, alínea d))

c) ajuste directo simplificado para bens, serviços e empreitadas cujo preço contratual não seja superior a €5 000 (art.º 128.º)

d) consulta prévia ou ajuste directo para concessões de obras públicas ou de serviços públicos de valor inferior a €75.000 e com uma duração inferior a um ano (art.º 31.º, n.º 4)

#### ii. Alterações face ao regime anterior

a) os anteriores limiares máximos do ajuste directo (€75.000 e €150.00, para bens e serviços e empreitadas, respectivamente) passam a ser os limiares máximos da consulta prévia, criando-se limiares específicos para o ajuste directo (€30.000 e €20.000, respectivamente) – o porquê de o limite máximo das empreitadas ser superior ao dos bens e serviços no ajuste directo, quanto acontece o oposto na consulta prévia!

b) alargamento do ajuste directo simplificado às empreitadas, como o mesmo limite de valor vigente para os bens e serviços (art.º 128.º, n.º 1);

c) necessidade de fundamentação do recurso ao ajuste directo ou à consulta prévia, mesmo quando adoptados com base no critério do valor (e não, como até agora, apenas quando utilizado invocando critérios materiais) – art.º 115.º, n.º 1, alínea c);

d) mesmo quando seja consentido o recurso a critérios materiais (art.ºs 24.º a 27.º), deve utilizar-se preferencialmente a consulta prévia (e não o ajuste directo), ou seja, *“sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção do procedimento em causa”* – art.º 27.º-A;

e) alteração dos pressupostos de recurso ao ajuste directo e também da consulta prévia para contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos (art.º 31.º, n.ºs 3 e 4):

- manutenção da necessidade de invocação “razões de interesse público relevante” para a utilização do ajuste directo e, agora, da consulta prévia, sem limitação quanto ao valor do contrato (art.º 31.º, n.º 3);

- introdução da possibilidade de recurso ao ajuste directo ou à consulta prévia, sem necessidade de invocação de quaisquer motivos de interesse público, mas com limites quanto ao valor do contrato (inferior a €75.000) e à sua duração (inferior a 1 ano) – art.º 31.º, n.º 4

iii. Ajuste directo e consulta prévia:

a) distinção entre ajuste directo e consulta prévia para determinados efeitos:

- a desnecessidade de júri vale para o ajuste directo, mas não para a consulta prévia (art.º 67.º, n.º 1);

- necessidade de recurso à consulta prévia (mas não ao ajuste directo) para a celebração de contratos ao abrigo de um acordo quadro cujos termos não abranjam todos os aspectos submetidos à concorrência (art.º 259.º, n.º 1);

- o pressuposto base do número de convidados, não inferiores a 3 na consulta prévia e apenas 1 no ajuste directo (art.º 112.º, n.ºs 1 e 2);

b) equiparação entre ajuste directo e consulta prévia para determinados efeitos:

- dispensa do prazo de 10 dias, contados da notificação da decisão de adjudicação de todos os concorrentes, antes da outorga do contrato – art.º 104.º, n.º 2, alínea a);

- obrigatoriedade de fixação de preço base (art.º 47.º, n.º 1), excepto se a consulta prévia ou o ajuste directo forem adoptados com base em critérios materiais (art.ºs 24.º a 27.º-A e 47.º, n.º 5);

- preço contratual manifestamente desproporcionado como causa de não adjudicação (art.º 79.º, n.º 1, alínea e)) – até agora só o era no ajuste directo em que fosse convidada uma única entidade e se não houvesse sido fixado preço base no caderno de encargos. Articulação com a necessidade, imposta como regra pelo n.º 1 do art.º 47.º, de fixação de um preço base na generalidade dos procedimentos e com a exclusão da proposta por conter um preço superior ao preço base (art.º 70.º, n.º 1, alínea d)): possibilidade de caducidade da adjudicação, nos termos do art.º 79.º, n.º 1, alínea e), mesmo quando fixado preço base no caderno de encargos e se alguma das propostas for superior? E, sendo inferior a esse mesmo preço base, pode a entidade adjudicante, ainda assim, declarar “caduca” a adjudicação com fundamento na manifesta desproporção do preço da proposta? A possibilidade de não fixação de preço base no ajuste directo e na consulta prévia adoptados com base em critérios materiais (art.ºs 24.º a 27.º-A e 47.º, n.º 5): e, nesta última hipótese, pode dar-se a “caducidade” da

adjudicação, considerando o preço da(s) proposta(s) apresentada(s) manifestamente desproporcionado?

- possibilidade de utilização alternativa ao ajuste directo ou à consulta prévia para a celebração de contratos ao abrigo de um acordo quadro cujos termos abranjam todos os aspectos submetidos à concorrência (art.º 258.º, n.º 1);

- a qualificação de ambos os procedimentos como fechados, isto é, de acesso restrito, de entre os potenciais interessados, aos que vierem a ser convidados pela entidade adjudicante.

iv. A tramitação da consulta prévia muito similar à do anterior ajuste directo com convite a mais de uma entidade (art.º 115.º, n.º 2, alíneas a) e b)), podendo contemplar uma fase de negociações (art.ºs 118.º a 121.º) com todas as propostas, à excepção das excluídas pelos mesmos fundamentos que legitimam a exclusão no relatório preliminar do concurso público (art.ºs 118.º, n.º 2 e 146.º, n.º 2)

v. A qualificação da consulta prévia como um procedimento autónomo, distinto do ajuste directo (art.ºs 16.º, n.º 1, alínea b), 40.º, n.º 1, alínea b) e 112.º, n.º 1): será um procedimento autónomo ou uma nova denominação para um procedimento já existente, mas sempre facultativo (convite a mais de um operador económico), agora tornado obrigatório para certos contratos, acima de determinado valor? O ajuste directo como um procedimento no qual apenas um operador económico é convidado (art.º 112.º, n.º 2)

2. Forma de apresentação das propostas – art.º 115.º, n.º 1, alínea g) vs art.º 62.º e art.º 9.º, n.º 1, alínea a), do DL que aprovar as alterações ao CCP: até 30/6/2018, na consulta prévia e no ajuste directo, as entidades adjudicantes podem “*adotar outros meios de transmissão escrita e electrónica de dados para envio de convites e receção de propostas*”: na prática tudo fica como está (pelo menos até final de Junho 2018), apesar de a leitura conjugada dos art.ºs 115.º e 62.º parecer indiciar o contrário (ou seja, a obrigatoriedade de convites e propostas serem enviados através de plataforma electrónica, a qual só se tornará obrigatória após aquela data)

3. A proibição do n.º 2 do art.º 113.º aplica-se mesmo relativamente a (actuais e anteriores) adjudicações efectuadas na sequência de consultas prévias (e não apenas de ajuste directo), tendo o legislador considerado como mais relevante a natureza fechada destes dois procedimentos face à selecção de um único convidado, ou seja:

- i. numa actual consulta prévia, devem ser consideradas as anteriores adjudicações efectuadas ao mesmo concorrente na sequência de ajustes directos e consultas prévias;
- ii. num actual ajuste directo, devem ser consideradas as anteriores adjudicações efectuadas ao mesmo concorrente na sequência de ajustes directos e consultas prévias; e
- iii. num actual ajuste directo ou numa actual consulta prévia, não haverá que considerar, relativamente a um determinado concorrente convidado no presente procedimento, a sua participação em anterior consulta prévia, quando, neste outro procedimento, tal concorrente não tenha sido adjudicatário, mas apenas convidado.

4. Não concretização, eventualmente por referência para o CPV e respectivos códigos, da noção de objecto contratual idêntico, para efeitos de aplicação de proibição de convite a determinados operadores económicos (art.º 113.º, n.º 2)

## **II – Concurso público urgente**

1. Inclusão no CCP da utilização do concurso público urgente também para as empreitadas, até agora prevista, anualmente, em diplomas de natureza orçamental (Leis do Orçamento do Estado ou Decretos-Lei de execução orçamental)

2. Limitação do recurso ao concurso público urgente a contratos respeitantes a bens, serviços (de uso corrente) ou empreitadas, com o valor limite de €150.00 (art.º 155.º, alínea a)):

- i. na versão ainda em vigor do CCP, o limite é de €135.000 ou € 209.000 para os bens e serviços (art.º 155.º), consoante a entidade adjudicante seja, respectivamente, o Estado ou qualquer outra;
- ii. nos termos do Decreto-Lei de execução orçamental de 2016 (art.º 34.º, n.º 1, alínea b)) e do art.º 19.º, alínea b), do CCP, para as empreitadas o limite é de €5.225.000

3. Possibilidade de os diplomas orçamentais alterarem os pressupostos de recurso ao concurso público, nomeadamente aumentando o valor máximo que consente o recurso a tal procedimento?

4. Desnecessidade de as empreitadas serem co-financiadas por fundos comunitários (art.º 34.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei de execução orçamental para 2016).

5. Encurtamento para 24 horas do prazo mínimo para apresentação de propostas nas empreitadas (até agora era de 15 dias – art.º 34.º, n.º 3, do Decreto-Lei de execução orçamental para 2016): a jurisprudência do Tribunal de Contas, em face do diploma de 2010, no sentido da recusa de visto, em razão da exiguidade do prazo fixado para apresentação de propostas (2, 4 e 5 dias), a diversos concursos públicos urgentes. O novo limite máximo do valor do contrato afasta, numa primeira fase, o problema, por não atingir o limite a partir do qual se torna obrigatório o visto prévio do Tribunal de Contas.

6. O pressuposto essencial do recurso ao concurso urgente: a urgência para efeitos de concurso público urgente (art.º 155.º) e a urgência como pressuposto legitimador do recurso ao ajuste directo e, ou, consulta prévia (art.ºs 24.º, alínea c) e 27.ºA).

## **I. APRESENTAÇÃO GERAL SOBRE O NOVO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL PARCERIAS PARA A INOVAÇÃO**

Ao contrário do procedimento específico, publicado em 2007, para contratos pré-comerciais de I&D<sup>3</sup>, a parceria para a inovação permite, no âmbito, de um mesmo procedimento/parceria não só a investigação e o desenvolvimento necessário de um bem, serviço ou obra não existente no mercado, mas, igualmente, a sua posterior aquisição, por parte das autoridades adjudicantes.

A introdução deste procedimento no ordenamento jurídico europeu (artigo 31.º da Diretiva 2014/24/UE e artigo 49.º da Diretiva 2014/25/UE) reflete a estratégia adoptada pela União Europeia (Europa 2020) de promoção de inovação em domínios estratégicos, tais como a contratação pública.

Este novo procedimento permite às autoridades adjudicantes estabelecerem com um ou mais operadores económicos uma parceria de longo prazo, tendo em vista o desenvolvimento e posterior aquisição de produtos, bens ou serviços ou obras novas e inovadoras, desde que os níveis de desempenho e custos estejam previamente acordados.<sup>4</sup>

A parceria para a inovação comporta três fases distintas e não poderá ser utilizada com o propósito de restringir ou falsear a concorrência:

- (i) Fase Procedimental - a fase procedimental visa a seleção de um ou mais operadores económicos que irão participar na fase (ii), isto é, no desenvolvimento do produto, serviço ou obra inovadores.

Esta fase inicia-se após a decisão de contratar, tendo como primeiro momento o anúncio da parceria. Após o anúncio da parceria, com respeito pelos imperativos legais, segue-se a apresentação das candidaturas e o conseqüente convite à apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento. Por fim, tem lugar a análise das propostas e a conseqüente adjudicação.<sup>5</sup>

- (ii) Fase de inovação/execução contratual – a fase de inovação/execução contratual ocorre após a adjudicação.

Nesta sede, operadores económicos e entidade adjudicante irão cooperar no desenvolvimento de uma solução inovadora. Esta fase deverá ser estruturada em fases sucessivas, de acordo com a sequência de etapas do processo de investigação e desenvolvimento, que pode incluir o fabrico do

---

<sup>3</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, sobre contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade para a Europa COM (2007) 799

<sup>4</sup> Considerando 49 da Diretiva 2014/24/UE.

<sup>5</sup> Considerando 49 e art.31.º (1) da Diretiva 2014/24/UE; art. 218.º - A; art. 218.º - B do Anteprojeto.

bem, prestação do serviço ou realização da obra. A parceria deverá, também, fixar metas intermédias que devem ser alcançadas pelos parceiros, assim como prever a remuneração dos operadores em frações adequadas.

Note-se que, desde que tal possibilidade se encontre prevista nas peças do procedimento, a autoridade adjudicante poderá pôr termo à parceria ou reduzir o número de parceiros.<sup>6</sup>

(iii) Fase de aquisição – é a última fase da parceria, ou seja, a aquisição dos bens, serviços ou obras inovadores, desenvolvidos pelos operadores económicos, no âmbito da parceria.

## **II. CONSIDERAÇÃO DA BONDADE INTRÍNSECA DAS SOLUÇÕES INTRODUZIDAS E CONFORMIDADE COM A DIRETIVA 2014/24/UE.**

De acordo com o art. 288.º (3) do TFUE, os EM poderão adoptar diferentes métodos de transposição das Diretivas. No entanto uma nota quase transversal, à maioria dos Estados-Membros, que já procederam à transposição da Diretiva 2014/24/eu, é a adopção de uma transposição minimalista, no que concerne ao art. 31.º da Diretiva 2014/24/UE, em contraposição com a chamada transposição “gold-plating”.

Ora, os artigos 30.º - A; 218.º - A; 218.º - B; 218.º - C; 218.º - D; 301.º - A do Anteprojeto seguem a maioria dos congéneres europeus e adoptam, igualmente, uma transposição minimalista, isto é, muito próxima ao texto da Diretiva 2014/24/UE.

Na nossa óptica este fenómeno não é motivado pelo extremo detalhe regulatório do art. 31.º da Diretiva 2014/24/UE, mas, sim, pelo receio quanto ao uso e estrutura deste novo procedimento. Isto dito, caberá às instâncias europeias a divulgação de instrumentos de *soft-law* adequados, por forma a efetivar o uso das parcerias para a inovação, ajudando os EM a desvendar este verdadeiro “enigma jurídico”.

### **A) Escolha do Procedimento – art. 30.º - A do Anteprojeto**

O art. 30.º - A do Anteprojeto apenas permite o uso da parceria para a inovação quando a entidade adjudicante pretenda a realização de investigação e desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadores, tendo em vista a sua aquisição posterior, desde que os níveis de desempenho e preços máximos estejam previamente acordados entre aquela e os participantes na parceria.

Esta disposição parece manifestamente insuficiente, em comparação com o disposto nos art. 2.º (22) e art.

---

<sup>6</sup> Art. 31.º (2) da Diretiva 2014/24/UE e o art. 218.º - D n.º 3 a 6 do Anteprojeto.

31.º da Diretiva 2014/24/UE, pois o legislador nacional, ao contrário do legislador europeu, não fornece aos operadores do Código uma definição legal de *inovação*.

Resulta da conjugação do art. 2.º (22) e do art. 31.º da Diretiva 2014/24/UE que inovação deve ser definida, tendo em conta dois elementos: (i) um elemento ontológico – criação de produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado; e (ii) um elemento teleológico - com o objectivo de resolução de desafios societais.

Mais se diz que a mera referência, no art. 218.º -A, n.º 3, al. a), do Anteprojeto, “... *não disponíveis no mercado*”, não cumpre as exigências dos artigos *supra* citados da Diretiva.

Propõe-se, assim, a introdução de uma definição de inovação, de acordo com o art. 2.º (22) da Diretiva 2014/24/UE.

As soluções analisadas noutros ordenamentos jurídicos () vão de encontro ao art. 2.º (22) da Diretiva 2014/24/UE, pelo menos quanto à inclusão e densificação do elemento ontológico.

Todavia, alguns ordenamentos possuem um elenco de definições legais, na parte inicial dos Códigos ou Secções, onde se encontram, entre outras, a definição de inovação em traços similares ao art. 2.º (22) da Diretiva 2014/24/UE. Igual solução sistemática, no plano nacional, ou seja, a introdução de um artigo genérico com definições legais, na parte inicial do código, teria a virtualidade de conferir uma maior certeza jurídica aos operadores do código.

## **B) Fase Procedimental**

Quanto à fase procedimental o legislador nacional, em traços gerais, foi de encontro ao pretendido pelas instâncias europeias.

Oferece, aqui, particular enfoque o art. 218.º - A, n.º 3, al. c), do Anteprojeto, quanto à seleção de candidatos, que obriga as entidades adjudicantes a ter especial atenção à capacidade dos candidatos no domínio da investigação e desenvolvimento de soluções inovadoras, em conformidade com as novas Diretivas europeias.

A Diretiva 2014/24/UE, no seu art. 31.º (6) teve o cuidado de explicitar quais as considerações a ter a conta neste tipo de procedimento, concretizando o critério geral do art. 58.º (4) da Diretiva 2014/24/UE. Acresce que a proposta inicial da Comissão para uma nova Diretiva do sector público fazia menção não só à capacidade, mas, também, à experiência dos operadores económicos no universo da inovação, porém na versão final da Diretiva 2014/24/UE, o requisito da experiência caiu, facilitando, na nossa óptica, a entrada de PME`s e empresas *start-up*.<sup>7</sup>

No que toca ao critério de adjudicação, o legislador nacional no art. 218.º- C, n.º 2, do Anteprojeto, refere

que, no âmbito da parceria para a inovação, o critério a utilizar é o da proposta economicamente mais vantajosa.

A redação é infeliz e não está conforme o direito europeu. Recorde-se que, de acordo com o considerando 49 da Diretiva 2014/24/UE, os contratos emergentes da parceria para a inovação deverão ser adjudicados *unicamente* segundo o critério da melhor relação qualidade/preço, não permitindo a Diretiva a utilização do critério do custo ou custo de ciclo de vida, pois só aquele (*melhor relação qualidade/preço*) permite a comparação de soluções inovadoras.

O legislador nacional deverá, assim, densificar e clarificar o n.º 2 do art. 218.º - C do Anteprojeto. No mesmo sentido, veja-se a experiência italiana que consagra de forma expressa o critério da melhor relação qualidade/preço como critério único de adjudicação, no âmbito da parceria.

Por fim, deverá ser feita uma remissão genérica para o regime supletivo do procedimento concorrencial com negociação (considerando 49 da Diretiva 2014/24/UE), evitando vazios legais (*lacunas*), quanto aos aspectos que não se encontrem expressamente regulados nos artigos dedicados à parceria para a inovação.

### **C) Fase da inovação/execução contratual**

Da conjugação dos artigos 218.º -D e do art. 301.º - A do Anteprojeto vemos que o legislador nacional foi de encontro à maioria das pretensões resultantes do art. 31.º da Diretiva 2014/24/UE.

Assim, o legislador, além de consagrar uma obrigação genérica de estruturar a parceria em fases sucessivas, de acordo com uma sequência de etapas, relativas ao processo de investigação e desenvolvimento (art. 218.º - D n.º 3), impõe, igualmente, a fixação de metas intermédias a ser alcançadas pelos parceiros e o pagamento de remunerações em fracções (art. 218.º - D n.º 4).

O n.º 5 do art. 218.º - D permite à entidade adjudicante pôr termo à parceria, ou reduzir o número de parceiros, nos termos previstos nas peças do procedimento.

A obrigação de estruturar a parceria em fases sucessivas é crucial para monitorização e execução da parceria, prevenindo a adopção de comportamentos discriminatórios capazes de distorcer a concorrência, devendo o legislador prever, de forma expressa, a obrigatoriedade de documentar todo o processo, em especial durante a fase de negociações, dando cumprimento aos princípios europeus da transparência e da igualdade.<sup>8</sup> Esta obrigação de documentação carece ainda de concretização pelo legislador nacional.

Quanto à fixação de metas intermédias, estas são decisivas para avaliar a performance e capacidade dos operadores, forçando estes últimos a apresentar resultados. A al. a) do n.º 2 do art. 301.º - A do Anteprojeto concretiza esta possibilidade, pois permite às entidades adjudicantes definir prestações contratuais (v.g., remunerações ou término da parceria), tendo como referência os resultados a atingir. Porém, o citado preceito

vai mais longe, porque, apesar de fixar resultados a atingir, reconhece que não existe garantia de obtenção dos mesmos. Aqui, o legislador demonstrou sensibilidade quanto ao tipo de mercado em causa - dado que os mercados de inovação são voláteis e de resultados incertos, impera aí uma grande componente de risco, não prejudicando os operadores económicos pela não obtenção de resultados.

Por fim, salientamos a importância da al. e) do art. 301.º - A do Anteprojeto, onde o legislador português, pese embora reconheça a flexibilidade deste procedimento, nomeadamente através da previsão de contratos de cenários alternativos, alerta para a necessidade de respeitar os limites previstos para as modificações objetivas.

Em bom rigor, estamos a lidar com bens, serviços ou obras não existentes no mercado, pelo que ainda não é possível medir o impacto dos bens, serviços ou obras, podendo estes facilmente ultrapassar o regime das modificações objectivas e, também, violar as disposições do TFUE relativas aos auxílios de Estado (art. 107.º TFUE), dependendo da vantagem económica auferida pelo operador económico.

#### **D) Fase de Aquisição**

O legislador europeu não regula a matéria da aquisição dos direitos de propriedade intelectual, por parte da entidade adjudicante, resultado de uma parceria para a inovação. O art. 31.º (6) da Diretiva 2014/24/UE limita-se a obrigar a entidade adjudicante a definir, nos documentos do concurso, as disposições aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual. O Anteprojeto terá seguido igual caminho no art. 218.º - A, n.º 3, al. b).

A matéria da definição das disposições aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual figura como uma das mais complexas. Deverá a entidade adjudicante adquirir o direito de propriedade intelectual ou apenas deve adquirir o direito de exploração (IP License)? Esta é apenas uma de muitas questões que se poderão colocar nesta sede.

No entanto, a entidade adjudicante deve regular a presente matéria de forma casuística.

Solução mais feliz, mas, igualmente, insuficiente terá seguido o legislador francês quando fala em “...repartição de direitos de propriedade intelectual”.

**I. Tema cujo tratamento é omissivo no Anteprojeto (à semelhança do que ocorria no CCP)**

Uma modificação ao CCP com esta dimensão deveria ser acompanhada de uma revisão das regras de despesa pública, pelos seguintes motivos:

- a. A relevância da componente de concorrência da contratação pública deverá ser coordenada com a respetiva relevância financeira;
- b. As referidas regras encontram-se, atualmente, pulverizadas em diplomas avulsos dispersos, de forma desatualizada e pouco coerente (nomeadamente, DL n.º 197/99, de 08 de Junho, Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública, Decreto-Lei 155/92, de 28 de Julho, Lei 8/2012, de 21 de Fevereiro e Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso e respetivo diploma de regulamentação, etc.), dificultando a sua aplicação;
- c. Os vícios no procedimento de autorização da despesa serão suscetíveis de condicionar e prejudicar o desenvolvimento do procedimento de contratação pública (nomeadamente, dificuldades de obtenção de visto prévio, sempre que tal seja exigido).

**II. Artigo 473.º do Anteprojeto**

1. A Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 (doravante, Diretiva) apenas exclui do valor do contrato o IVA (cfr. artigos 4.º e 5.º).
2. O Anteprojeto à semelhança da Diretiva também só prevê a exclusão do IVA. Sucede que o Anteprojeto (à semelhança do que já acontecia no CCP) prevê outros dois conceitos de carácter financeiro relativamente aos quais deverão ser excluídos todos os tributos: o preço base e o preço contratual.
3. Por uma questão de coerência, o artigo 473.º deveria prever também a exclusão de outros tributos que possam acrescer ao preço base e preço contratual, pela seguinte ordem de razões:
  - i. Os tributos, tratando-se de prestações de natureza coativa – portanto, não contratual –, deverão ser segregados destes aspetos;
  - ii. Não correspondendo a um benefício económico tais valores não deverão ser considerados no valor do contrato, desde logo influenciando os procedimentos pré-contratuais aplicáveis;
  - iii. Não correspondendo a um valor que a entidade adjudicante “se dispõe a pagar” pela execução de todas as prestações que constituem objeto do contrato, não se justifica a sua inclusão no preço base;

- iv. A considerar-se incluídos no preço contratual, o seu aumento ou diminuição – coativamente determinado – será suscetível de determinar modificações contratuais objetivas supervenientes, as quais poderiam ser evitadas pela simples previsão, originária, da sua exclusão.
4. A título de exemplo: as aquisições de combustível pelas entidades adjudicantes, que, além do IVA, incluirão ainda o pagamento do ISPP (imposto sobre os produtos petrolíferos).
5. Assim, ainda que se entenda não excluir o ISPP (ou outro qualquer tributo) do valor do contrato, por questões de harmonização com o Direito da União Europeia – o artigo 4.º da Diretiva relativo ao valor do contrato só prevê a exclusão do IVA –, considerando que o preço base e o preço contratual são conceitos de direito nacional, a respetiva exclusão não será suscetível de violar as Diretivas. Mantinha-se, portanto, a relevância dos demais tributos para a determinação do valor do contrato e, conseqüentemente, para a definição do procedimento de formação a adotar, mas excluir-se-iam os tributos do preço base e do preço contratual.

### **III.N.º 3 do artigo 74.º do Anteprojeto**

1. Apesar de respeitar a uma previsão expressa da Diretiva (n.º 2 do artigo 67.º), a solução constante do n.º 3 do artigo 74.º do CCP (na redação do anteprojeto) não será inócua do ponto de vista das respetivas consequências financeiras.
2. Com efeito, a solução de fixação de um preço ou custo fixo e de deixar à concorrência apenas factos relativos à qualidade da proposta poderá determinar um desajustamento do valor selecionado relativamente ao preço que seria definido em condições normais de mercado.
3. Isto posto, consideramos que a disposição em análise deverá receber um enquadramento normativo mais desenvolvido.
4. Neste sentido, deverão ser estabelecidos pressupostos/condições dos quais dependerá a aplicação da norma em causa.
5. Relativamente ao n.º 8: O Anteprojeto mantém os denominados “contratos sem valor”.
- a. A doutrina vem avançando com o enquadramento destes contratos, no sentido de que respeitaria aos contratos de valor indeterminável.
  - b. Contudo, crê-se que tal entendimento levaria a que a indeterminabilidade do valor do contrato fosse suscetível de permitir a adoção de qualquer dos procedimentos previstos.
  - c. Mas a tomar como bom esse entendimento deverá ser adotado para os contratos de valor indeterminável o modelo já adotado pelo legislador italiano, que, consciente, por um lado,

que os contratos de patrocínio têm valor económico, e, por outro lado, da dificuldade em determinar o valor daqueles contratos, previu uma norma específica que permitiu salvaguardar a concorrência e a boa gestão dos dinheiros públicos. O legislador italiano parte do raciocínio inverso daquele que serve de base ao método de cálculo-regra previsto na diretiva (*montante total a pagar*) e no Código dos Contratos Públicos português (*máximo benefício económico do adjudicatário*). Assim, não atendeu ao valor a despendido pela entidade adjudicante (ou terceiro) com a realização da empreitada, fornecimento de bens ou serviços, mas antes ao valor dos serviços que o adjudicatário prestará para a execução daquele contrato, isto é, ao valor da empreitada ou do fornecimento de bens ou serviços. De resto, utilizou o mesmo método que o legislador nacional consagrou para a determinação do valor da caução nos contratos sem preço (n.º 3 do artigo 89.º do CCP) e determinou que o valor da caução fosse definido de acordo com a utilidade económica que o contrato tem para a entidade adjudicante.

#### **IV. N.º 2 do artigo 21.º do Anteprojeto:**

1. O Anteprojeto prevê a revogação do n.º 2 do artigo 21.º do CCP, nos termos do qual se dispunha que: “Para a formação de contratos sem valor, excepto se se tratar de um dos contratos mencionados no número anterior, pode ser adoptado qualquer um dos procedimentos nele referidos.”.
2. Seria de clarificar qual o procedimento a adotar no caso de contratos sem valor – isto é, (i.) se o objetivo é manter o que estava previsto e apenas foi retirado por se considerar inócuo, (ii.) se não é necessário seguir qualquer procedimento, ou (iii.) se, à semelhança do que está previsto para os contratos de concessão e de sociedade, tem de ser adotado o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação (n.º 2 do artigo 31.º do Anteprojeto/CCP).

#### **V. Artigo 36.º do Anteprojeto:**

1. Embora nos pareça francamente positiva a intenção de estabelecer uma obrigação de fundamentação da decisão de contratar, deverá ser reequacionada a solução proposta.
2. Em casos de contratos de valor inferior àqueles limites não deverá deixar de existir fundamentação – em conformidade com as regras que disciplinam a realização de despesa pública –, pelo que aquela previsão expressa poderá acabar por convergir numa cláusula de legitimação do incumprimento do dever de fundamentação da despesa quando se tratar de contratos com valor inferior ao referido na norma.

3. Mais do que justificar cada uma das exigências decorrentes do n.º 3 do artigo, importará justificar (i.) a necessidade da despesa associada ao objeto contratual, no sentido de que é necessário, imperativo ou, pelo menos, útil a contratação da realização da obra, do fornecimento do bem ou da aquisição do serviço, bem como (ii.) o cumprimento dos critérios de economia, eficiência e eficácia da despesa.
4. Acresce que, a utilização da expressão “nomeadamente” poderá constituir um fator de incerteza para as entidades adjudicantes.

**VI. Artigo 47.º do Anteprojeto:**

1. Importa promover um conjunto de esclarecimentos relativamente à disciplina do preço base (artigo 47.º do Anteprojeto). Propõe-se que se atente no seguinte:
  - i. Em certos casos, o preço base não deverá ser fixado em função de um valor a pagar pela entidade adjudicante, mas em função de um valor a receber por esta. Em tais situações, não fará sentido a aplicação do conceito de preço base previsto no n.º 1 do artigo 47.º (ou mesmo do n.º 2, o qual como veremos até parece encontrar-se deslocado). Em tais situações, propõe-se que o preço base do contrato corresponda, por exemplo, ao “preço mínimo a receber pela entidade adjudicante”.
  - ii. Relativamente ao n.º 2: A referência ao “montante previsível a receber pelas prestações objeto do contrato” será mais adequada a revelar o valor do contrato do que, propriamente, o “preço base” – basta pensar que podem existir prestações contratuais que não sejam devidas pela entidade adjudicante – caso paradigmático dos contratos de concessão.
  - iii. Relativamente ao n.º 3: A exigência de fundamentação da fixação do preço base não é, a mais das vezes, uma decisão aritmética fácil e evidente, podendo colocar dificuldades às entidades adjudicantes. Tal torna-se, inclusivamente, mais difícil considerando que o Anteprojeto revogou o disposto no n.º 5, no qual estava prevista a possibilidade de serem determinados preços unitários base.

Relativamente ao n.º 5: considera-se que não será feliz a revogação do n.º 5 do atual artigo 47.º do CCP, porquanto se elimina a previsão expressa da possibilidade de definir preços base unitários.

As diretivas de 2014 mantêm a dicotomia entre exclusões obrigatórias e exclusões facultativas constante da Diretiva de 2004/18/CE. Os impedimentos previstos no CCP continuam, no anteprojeto, a ser todos imperativos (contrariamente a alguns Estados membros, que preservaram a dicotomia europeia).

**1) As pequenas alterações na alínea b). A sua manutenção em vigor, que contrasta com o entendimento amplo de “falta profissional” por parte do TJUE e com o desaparecimento da sua previsão nas diretivas de 2014;**

Artigo 55.º, alínea b) CCP: “Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional, sem que entretanto tenha ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido condenadas por aqueles crimes a pessoa colectiva ou os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções sem que entretanto não tenha ocorrido a sua reabilitação”;

O anteprojeto acrescenta a parte final “sem que entretanto não tenha ocorrido a sua reabilitação”.

Este motivo de exclusão associado à honorabilidade profissional estava previsto na Diretiva 2004 (artigo 45.º, n.º 2, al. c)), que esteve na origem da actual alínea b) do art. 55.º do CCP.

Contudo, o TJUE tem vindo a adotar, na sua jurisprudência, um entendimento amplo no que toca ao conceito de “falta profissional”, englobando “qualquer comportamento culposos que tenha incidência na honorabilidade profissional do operador em causa e não apenas as violações das regras deontológicas na estrita aceção da profissão à qual pertence esse operador, que sejam constatadas pelo órgão disciplinar previsto no quadro dessa profissão ou por uma decisão jurisdicional com força de caso julgado.”<sup>9</sup>. Estarão por isso abrangidos na “falta profissional” os casos dos “crimes que afetem a honorabilidade profissional” (alínea b) do actual art. 55.º do CCP).

A somar a isto, a Diretiva 2014/24/UE não prevê, ao contrário da sua antecessora, o “crime que afete a honorabilidade profissional” como motivo de exclusão.

Parece, por isso, desnecessário continuar a autonomizar o “crime que afete a honorabilidade profissional” (alínea b) do art. 55.º do CCP) da “falta profissional” (alínea c) do n.º 4 do art. 57.º da

---

<sup>9</sup> Ac. do TJUE de 13 de dezembro de 2013, *Forposta*, proc. C-465/11, n.º 27. *Vd.*, no mesmo sentido, mais recentemente, o Ac. do TJUE de 18 de Dezembro de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, proc. C- 470/13, n.º 35.

Diretiva 2014/24/UE). Bastaria tornar o conceito de “falta profissional” da alínea c) do art. 55.º do CCP tão abrangente quanto o constante da alínea c) do n.º 4 do art. 57.º da Diretiva 2014/24/UE e da jurisprudência do TJUE.

**2) As pequenas alterações na alínea i);**

A alínea i) do (novo) n.º 1 do art. 55.º do CCP de acordo com o anteprojeto transcreve praticamente na íntegra o artigo 57.º, n.º 1 da Diretiva 2014/24/UE.

Na redação dada pelo anteprojeto, são aditadas duas subalíneas: “iv) As infrações terroristas ou infrações relacionadas com atividades terroristas” e “vi) Trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos”.

As restantes subalíneas vêm atualizadas as suas remissões para os respetivos diplomas.

**3) A manutenção em vigor da alínea j) e a não transposição da alínea f) do art. 57.º/4 da Diretiva 2014/24/UE: comparação do âmbito das duas normas;**

A alínea j) do novo n.º 1 do art. 55.º determina a exclusão obrigatória dos operadores económicos do procedimento de contratação quando estes “tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais da concorrência”.

Mantém-se inalterada<sup>10</sup> a redação da alínea j) do artigo 55.º do CCP em vigor.

Com um âmbito parecido, a Diretiva 2014/24/UE prevê, na alínea f) do n.º 4 do seu art. 57.º, que os Estados membros podem excluir um operador económico quando haja “uma distorção da concorrência decorrente da participação dos operadores económicos na preparação do procedimento de contratação, a que se refere o artigo 41.º, que não possa ser corrigida por outras medidas, menos invasivas”.

**4) A nova alínea k): transposição da alínea i) do art. 57.º da Diretiva 2014/24/UE;**

Alínea k) – “Tenham diligenciado no sentido de influenciar indevidamente a decisão de contratar do órgão competente, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no procedimento, ou tenham prestado informações erróneas suscetíveis de alterar materialmente as decisões de exclusão, qualificação ou adjudicação”.

A alínea k) foi uma das novidades do anteprojeto do CCP.

O objetivo da Comissão de revisão do CCP (responsável pelo anteprojeto) foi a transposição para o nosso ordenamento jurídico da alínea i) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, segundo a qual: “Se o operador económico tiver diligenciado no sentido de influenciar indevidamente o processo de tomada de decisão da autoridade adjudicante, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no concurso, ou tiver prestado, com negligência, informações erróneas suscetíveis de influenciar materialmente as decisões relativas à exclusão, seleção ou adjudicação”.

**5) A nova alínea l) e o novo n.º 2 do art. 55.º. Os conflitos de interesses: transposição da alínea e) do art. 57.º/4 da Diretiva 2014/24/UE;**

Trata-se de um impedimento relativo, ao contrário da maioria dos impedimentos constantes do art. 55.º.

Não se relaciona com as qualidades profissionais do operador económico. Talvez por isso a exclusão apareça como *ultima ratio* (sendo expressão do princípio da proporcionalidade – Ac. do TJ de 16 de dezembro de 2008, *Michaniki*, proc. C-213/07 §§47-48).

O “novo” n.º 2 do art. 55.º do CCP (de acordo com o anteprojeto) é inovador em relação à Diretiva, apresentando uma lista de medidas adequadas para “impedir, identificar e resolver eficazmente” os conflitos de interesses.

A definição de conflito de interesses constante do art. 1.º-A/4 acaba por ser ligeiramente mais ampla (acrescenta “preparação do procedimento”) que a do §2 do art. 24.º da Diretiva 2014/24/UE. Este preceito da Diretiva estabelece uma noção que tem de ser respeitada como “mínimo” pelos Estados membros.

Do CPA já consta o conflito de interesses como impedimento, mas dúvidas existem quanto à sua aplicação às entidades adjudicantes que não são entidades administrativas.<sup>11</sup> Andou bem o anteprojeto na transposição do regime da Diretiva.

**6) O relevo do incumprimento anterior. A nova alínea m). A manutenção em vigor da alínea f). A alínea g) do art. 57.º/4 da Diretiva 2014/24/UE. As alterações nos arts. 456.º e 460.º;**

Uma das novidades das diretivas de 2014 foi a previsão do caso do incumprimento anterior como motivo de exclusão facultativa.<sup>12</sup> Tornando-se, assim, clara essa possibilidade, que vinha sendo questionada ao abrigo da Diretiva 2004<sup>13</sup>.

A alínea g) do n.º 1 do art. 57.º da Diretiva 2014/24/UE dispõe o seguinte: “Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis”.

Com o anteprojeto, prevê-se que seja aditada a alínea m) ao (também aditado) n.º 1 do art. 55.º do CCP. Desta forma, não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que:

“m) Tenham sido objeto de sanção acessória<sup>14</sup> de privação de participação em procedimentos pré-contratuais prevista no artigo 460.º pelo período da respetiva duração.”

Não é tanto pelo aditamento desta alínea que o “incumprimento anterior” passa a ter relevo, uma vez que esta remissão para a sanção prevista no art. 460.º já consta da alínea f) do art. 55.º, que foi mantida em vigor (passando a haver, segundo o anteprojeto, duas alíneas que em parte se repetem).

O incumprimento anterior passa a ter relevo por força do aditamento da alínea f) e da alínea g) ao (novo) n.º 1 do art. 456.º, sobre os casos de contraordenações muito graves:

“f) O incumprimento contratual que tenha dado origem, em dois contratos diferentes, nos dois últimos anos, à aplicação de multas que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 329.º;

g) O incumprimento contratual que seja objeto de duas resoluções sancionatórias nos dois últimos anos com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 333.º, em qualquer das situações das alíneas b) a g) do n.º 1 do artigo 405.º e as constantes do artigo 423.º”

O n.º 1 do art. 460.º continua a prever<sup>15</sup> que pode ser “aplicada ao infrator sanção de proibição de participar, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adotado para a formação de contratos públicos, quando a gravidade da infração e a culpa do agente o justifiquem.”

O “incumprimento anterior” passa, segundo o constante do anteprojeto, a relevar não diretamente como impedimento, mas como fundamento de aplicação de sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, esta sim, releva como impedimento.

Esta mudança não suscita, por isso, as preocupações que o TJUE enunciou no citado Ac. *Forposta*, ao abrigo da Diretiva 2004, quando considerou contrária à Diretiva 2004 uma causa de

---

<sup>12</sup> Incumprimento anterior encontra-se consagrado como causa de exclusão facultativa nas três Diretivas de 2014: art. 57.º/4, alínea g) da Diretiva 2014/24/UE; art. 38.º/7, alínea f) da Diretiva 2014/23/UE; remissão do art. 80.º/1 da Diretiva 2014/25/UE para o art. 57.º da Diretiva 2014/25/UE).

<sup>13</sup> *Vd.* o Ac. do TJ de 13 de dezembro de 2013, *Forposta*, proc. C-465/11.

<sup>14</sup> É introduzido o adjetivo “acessória”, que foi eliminado do art. 460.º, tanto da sua epígrafe, como dos seus n.ºs 1 e 2.

<sup>15</sup> Se bem que, como vimos, essa sanção já não seja agora adjetivada de “acessória”.

exclusão deste tipo, por operar de forma automática – não dando ao interessado oportunidade de contraditório. O operador económico tem a possibilidade de impugnar a decisão que aplica a proibição de participação em procedimentos de contratação pública.

Mesmo que o “incumprimento anterior” tivesse sido consagrado como um impedimento autónomo, o quadro normativo atual, com a previsão dos mecanismos de *self-cleaning*, vem possibilitar ao operador económico demonstrar que se encontra “reabilitado”, o que permitiria ultrapassar as dificuldades que o TJUE identificou

**7) As dívidas ao Fisco e à Segurança Social. A não transposição da possibilidade de derrogação contida no §2 do art. 57.º/3 da Diretiva 2014/24/UE: os impactos nas PME;**

A questão das dívidas ao Fisco e à Segurança Social aparece no elenco de impedimentos apresentado pelo artigo 55.º do CCP em vigor, mais propriamente, nas alíneas d) e e) desse artigo.

De acordo com a alínea d), não podem ser candidatos os operadores económicos que “Não tenham a sua situação regularizada relativamente a contribuições para a segurança social em Portugal ou, se for o caso, no Estado de que sejam nacionais ou no qual se situe o seu estabelecimento principal”.

Por outro lado, e de acordo com a alínea e), não podem ser candidatos os operadores económicos que “[n]ão tenham a sua situação regularizada relativamente a impostos devidos em Portugal ou, se for o caso, no Estado de que sejam nacionais ou no qual se situe o seu estabelecimento principal”.

No que respeita ao regime destes impedimentos presente no anteprojeto do CCP, podemos afirmar que as alíneas d) e e) não sofreram alterações.

O que significa que o CCP apresenta diretrizes muito estritas, não permitindo o acesso dos candidatos ou operadores económicos que apresentem situações de dívida ao fisco e à segurança social.

A Diretiva 2014/24/UE, no seu art. 57.º/3, §2, prevê a possibilidade de derrogação dos motivos de exclusão correspondentes às alíneas d) e e) do CCP, “caso a exclusão se afigure manifestamente desproporcionada, nomeadamente: quando se trata apenas de pequenos montantes de impostos ou contribuições para a segurança social que não foram pagos; ou quando o operador económico foi informado do montante exato da sua dívida (por incumprimento das suas obrigações de pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social) num momento em que não podia tomar as medidas previstas no n.º 2, terceiro parágrafo, antes de expirado o prazo de apresentação do pedido de participação ou, nos concursos públicos, o prazo de apresentação da proposta”.

A possibilidade de derrogação e o seu caráter não taxativo<sup>16</sup> introduz flexibilidade, evitando que “o rigor prejudique os interesses dos agentes económicos e das entidades adjudicantes em mais do que o necessário para acautelar os legítimos interesses de ambos”.<sup>17</sup> Especialmente no que toca às PME, grandes possíveis beneficiárias da exceção. Esta desatenção em relação às PME contrasta com a importância lhes é dada pelas diretivas de 2014.<sup>18</sup>

Relacionado com os impedimentos previstos nas alíneas d) e e) do art. 55.º do CCP, é o n.º 1 do novo art. 55.º-A do CCP na redação dada pelo anteprojeto. Este artigo vem salvaguardar a aplicação dos “regimes de regularização de dívidas fiscais e dívidas à Segurança Social em vigor”.<sup>19</sup>

**8) Falta de previsão de prazos máximos de duração do impedimento (omissão de transposição do art. 57.º/7 da Diretiva 2014/24/UE);**

O art. 57.º/7 da Diretiva 2014/24/UE – ao contrário da Diretiva 2004/18/CE – consagra prazos de duração máxima dos motivos de exclusão, no caso de o operador económico não ter tomado medidas (*self-cleaning*). O mesmo preceito estabelece que, se o período de exclusão não tiver sido fixado por decisão transitada em julgado, esse prazo não pode ser superior a cinco anos a contar da data da condenação por decisão transitada em julgado nos casos referidos no n.º 1 da Diretiva (correspondente à alínea i) do CCP) e três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.º 4 da Diretiva (motivos de exclusão facultativa).

A Diretiva 2004/18/CE era omissa quanto a este ponto. O anteprojeto não tomou em devida consideração esta norma da Diretiva 2014/24/UE, continuando o CCP a apenas considerar prazos máximos de exclusão no que toca à alínea h) do (n.º 1 do) art. 55.º e à sanção de proibição de participação do art. 460.º.

**9) Outras causas de exclusão facultativa não transpostas. A não utilização de outras possibilidades de derrogação.**

---

<sup>16</sup> Veja-se o advérbio de modo “nomeadamente”.

<sup>18</sup> *Vd.*, por exemplo, o considerando (2) da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014: “[...] em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas (PME) na contratação pública”.

<sup>19</sup> Clarificando a aplicabilidade de normas como o art. 208.º/1/2 do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social

**Regime dos impedimentos**  
CÁTIA SOUSA  
JOSÉ MIGUEL CARMONA  
MARIANA COELHO

---

Do anteprojeto não constam motivos de exclusão facultativa como é o caso da alínea a) (*incumprimento de obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral*), da alínea d) (*celebração de acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência*), da alínea h) (*declarações falsas ao prestar as informações*) do n.º 4 do art. 57.º da Diretiva 2014/24/UE.

Não foi utilizada a possibilidade de derrogação constante do §1 do n.º 3 do art. 57.º da Diretiva 2014/24/UE.

## **1. Apresentação geral do regime da relevação dos impedimentos**

- 1.1. Os impedimentos à participação em procedimentos de contratação pública previstos no artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) – o catálogo diversificado das circunstâncias inabilitantes, sua origem e finalidade(s).
- 1.2. Os limites “naturais” à duração da situação jurídica de impedimento.
  - 1.2.1. O período de inabilidade fixado nas decisões condenatórias a que se refere a alínea f) do artigo 55.º [«sanção acessória prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na alínea b) do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e no n.º 1 do artigo 460.º do (...) Código)], o prazo fixado na alínea h) do mesmo artigo [«aplicação, há menos de dois anos, de sanção administrativa ou judicial pela utilização ao seu serviço de mão-de-obra legalmente sujeita ao pagamento de impostos e contribuições para a segurança social, não declarada nos termos das normas que imponham essa obrigação (...)] e o período da duração das sanções referidas na alínea m) do artigo 55.º [«sanção acessória de privação de participação em procedimentos pré-contratuais prevista no artigo 460.º»].
  - 1.2.2. A “reabilitação” dos concorrentes no caso de condenação pela prática de crimes inabilitantes [alíneas b) e i) do artigo 55.º] ou em virtude da aplicação de *sanções administrativas por falta grave em matéria profissional* [alínea c) do artigo 55.º].
- 1.3. A relevação dos impedimentos prevista no artigo 55.º-A do CCP na redação do Anteprojeto: a cessação (antecipada) da situação de impedimento em virtude de medidas adotadas pelo interessado impedido.
- 1.4. O critério adotado pelo legislador português: a suficiência das medidas tomadas pelo impedido para demonstrar a sua “idoneidade para a execução do contrato”.
- 1.5. O enunciado exemplificativo das medidas de “autolimpeza”: origem no catálogo da diretiva, inspirado fundamentalmente nos critérios desenvolvidos na doutrina e jurisprudência estrangeira e, em particular, na jurisprudência alemã. A relevância do acervo jurisprudencial existente na identificação do sentido e alcance do catálogo legal.
  - 1.5.1. A medida prevista na alínea a): «demonstração de que [o impedido] ressarcir ou tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou falta grave».
  - 1.5.2. A medida prevista na alínea b): «esclarecimento integral dos factos e circunstâncias por meio de colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito».
  - 1.5.3. As medidas previstas na alínea c): «adoção de medidas técnicas, organizativas e de pessoal suficientemente concretas e adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves».

- Medidas organizativas: realização de formações para funcionários em matérias jurídicas relevantes (direito penal e contraordenacional, contratação pública), emissão de normas internas de conduta (*code of ethics*), designação de um *compliance officer*, designação de um provedor externo (*ombudsman*), etc.
- Medidas de pessoal: extinção de relações laborais (o considerando 102 da Diretiva 2014/24/UE refere-se à «ruptura de todas as ligações com as pessoas ou organizações envolvidas na conduta ilícita»); incentivos à cooperação dos funcionários no apuramento dos factos conducentes ao impedimento. (v.g. a concessão de “amnistias” internas ou a assunção pela empresa dos custos do patrocínio forense do funcionário em eventual processo crime).

1.6. A decisão negativa (ou seja, de “não relevação”): a consideração das medidas adotadas pelo interessado e da «gravidade e [d]as circunstâncias específicas da infração ou falta cometida».

1.6.1. A existência de uma relação entre as medidas concretamente exigidas para a “autolimpeza” do interessado impedido dependem da gravidade da infração inabilitante.

1.6.2. Outros fatores potencialmente relevantes: o tempo decorrido desde a prática dos factos conducentes ao impedimento; eventual grau de exigência específico em função do concreto contrato a celebrar.

1.7. Âmbito de aplicação do regime da relevação de impedimentos: a questão dos impedimentos “relativos”, isto é, dos impedimentos que apenas operam por referência a um procedimento concreto (designadamente, o impedimento fundado na prestação de assessoria ou apoio técnico na preparação das peças do procedimento que confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência [artigo 55.º, n.º 1, alínea j)] ou o impedimento fundado na existência de um conflito de interesses que não possa ser eficazmente corrigido por outras medidas menos gravosas que a exclusão [artigo 55.º, n.º 1, alínea l)]).

## **2. Consideração da bondade intrínseca das soluções particulares do regime**

2.1. O atual regime dos impedimentos e a carência de mecanismos de “atenuação”.

2.1.1. A rigidez do CCP quanto à constituição da situação jurídica de impedimento:

- O sistema dos “motivos de exclusão” no direito da UE; a distinção entre causas de exclusão obrigatória e causas de exclusão facultativa.

→ A opção do legislador português, mantida no Anteprojeto: vinculação na decisão de exclusão, independentemente da natureza que os impedimentos assumem no direito da UE (artigos 122.º, n.º 2, 146.º, n.º 2, alínea c), e 184.º, n.º 2, alínea c), do CCP).

2.1.2. A regulamentação quanto à duração natural da situação de impedimento e, em particular, as dúvidas que se colocam a propósito da referência à “reabilitação” no contexto do impedimento fundado na aplicação de uma *sanção administrativa por falta grave em matéria profissional* [alínea c) do artigo 55.º].

2.2. O regime da relevação dos impedimentos como garantia da proporcionalidade da decisão de exclusão: a possibilidade de permitir a participação de interessados que, não obstante se encontrarem numa das situações impeditivas previstas no artigo 55.º do CCP, logram afastar as preocupações que motivaram a consagração legal do impedimento que os atinge.

2.3. O modelo de apreciação “descentralizada” da existência de impedimentos e do mérito das medidas de *self-cleaning*: avaliação casuística, procedimento a procedimento, pela respetiva entidade adjudicante.

2.3.1. Outros modelos equacionáveis: experiências estrangeiras quanto à apreciação centralizada ou coordenada da idoneidade dos operadores económicos para contratar com a Administração (v.g., as *koordinierte Auftragsperren* alemãs ou as *blacklists* nos Estados Unidos da América).

2.3.2. Desvantagens do modelo português face a uma apreciação tendencialmente centralizada ou coordenada - v.g. menor coerência na prática administrativa; menor *expertise* na avaliação de questões técnicas.

### **3. Conformidade com o novo regime das diretivas de 2014**

3.1. *Self-cleaning* no direito da UE.

3.1.1. O regime dos impedimentos e as respetivas limitações na Diretiva 2004/18/CE.

3.1.2. O reconhecimento em alguns Estados Membros (v.g. Alemanha, Áustria) da possibilidade de o concorrente impedido readquirir o seu direito de participação em procedimentos de contratação pública (*Selbstreinigung*).

3.1.3. A reforma europeia de 2014 e os limites colocados à operatividade dos impedimentos; a crescente preocupação com a proporcionalidade da exclusão dos interessados (v.g. a imposição de limites temporais à duração do impedimento; acrescida oposição a exclusões fundadas em infrações menores; a configuração da exclusão como medida de *ultima ratio* no que se refere à existência de conflitos de interesses).

- 3.1.4. A consagração do *self-cleaning* na Diretiva 2014/24/UE.
- 3.2. Diferentes formulações do critério material para o afastamento do impedimento.
  - 3.2.1. Na Diretiva 2014/24/UE: a demonstração da “fiabilidade” do operador impedido (à semelhança do critério da *Zuverlässigkeit*, no âmbito do direito alemão).
  - 3.2.2. No Anteprojeto de revisão do CCP: a demonstração da “idoneidade para a execução do contrato”.
- 3.3. O enunciado exemplificativo das medidas de *self-cleaning* e a correspondência quase exata do seu teor com o disposto no artigo 57.º, n.º 6, da diretiva («o operador económico deve provar que ressarciu ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave, esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito e tomou as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves»).
- 3.4. O modelo adotado no Anteprojeto da relevação casuística dos impedimentos. A neutralidade da diretiva quanto a este ponto, manifestada no seu considerando 102: «(...) deverá ser deixada ao critério dos Estados-Membros a determinação das exatas condições processuais e materiais aplicáveis nesses casos. Em particular, os Estados-Membros são livres de decidir se querem deixar ao cuidado das autoridades adjudicantes as avaliações pertinentes ou confiar essa tarefa a outras autoridades a nível central ou não central».

### **Possibilidade de suprir algumas irregularidades formais dos candidatos/concorrentes**

1. A entrada da contratação pública na designada “era eletrónica” não contribuiu, ainda, para reduzir o formalismo dos procedimentos de adjudicação, tendo-se criado, ao invés, um formalismo diferente, muitas vezes associado à elaboração, assinatura e entrega eletrónica das candidaturas/propostas.
2. A falta de clareza dos diplomas que desenvolveram e concretizaram a disciplina jurídica respeitante à tramitação eletrónica do procedimento, associada a uma prática administrativa e jurisprudencial que, levada por um excesso de zelo “eletrónico”, se tem revelado muitas vezes insensível à aplicação de conhecidas “válvulas de escape”, que permitem moderar o formalismo que sempre caracterizou os procedimentos de adjudicação, originaram uma realidade marcada por “*exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público*” (cfr. preâmbulo do Anteprojeto).
3. Na tentativa de contrariar esta realidade, o Anteprojeto anuncia “*a recuperação da possibilidade de sanção de irregularidades formais não essenciais*”, como uma das “*principais medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização previstas*”.
4. O artigo 72.º, n.º 3 do Anteprojeto prevê, assim, que “*o júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades formais não essenciais que sejam suscetíveis de sanção, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e igualdade de tratamento*”, dando como exemplo desse suprimento a “*correção de erros materiais ou de cálculo, desde que seja evidente para qualquer destinatário a existência do erro e os termos em que o mesmo deve ser corrigido*”.
5. Apesar da bondade da intenção da norma (impedir “*exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público*”) temos algumas reservas relativamente à solução agora proposta.
6. Em primeiro lugar, e em bom rigor, não se está a “recuperar” um regime legal de “sanção de irregularidades formais não essenciais” da *proposta*, porquanto o mesmo não existia. Com efeito, o artigo 101.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 197/99, 8 de junho e o artigo 92.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março admitiam apenas, de forma expressa, a figura da admissão condicional de *concorrentes*.
7. A referida admissão condicional permitia que os concorrentes pudessem sanar irregularidades traduzidas na “*preterição de formalidades não essenciais*” (Decreto-Lei n.º 59/99), na não entrega da totalidade dos documentos ou na omissão de um qualquer dado exigido (Decreto-Lei n.º 197/99). No entanto, a mesma respeitava apenas aos documentos de habilitação (aos “documentos que acompanham a proposta”) e tinha por efeito a suspensão do ato público do concurso, e a conseqüente não abertura do invólucro que continha a proposta, até que fosse deliberada a admissão ou exclusão dos concorrentes admitidos condicionalmente.

8. O CCP veio, no entanto, determinar o fim do ato público do concurso, bem como uma alteração do modelo respeitante à entrega dos documentos de habilitação (estes passaram a ser exigidos apenas ao vencedor, que os deve entregar após a notificação da decisão de adjudicação). Nesta medida, o concurso público deixou de conter uma fase destinada a admissão/exclusão dos concorrentes, não tendo o CCP previsto a figura da admissão condicional de concorrentes.
9. A previsão legal de um regime de suprimento das propostas, que, na prática, não se afastará muito de um regime de admissão condicional de propostas (se a irregularidade for suprida pelo concorrente, a proposta será admitida, caso contrário a mesma será excluída), comporta um conjunto de problemas e de riscos.
10. Em primeiro lugar, tal suprimento, a realizar pelo concorrente, ocorrerá num momento em que já se conhece o teor das demais propostas. Na verdade, não há ato público que possa ser suspenso e invólucros que permaneçam por abrir. Se a consequência do não suprimento for efetivamente a exclusão da proposta a corrigir, abrir-se-á, então, um momento potencialmente perigoso, já que o concorrente poderá, em virtude da análise que fez das demais propostas, simplesmente decidir não suprir a irregularidade, para, desta forma, se afastar do procedimento. No fundo, uma proposta que carecesse de um suprimento a que alude o artigo 72.º, n.º 3 do Anteprojeto não seria uma proposta definitiva, já que careceria da posterior confirmação (*rectius* correção) do seu autor.
11. Esse perigo parece-nos ilustrado pela situação acolhida no n.º 4 do artigo 72.º do Anteprojeto. Na verdade, se estamos perante erros materiais ou de cálculo, cuja existência e modo de correção é evidente para qualquer destinatário, não vemos razões para notificar o concorrente para proceder ao seu suprimento, colocando a entidade adjudicante perante uma hipotética situação em que o interessado opte por não o fazer. Entendemos, pois, conforme vem sendo sustentado pela doutrina e jurisprudência, que tal correção deve ser oficiosa.
12. Em segundo lugar, não nos parece clara a concretização do *quid* objeto de suprimento (“*irregularidades formais não essenciais*”) e do *critério* que o admite (a suscetibilidade de sanção). Na verdade, entendemos que as *formalidades*, essas sim (e não as irregularidades), podem ser qualificadas como não essenciais (quando, por exemplo, a lei dispensa a sua observância) ou degradar-se (sempre que o seu fim ou interesse específico seja alcançado por outra via) em formalidades não essenciais. Nestes casos, a sua violação não deve originar a invalidade do ato (ou, neste caso, a exclusão da proposta) mas a sua mera *irregularidade*. Nesta medida, parece-nos que, à semelhança do que se previa no artigo 92.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 59/99, se deveria fazer referência a irregularidades traduzidas na “*preterição de formalidades não essenciais*”.
13. Parece-nos, porém, que o maior problema poderá estar no critério utilizado: a suscetibilidade de sanção da irregularidade. Ora, este critério remete-nos para o momento em que a lei exige a observância das formalidades. Neste caso, o CCP exige que as formalidades sejam observadas aquando da entrega da proposta. Se assim é, poderá nem sequer existir a necessidade de sanção da

irregularidade (quando, por exemplo, o concorrente alcançou, de uma outra forma, o fim específico da formalidade em apreço). Aliás, em regra, a preterição de formalidades não essenciais não carece da prática de um ato de sanação. Pelo que a sanação estará sobretudo guardada para formalidades essenciais, ou seja, para um *quid* diferente do previsto no artigo 72.º, n.º 4 do Anteprojeto. Nesses casos, e como se trata da preterição de formalidades essenciais a que o CCP associa expressamente a exclusão da proposta (não se trata, pois, de uma formalidade qualquer), a segurança e certeza jurídicas aconselhariam a que a possibilidade de sanação esteja legalmente prevista. Aliás, a necessidade dessa previsão parece estar refletida no próprio n.º 4 do artigo 72.º do Anteprojeto, que, no fundo, passaria a constituir uma situação legalmente admitida de sanação de uma formalidade essencial: a “*apresentação de documentos que se limitam a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento*”. Se assim não for, abrir-se-á uma “caixa de pandora”, em que todas (ou quase todas) as causas de exclusão do artigo 146.º, n.º 2 do CCP serão postas em causa ou mesmo tornar-se inúteis e, com elas, as formalidades que visam proteger (v.g. a redação de documentos numa língua que não a portuguesa não seria sempre sanável?).

14. Em suma, caso se insista em criar uma norma que pretenda disciplinar a não exclusão de propostas/candidaturas que violem determinadas formalidades, entendemos que essa norma deveria fazer referência a duas realidades distintas: (i) à preterição de formalidades não essenciais, a qual, em regra, não careceria de qualquer suprimento; (ii) e à não apresentação de documentos que se limitam a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que a sua apresentação tardia não afete a concorrência e a igualdade de tratamento, fixando-se um prazo máximo para a sua apresentação. A correção de erros materiais ou de cálculo evidentes para qualquer destinatário deveria ser feita pelo próprio júri.

1. O regime da “divisão em lotes” é alvo de uma alteração substancial, que se pode diferenciar em duas perspectivas.

A primeira, e menos significativa, passou pela redenominação (e alteração pontual) do regime constante do artigo 22.º do CCP, que tinha precisamente como epígrafe “Divisão em lotes” – e que correspondia ao que era até hoje entendido como o “regime dos lotes”.

A segunda, com maior alcance, consiste na introdução de um novo preceito legal, o artigo 46.º-A, para o qual foi reservada aquela epígrafe (“Divisão em Lotes”), e que introduz regras legais totalmente inéditas. É este o artigo que é agora o cerne do regime da “divisão em lotes”, e que visa proceder à transposição do artigo 46.º da Diretiva n.º 2014/24/EU (e que tem por epígrafe, precisamente, “divisão dos contratos em lotes”) – norma idêntica consta do artigo 65.º da Diretiva n.º 2014/25/EU.

2. O primeiro conjunto de alterações está patente na nova redacção do artigo 22.º do Anteprojeto, que tem agora como epígrafe “*Contratação de prestações do mesmo tipo em diferentes procedimentos*”. Aí, numa norma relativa à escolha do procedimento, o legislador vem esclarecer quais as situações em que para a escolha do procedimento devem ser tidos em conta os restantes contratos do mesmo tipo – visa-se, pois, precisar os casos em que a escolha do procedimento não tem apenas em conta o contrato que se visa ali celebrar.

Esta norma, que reveste essencialmente um carácter “anti-fraude” (e que tem a sua “origem” num preceito correspondente ao n.º 3 do artigo 4.º da Diretiva 2014/24/UE), continua a prever o dever de a escolha do procedimento para a celebração de um determinado contrato ter em conta o valor global dos contratos do mesmo tipo a celebrar (simultaneamente e num prazo de um ano), e enuncia, no n.º 2, os casos em que isso não é necessário – identificando quais os casos (e os valores) em que se permite que não se adopte um procedimento concursal, pese embora o valor global dos contratos em causa exceder o limiar do ajuste directo (e, agora, da “Consulta Prévia”).

Em causa neste preceito estão, pois, regras relativas à escolha do procedimento para a celebração de contratos resultantes de uma prévia repartição do objecto de um possível contrato unitário em diversos contratos.

Os dois aspectos mais relevantes a sublinhar aqui são a redenominação do preceito e a clarificação e simplificação do texto legislativo (sublinhe-se que não era necessário, em função das novas Diretivas, efectuar qualquer alteração nesta matéria).

3. O segundo conjunto de alterações consta do artigo 46.º-A do Anteprojeto, no qual o legislador, na esteira das novas Diretivas, procura estimular a “Divisão dos Contratos em Lotes”, de modo a facilitar a participação de pequenas e médias empresas no mercado da contratação pública.

Esta norma, inserida no Capítulo III da Parte II do Código, relativo às Peças do Procedimento, tem um alcance muito mais significativo, pois visa induzir as Entidades Adjudicantes a dividir os contratos em lotes diversos – o que implicará necessariamente uma maior complexidade na gestão dos contratos pela Administração –, tendo repercussões evidentes no modo como as Entidades Adjudicantes modelam os Cadernos de Encargos (assim se compreende a inserção sistemática deste preceito no Código). Sublinhe-se, no entanto, que as regras ali introduzidas têm outras implicações, porventura mais significativas, como, por exemplo, no que respeita aos critérios de adjudicação a adoptar.

Todos os preceitos ali introduzidos são inéditos na nossa legislação (tal como o eram, até há bem pouco tempo, na legislação europeia).

São quatro as regras ali introduzidas:

- i) A primeira vem clarificar que um mesmo procedimento permite a adjudicação em vários lotes<sup>20</sup> - cfr. n.º 1;
- ii) A segunda, aplicável apenas às entidades adjudicantes identificadas no artigo 2.º do Código (cfr. n.º 3 do artigo 46.º-A), vem delimitar, definindo um limiar quantitativo, as situações em que, estando em causa a celebração de um contrato público de aquisição ou locação de bens, aquisição de serviços e de empreitadas de obras públicas, é necessário que a decisão de *não divisão* de um contrato em lotes seja objecto de uma fundamentação específica, adiantando, logo ali, ainda que a título meramente exemplificativo, diversas situações que podem constituir fundamento dessa decisão (pese embora não seja ali expressamente referido, a redacção daquele preceito tem implícito que a “regra geral” é a de que o contrato deve ser dividido em lotes, pois só assim se compreende a existência de um “*dever de fundamentação da não divisão dos contratos em lotes*”) – cfr. n.º 2.
- iii) A terceira regra ali introduzida visa permitir às Entidades Adjudicantes limitar o número máximo de lotes a atribuir a cada operador económico, estipulando também as condições em que essa “faculdade” pode ser admitida (cfr. n.º 4). Esta regra tem, como se pode facilmente compreender, um enorme impacto, pois permite que as Entidades Adjudicantes venham a ser confrontadas com a necessidade de escolher propostas que não são as “propostas economicamente mais vantajosas”; Na verdade, ao estipular que as entidades adjudicantes limitem o número de lotes a adjudicar a um qualquer operador económico, o legislador legitima que as entidades adjudicantes condicionem a escolha do adjudicatário em função de aspectos que em nada se prendem com elementos objectivos, ou intrínsecos, da proposta;
- iv) Por fim, clarifica-se que é possível à Entidade Adjudicante combinar vários ou todos os lotes num único contrato, desde que essa possibilidade seja expressamente prevista e indicados os seus pressupostos nas peças do procedimento (cfr. n.º 5).

---

<sup>20</sup> Apesar de o preceito ser inédito, o único efeito útil desta regra é o de afastar definitivamente as reservas que, inexplicável e infundadamente, têm vindo a ser colocadas pelo Tribunal de Contas.

1. O Anteprojeto prevê a manutenção da causa de exclusão das propostas consubstanciada na não apresentação dos esclarecimentos justificativos do seu carácter anormalmente baixo, sempre que esse limiar resultar das peças do procedimento.
2. Esteve pendente um reenvio prejudicial para o TJUE que justificará considerar: «*se o Direito da União, em especial o art. 55.º da Diretiva n.º 2004/18/CE, no âmbito de concurso relativo a processo de adjudicação de contrato de empreitada de obras públicas, admite a imediata exclusão da proposta de concorrente que, no momento da sua apresentação, não se mostre, desde logo, instruída com documento que contenha a justificação do “preço anormalmente baixo” numa situação em que as peças concursais contenham a fixação do critério de preenchimento do referido conceito [cfr. ponto 09.º/C1 do «Programa de Concurso»]?»*» (STA, de 09-04-2015, proferido no âmbito do Processo n.º 01472/14; TJUE, Processo n.º C-214/15).
3. Este pedido de reenvio já mereceu decisão do TJUE (de 06.07.2016, Processo n.º C-214/15), que decidiu julgar-se incompetente para julgar o pedido de reenvio, considerando que o valor do contrato era inferior aos limiares da diretiva e não foi demonstrada a existência de interesse transfronteiriço certo.
4. Significa que a dúvida não foi dissipada. Assim, não obstante não resultar do reenvio prejudicial uma decisão que tenha dado resposta à questão colocada pelo órgão de reenvio, não será de descurar a controvérsia relativamente ao tema, a eventual decisão que vier a ser proferida pelo STA e eventualmente clarificar esta matéria na revisão do CCP.

#### **I. N.º 2 do artigo 71.º do Anteprojeto:**

1. O Anteprojeto prevê uma dupla fundamentação nas situações em que seja definido um limiar de preço anormalmente baixo no programa do procedimento ou convite (consoante o caso): (i.) fundamentação da decisão de determinação de um preço anormalmente baixo no programa ou convite; (ii.) fundamentação do limiar definido.
2. Quanto à fundamentação da fixação de um preço anormalmente baixo: parece existir um estigma quanto a esta matéria. Na verdade, o legislador parece pretender evitar a definição de um limiar de preço anormalmente baixo nas peças do procedimento, na medida em que já não solicita a referida fundamentação na circunstância em que solicita esclarecimentos *a posteriori*. Esta solução não parece ser justificável, até porque, como quer que seja a decisão de não aceitar os esclarecimentos justificativos apresentados, sempre terá de ser fundamentada. Como quer que seja, tendo em consideração que se trata de uma matéria discricionária, em princípio, a respetiva censura apenas ocorrerá caso se verifique a existência de erro grosseiro, ou de violação dos princípios, de modo que, atendendo à necessária subjetividade da fundamentação, esta solução poderá ser inócua – ou seja,

poderá não ter qualquer efeito prático. Ainda assim, será suscetível de originar um novo motivo de litigância nos procedimentos, com um sério impacto: os concorrentes certamente não impugnarão a fundamentação no início do procedimento e aguardarão pelo final do procedimento para o fazer caso venham a ser excluídos, circunstância que poderá colocar em causa todo o procedimento.

3. Quanto à fundamentação do limiar do preço anormalmente baixo: não obstante se considerar adequada esta solução, a sua operacionalização poderá não ser fácil. Nesse sentido, resultaria mais fácil a respetiva operacionalização, caso fosse criada uma norma como aquela que existe na lei brasileira [nos termos do qual se prevê a obrigação legal de elaborar um “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários” a publicar com o edital, pois partindo daquela base seria mais fácil justificar o limiar proposto.

## **II. Aspeto a clarificar – da invocação como fundamento de circunstâncias de verificação incertas:**

1. No que respeita ao âmbito das justificações suscetíveis de serem apresentadas para justificar o preço anormalmente baixo de uma proposta, importará clarificar uma matéria que tem sido objeto de decisões jurisdicionais contraditórias.
2. Em concreto, no que respeita às medidas de apoio à contratação (as quais não se incluem no leque dos auxílios de estado): o STA decidiu em diversos acórdãos que deverá ser considerado admissível como fundamento para justificar a apresentação de um preço anormalmente baixo a invocação da solicitação de um pedido de apoio à contratação, mesmo que este não tenha ainda merecido decisão de aprovação; por seu lado o TCA Sul decidiu que só poderá constituir fundamento para justificar a apresentação de um preço anormalmente baixo os fundamentos de caráter certo, pelo que não deverá ser considerada admissível a invocação da solicitação de um pedido de apoio à contratação, que não tenha ainda merecido decisão de aprovação.
3. Entendemos que se o objetivo da exclusão de propostas de preço anormalmente baixo é evitar o inadimplemento contratual, não fará sentido admitir-se como fundamento uma circunstância que não é certa.
4. Como quer que seja deverá ser um aspeto a clarificar.

## **III. Do § 2 do n.º 3 do artigo 69.º**

O § 2 do n.º 3 do artigo 69.º da Diretiva 24/2014 prevê que: “As autoridades adjudicantes excluem a proposta caso determinem que esta é anormalmente baixa por não cumprir as obrigações aplicáveis a que

se refere o artigo 18.º, n.º 2 (isto é, respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral).

Da análise que fizemos verifica-se que o Anteprojeto não prevê uma norma idêntica. Limita-se a mencionar, tal como no n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva, que “As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor, em matéria ambiental, social e laboral, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional” (n.º 2 do artigo 1.º-A).

Nesse sentido, entendemos que seria útil essa inserção.

- 1 – Principal altera o (artigo 74. ): apenas um critério, o da proposta economicamente mais vantajosa. O conceito de “proposta economicamente mais vantajosa”  , todavia, alterado, abrangendo agora dois elementos: o preço ou custo e/ou a melhor rela o qualidade-preço.
- 2 – No elemento preço ou custo a principal altera o   a admissibilidade da utiliza o de análises de custo-eficácia, das quais o método do custo do ciclo de vida   um exemplo.
- 3 – O elemento “rela o qualidade-preço” corresponde sensivelmente ao que até agora   entendido como “proposta economicamente mais vantajosa”.
- 4 – Uma novidade   a admissibilidade expressa dos chamados “*concursos de beleza*”, nos quais o preço   fixo e apenas se submetem   concorrência elementos qualitativos – artigo 74. , n  3.
- 5 – Mant m-se, todavia, a possibilidade de utiliza o do preço como único critério de adjudica o - artigo 74. , n  4.
- 6 – Altera o do conceito de “liga o ao objecto do contrato”, agora bastante mais abrangente - artigo 75. , nós 2 e 3.

#### **I. Algumas solu es particulares do novo regime**

1. Elemento preço ou custo
  - i. Pode compreender apenas o preço ou o chamado “custo”, caso em que deve ser utilizada uma análise de custo-eficácia. O custo do ciclo de vida   apenas um exemplo de um método para determina o do custo total a considerar. O que significa que serão admissíveis outros. O projecto, tal como a directiva, não indica, porém, que outros podem ser utilizados - aparentemente, o requisito   o de que cumpram as exigências do artigo 139. .
  - ii. No chamado “custo do ciclo de vida” o modelo de avalia o pode abranger os vários custos relacionados com o bem/serviço ou obra a adjudicar. Entre os mesmos contam-se os relacionados com a aquisi o propriamente dita, com os consumos decorrentes da sua utiliza o, com a manuten o e assistência técnica e com o fim de vida dos mesmos, nomeadamente os custos de recolha e reciclagem - artigo 75. , n  4, alíneas a), b), c) e d).

A maior altera o   a decorrente da alínea e) do mesmo artigo, que inclui nos custos que podem ser includos os “*custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao bem, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário*”.

- iii. O conteúdo desta alínea e) não se demonstra, todavia, consonante com o exigido no corpo do artigo – os “*custos imputados a externalidades ambientais*” não são, em regra (e por defini o), “*suportados*

*pela própria entidade adjudicante*”. Esta exigência legal   contrária ao próprio conceito de externalidade ou efeito externo.   certo que o texto da actual proposta não exclui essa possibilidade (“*o modelo (...) pode abranger, designadamente, custos suportados pela própria entidade adjudicante, como sejam...*” – artigo 75. , n  4.), mas tão-pouco contribui para a clareza e certeza jurídicas.

Note-se que alguns dos demais custos podem igualmente não ser suportados pela entidade adjudicante. Aqui a questão   já de op o do legislador. Aparentemente, a op o   a de não permitir a sua considera o.

iv. A proposta não clarifica a questão de saber se pode o custo do ciclo de vida incluir custos imputados a externalidades sociais que se demonstrem ligados ao objecto do contrato. Aparentemente sim, mas seria preferível clarificar o texto legal.

## 2. Relac o qualidade-preo

i. Nova designa o para o que conhecemos como “proposta economicamente mais vantajosa”.

ii. – Principal novidade: admissibilidade expressa de introduo de factores relacionados com a “*organiza o, qualifica es e experiência do pessoal encarregado da execu o do contrato em questão*” - artigo 74. , n  2, alínea b), com as condi es exigidas no n  5. do mesmo preceito.

iii. – Mant m-se a exigência relativamente ao modelo de avalia o a seguir – artigo 139. .

## **II. Modelo(s) de avalia o das propostas – artigo 139. .**

Mant m-se a op o do actual Código por um modelo aditivo, nomeadamente em matéria de exigência de defini o de escalas de pontua o e de coeficientes de pondera o.   igualmente mantida a proibi o do constante no n  4. do referido artigo, que visa dificultar práticas de “manipula o” de resultados por parte dos concorrentes. Esta op o, limitando embora a liberdade de defini o do modelo de avalia o por parte das entidades adjudicantes, confere-lhes, ainda assim, alguma margem para a constru o do modelo em concreto.

## **III. Conformidade com as directivas de 2014**

1 – A forma como podem ser determinados os valores monetários das externalidades. O legislador europeu   mais exigente: para além de exigir que as entidades definam os dados que os proponentes devem apresentar e a metodologia a utilizar, o n  2. do artigo 68.  estabelece outras condi es : nos termos das suas alíneas a), b) e c), esta “*baseia-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios. Designadamente, se não tiver sido estabelecida com vista a uma aplica o repetida ou continuada, não pode favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos; Está acessível a*

*todas as partes interessadas; Os dados necessários podem ser fornecidos, mediante esforço razoável, por operadores económicos normalmente diligentes, incluindo operadores económicos de países terceiros que sejam partes no GPA ou noutros acordos internacionais que vinculam a União*”.

2 – O artigo 139.    alterado, passando a ser obrigatório igualmente nos casos em que “*a avalia o do preço ou custo se decomp ha em mais do que um factor de avalia o*” (n  1.). Esta altera o pode colidir com a forma como as institui es europeias, em particular a Comissão, tendem a abordar a questão do cálculo do custo do ciclo de vida.

Esta exigência torna obrigatória a constru o de escalas de pontua o e atribui o de coeficientes de pondera o para factores ou subfactores elementares já expressos em valores monetários. Ela permite, assim, que as entidades adjudicantes determinem que 1 euro num determinado factor do custo valha mais (ou menos) do que 1 euro relativo a outro factor ou subfactor do mesmo, na medida em que as escalas de pontua o ou os coeficientes de pondera o sejam diversos.

Possíveis dificuldades de integra o com a diretiva geral: a diretiva indica que “*caso um ato jurídico da União obrigue   utiliza o de uma metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida, essa metodologia comum deve ser aplicada para avaliar os custos do ciclo de vida*”. (cfr. artigo 68. , número 3.).

Esses actos jurídicos estão elencados no Anexo XIII da diretiva, no qual actualmente consta apenas a diretiva Diretiva 2009/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009, relativa   promo o de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes, transposta pelo Decreto-Lei n.  140/2010, de 29 de dezembro.

O artigo 139.  do projecto em análise, obrigando   defini o de escalas e coeficientes de pondera o para cada factor do custo, pode permitir que, na prática, a metodologia imposta não seja cumprida. Se a orienta o definida nesta primeira diretiva de harmoniza o se mantiver, a compatibiliza o do texto do artigo 139.  da proposta com o direito da União, em particular com directivas de harmoniza o de metodologias de cálculo dos custos do ciclo de vida (e mesmo com a subsequente legisla o nacional de transposi o das mesmas) requerer  algum esforço interpretativo.

**A consagra o dos “concursos de beleza” – avalia o exclusiva da qualidade - artigo 74  n 3 do anteprojeto do CCP**

**1 – Apresenta o geral**

1. O critério de adjudica o   apenas o da proposta economicamente mais vantajosa.
2. Assentando essencialmente no elemento “qualidade-preço”, pode contudo a proposta economicamente mais vantajosa assentar exclusivamente na avalia o do preço (tradicional critério do preço mais baixo) ou exclusivamente na avalia o da qualidade (novidade que aqui trataremos).
3. As peças de procedimento podem definir um preço ou custo fixo, submetendo exclusivamente   concorrência a qualidade dos aspectos da execu o do contrato – avalia o qualitativa.
4. Ou, inversamente, podem definir todos os aspectos da execu o do contrato, deixando   concorrência apenas o preço ou custo.

**2 - Considera o da bondade intríseca das solu es particulares do novo regime da avalia o da proposta em fun o da avalia o exclusiva da qualidade dos aspectos da execu o do contrato**

1. Antes de mais, questionamo-nos se no CCP ainda vigente haveria algum óbice a que proposta economicamente mais vantajosa assentasse exclusivamente na avalia o da qualidade dos aspectos da execu o do contrato, sendo o preço fixo. Há entre nós quem defenda que nada obstava a que a avalia o assentasse exclusivamente nos aspectos qualitativos, posi o combatida pelo TContas, invocando para o efeito da Lei de Enquadramento Orçamental e os princípios da eficiência e economia.
2. Independentemente de tal discussão, no anteprojeto em apreço a avalia o exclusiva dos aspectos qualitativos da execu o do contrato   letra de lei no n  3 do artigo 74. , ao remeter o factor preço para uma condi o fixada pelo caderno de encargos e não sujeita   concorrência.   uma novidade a consagra o expressa dos designados “*concursos de beleza*”.
3. A possibilidade da avalia o qualitativa exclusiva permite   entidade adjudicante, quando for esse o caso, assumir a importância dos aspectos qualitativos da execu o do contrato. Tendo em conta os demais aspectos inovadores dos critérios de adjudica o, permitirá   entidade adjudicante focar-se exclusivamente nos aspectos qualitativos, podendo nalguns casos suprir a prévia qualifica o.
4. Do mesmo passo, nem tão pouco se poderá dizer que não ficam assegurados os princípios da eficiência e da economia, na medida em que os mecanismos inovadores de controlo e fixa o do preço base do procedimento cumprirão essa fun o.
5. Trata-se de uma mudança grande do paradigma de avalia o de propostas na contrata o pública onde um factor objectivo e determinante como o preço não está sujeito   concorrência a favor de fatores

subjectivos. Contudo, com uma correta densifica o dos factores subjectivos de avalia o, permite algumas virtualidades, desde logo, nalguns casos dispensar a prévia qualifica o.

**3 –Conformidade do novo regime da avalia o da proposta em fun o da avalia o exclusiva da qualidade dos aspectos da execu o do contrato com as diretivas de 2014**

1. O disposto no n.  3 do artigo 74.  do anteprojeto do CCP tem acolhimento no n. 2 do artigo 67.  da Diretiva 2014/24. Porém, o elemento literal da diretiva, quando interpretado com o considerando 93 da mesma, parece,   primeira vista, induzir que a inten o do Direito Europeu seria apenas consagrar este critério de adjudica o para os casos de fornecimento de preços fixos ou tabelados.
2. Todavia, a avalia o exclusiva dos critérios qualitativos ligados a aspectos da execu o dos contratos não   uma novidade para a contrata o pública europeia, pese embora também nesta sede constitua uma mudança de paradigma.
3. Entendendo-se, assim, que embora não seja, como nalguns outros aspectos dos critérios de adjudica o, uma colagem ao elemento literal da diretiva, terá acolhimento na mesma.

**1 – Apresenta o geral do novo regime da avalia o da proposta** [em fun o da qualidade do pessoal empregue na execu o do contrato].

A avalia o das propostas com base na qualidade dos recursos humanos dos operadores económicos tem tradicionalmente enfrentado obstáculos sobretudo relacionados com a distin o que as Diretivas Comunitárias desde cedo introduziram entre a avalia o dos operadores económicos em si, por um lado, e a avalia o do mérito das suas propostas, por outro.

A jurisprudência LIANAKIS contribuiu, aliás, para fortalecer a ideia de que essa separa o impedia a avalia o dos recursos humanos no contexto da avalia o do mérito das propostas.

Recentemente, porém, no denominado Acórdão AMBISIG, o TJUE veio de algum modo desmistificar essa ideia, afirmando que a separa o só tem lugar nos casos em que se pretenda apreciar um quadro de pessoal abstrato, mas não também nos casos em que o que está em causa   a avalia o de uma concreta equipa de profissionais que o operador económico proponha alocar   execu o do contrato, hipótese essa a que a Diretiva 2014/24 vem conferir o estatuto de *letra de lei* limitando, todavia, o seu âmbito de aplica o aos casos em que a qualidade do pessoal possa contribuir para um aumento do nível de performance contratual.

O anteprojeto de revisão do CCP, mais do que passar a permitir algo que na verdade não proibia, altera os artigos 74.  e 75.  de modo a acomodar a expressa previsão legal deste regime.

**2 - Considera o da bondade intrínseca das solu es particulares do novo regime da avalia o da proposta em fun o da qualidade do pessoal empregue na execu o do contrato**

O fator humano  , na verdade, apenas *um* de entre os fatores económicos que interferem na execu o de um contrato, sendo evidente, pelo menos na maior parte dos casos, que quanto maior for a *qualidade* do pessoal afeto ao contrato, melhores níveis de performance se poderão atingir, o que, naturalmente, tem de poder ser objeto de considera o no âmbito da avalia o do mérito das propostas.

A reda o do artigo 75. , n. 1, do CCP de 2008, porém, conjugada com uma *certa* interpreta o da jurisprudência LIANAKIS, introduziu uma indesejada insegurança jurídica na prática procedimental tendo levado, por boas ou m s razões, o decisor público a abdicar da avalia o da qualidade dos profissionais que concretamente viessem a ser alocados   execu o do contrato.

Nessa perspetiva, a soluço introduzida pela Diretiva 2014/24 e, reflexamente, no anteprojeto de revisão do CCP, representa uma inequívoca melhoria que não deixar  de merecer uma utiliza o generalizada, quando possível, nos procedimentos aquisitivos o que, por sua vez, promover  melhores níveis de performance do cocontratante.

Do ponto de vista hermen utico a soluço encontrada   adequada ao fim pretendido, tendo havido o cuidado de não apenas introduzir este “novo” fator de avalia o das propostas no preceito próprio (o artigo 74. ), mas

também o de o excepcionar do elenco de “situa es, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”, cuja aprecia o no âmbito da avalia o das propostas está vedada pelo n. 1 do artigo 75. , assim se evitando, crê-se, eventuais subseqentes divergências doutrinárias ou jurisprudenciais.

### **3 – Conformidade do novo regime da avalia o da proposta em fun o da qualidade do pessoal empregue na execu o do contrato com as diretivas de 2014**

O artigo 74.  do CCP   objeto de altera es profundas, tendo o novo regime da avalia o da proposta em fun o da qualidade do pessoal empregue na execu o do contrato sido *arrumado* na alínea b) do seu n. 2, que reproduz, *ipsis verbis*, a reda o da alínea b) do n. 2 do artigo 67.  da Diretiva 2014/24.

Apontam-se, na parte final do preceito, os contratos de serviços de natureza intelectual como exemplos de contratos cujo nível de performance pode ser diretamente afetado pela qualidade dos profissionais que o executam, acrescentando, ainda, como exemplos desses tipos de contratos, os de serviços de consultoria ou os de serviços de projeto de obras, o que,   primeira vista, poderia parecer desconforme com a Diretiva 2014/24, que, no referido artigo 67. , não comporta tais delimita es.

Sucedem que tais delimita es, também a título exemplificativo, são introduzidas pela própria Diretiva 2014/24, no seu Considerando 94, pelo que não cremos que possa aí afirmar-se uma desconformidade.

Não passa desapercibida, não obstante, a utiliza o da expressão “serviços de projeto de obras”, utilizada no anteprojecto, em contraste com a expressão “serviços de arquitetura”, utilizada no citado Considerando 94, sendo que, dada a maior abrangência destes, designadamente no âmbito do Regulamento CPV (Código 71000000-8), não parece recomendável o uso daquela expressão que, inadvertidamente ou não, parece circunscrever o âmbito de aplica o da norma em termos mais restritivos do que o previsto na Diretiva.

1. Novo conceito de proposta economicamente mais vantajosa: preço ou custo (custo- eficácia) e relação qualidade - preço.
2. A relação qualidade - preço deve ser aferida com base em fatores qualitativos, ambientais e sociais diretamente relacionados com o objecto do contrato.
3. Acolhimento expresso de políticas secundárias sociais no conceito de “qualidade” (al. a) do n.º 2) do artigo 74.º): acessibilidade, concepção para todos os utilizadores, características sociais – critérios sem dimensão económica direta, mas que comportam uma vantagem económica ligada ao produto ou ao serviço objeto do contrato.
4. A enumeração constante do preceito legal é meramente exemplificativa, ainda que a norma exija que os critérios escolhidos estejam diretamente vinculados ao objeto do contrato.
5. Por outro lado, ao ser exemplificativa, e assim permitindo o acolhimento de critérios não enunciados naquele preceito, parece não ser obrigatório determinar a “qualidade” com base em todos esses critérios (exigindo-se apenas, como se referiu, que os critérios a utilizar estejam vinculados ao objeto do contrato).

**Algumas soluções particulares do novo regime:**

Relação qualidade-preço na vertente social - “acessibilidade, concepção para todos os utilizadores, características sociais”.

- 1 - A proposta é neste aspecto pouco densificadora, limitando-se ao preceituado no art. 67.º da nova Diretiva.
- 2 – A utilização destes critérios pode causar algumas dificuldades interpretativas, em especial quanto à menção generalizada “características sociais”.
- 3 - A proposta apenas exige que os critérios a utilizar estejam diretamente vinculados com o objecto do contrato, pelo que para determinar se são ou não admissíveis será sempre necessário verificar tal vinculação.
- 4 – Assim, por exemplo, a exigência de que à execução do contrato esteja vinculado um número mínimo de trabalhadores portadores de deficiência ou do sexo feminino não será admissível, pois tal vinculação ao objecto implica que essas características estejam relacionadas com as necessidades sociais cuja satisfação constitua o objecto do contrato. E, evidentemente, não pode considerar-se como critério social, para a adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, a utilização de um determinado número ou percentagem de trabalhadores com deficiência. Desta forma, a utilização de mão-de-obra que reúna determinadas características entrará no plano da execução do contrato.
- 5 – A efetivação destas qualidades enquanto critério de adjudicação qualidade - preço torna-se assim reduzida a específicos tipos contratuais, por exemplo: num contrato dirigido a pessoas portadoras de deficiência, os critérios de adjudicação podem ter em conta requisitos relativos às necessidades específicas de cada categoria

de usuário; ou um contrato para a aquisi o de programas e equipamentos informáticos poder-se-  incluir um critério de adjudica o que relacione a qualidade às características de acessibilidade específica necessárias para diversos grupos de pessoas portadoras de deficiência (por exemplo: um produto ou serviço acessível a pessoas cegas, surdas, com deficiência mental ou com problemas de mobilidade).

6 – Em ordem a cumprir a exigência de vincula o do critério de adjudica o com o objecto do contrato parece apenas ser necessário que na defini o do mesmo fique determinada a finalidade de satisfazer certos objetivos sociais (por exemplo, utilizando a men o “para diminui o da discrimina o racial”). A introdu o dessa finalidade secundária será possível na medida em que nada obsta a que com a celebra o de um contrato se prossiga um objetivo ou interesse público direto ou principal e outros adicionais, mas dever-se-  ter especial aten o de modo a que a men o a uma finalidade secundária não seja utilizada pura e simplesmente com o intuito de “flexibilizar” a adjudica o.

7 - De todo o modo, a reda o dada ao preceito (idêntica   do art. 67.  da Diretiva) implicará que o mesmo seja interpretado em conformidade com a jurisprudência europeia neste âmbito.

## I - Alterações às causas de não adjudicação e da extinção do procedimento

Não se poderia iniciar uma análise sobre as alterações introduzidas na tipificação das causas de não adjudicação (cf. nova redação do artigo 79.º) sem começar por notar a opção do legislador em manter inalterada a redação do artigo 76.º - *dever de adjudicação*. A discussão, como se sabe, não é recente, e embora se compreenda o que motiva a previsão deste “*dever de adjudicação*” (no contexto da contratação pública), não se podem deixar de colocar algumas reservas quanto à assunção; sem mais, deste dever.

Do texto do número 1 do artigo 76.º do CCP parece resultar, portanto e sem mais, um dever de adjudicação que se impõe à entidade adjudicante em defesa das legítimas expectativas criadas no mercado com a abertura do procedimento de adjudicação. Sucede que, desde logo, aquele dever não é (nem poderia ser) absoluto e é o próprio legislador, no artigo 79.º, que enumera um conjunto de situações (nem sempre muito felizes, como veremos), em que aquele dever, simplesmente, não existe. A propósito do dever de adjudicação levantam-se, aliás, outras questões com as quais nos vemos confrontados: a partir de que momento no procedimento é que este “dever de adjudicação” se impõe à entidade adjudicante? Desde a decisão de contratar? Desde o termo do prazo para entrega das propostas? É certo que só faz sentido falarmos de um “dever de adjudicação” desde o momento em que, literalmente, “exista o que adjudicar” e, portanto, desde o momento em que termina o prazo para a entrega de todas as propostas, interpretação que, aliás, tinha suporte no texto das anteriores alíneas c) e d) do número 1 do artigo 79.º.

Todavia, e em virtude da alteração da redação das referidas alíneas, voltam a colocar-se dúvidas e, principalmente, importar inquirir qual a intenção do legislador quanto à amplitude a dar a este dever, que, por seu turno, dá também origem a um “direito à adjudicação” passível de ser reclamado pelos concorrentes.

As diretivas não são claras quanto a esta questão, mas estabelecem claramente que as autoridades adjudicantes devem informar imediatamente aos concorrentes as decisões de adjudicação ou de não adjudicação (cf. artigo 55.º Diretiva 2014/24/CE), de onde se retira a possibilidade, aparentemente intercambiável, de a entidade adjudicante adjudicar ou não. Já no que respeita à jurisprudência do TJUE <sup>21</sup> a questão ganha contornos ainda mais nítidos, na medida em que a mesma é peremptória ao afirmar a inexistência de um qualquer dever de adjudicação, e, inclusive, ao reconhecer ampla discricionariedade à entidade adjudicante para decidir conforme considere mais oportuno (o que inclui um poder geral de renúncia à adjudicação).

Ultrapassado este ponto prévio, importa, agora, notar as alterações propostas no anteprojeto:

---

<sup>21</sup> Cf. os Acórdãos do TJ datados de 11 de Dezembro de 2014, Proc. C-440/13; de 21 de Julho de 2011, Proc. C-252/10P; de 16 de Outubro de 2003, Proc. C-244/02; de 18 de Junho de 2002, Proc. C-92/00; de 16 de Setembro de 1999, Proc. C-27/98.

## 1. No que diz respeito ao artigo 78.º do CCP

“Anúncio de Adjudicação” - logo no seu número 1, e sem prejuízo das alterações quanto à necessária adaptação aos anexos das Diretivas de 2014, onde se lia “no prazo de 30 dias após a adjudicação”, hoje lê-se: “no prazo de 30 dias após a celebração de um contrato”, reproduzindo o sentido do artigo 50.º da Diretiva 2014/24/CE. Esta alteração parece justificar-se na medida em que do acto de adjudicação nem sempre resulta uma “situação de facto e de direito” estável, que apenas se vem a consolidar definitivamente com a celebração do contrato. Além disso, a alteração em causa vem estabelecer alguma harmonia com as demais normas do CCP, porquanto se se estabelecem causas de caducidade da adjudicação deve, então, admitir-se que existem factores que podem conduzir à necessidade de um novo ato de adjudicação prévio à celebração do contrato.

Por último, o legislador acrescenta “dois números” novos. Um “novo número 5” onde se prevê que a publicação a que se refere o número 1 é, por um lado, sempre aplicável quando o contrato tiver sido celebrado ao abrigo de um acordo-quadro (cf. primeira parte do número 5 do artigo 78.º) e, por outro, tratando-se de um sistema de aquisição dinâmico apenas nos casos em que em o preço contratual acumulado por trimestre ultrapassar os limiares referidos nas alíneas do número 2 (cf. segunda parte do número 5 do artigo 78.º). E, além disso, um “novo número 6” que apenas vem concretizar o referido nos art.ºs 32.º e 33.º da Directiva n.º 2014/23/EU, não oferecendo o seu teor quaisquer dúvidas ou questões de maior.

## 2. No que diz respeito ao artigo 79.º do CCP

“Causas de não adjudicação” – este é, sem dúvida, o artigo que obriga a maior reflexão e, em virtude de alterações pouco conseguidas, a algumas críticas. Dispõe a alínea a) do número 1 do referido artigo que não haverá lugar à adjudicação quando “nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta”, a redação não sofreu alterações, é certo, o que não significa, contudo, que a mesma seja isenta de críticas. E isto por uma razão muito simples: não se identifica, ali, uma qualquer causa de não adjudicação, mas antes e ao invés, uma verdadeira causa de extinção do procedimento. Discutir e pensar “causas de não adjudicação” deveria supor, em primeira linha, a possibilidade de existir, de facto, uma qualquer adjudicação no caso em apreço, o que não acontece. Se o procedimento não conhece nenhum candidato, o mesmo têm-se por “deserto” e extingue-se naturalmente. Se os concorrentes de um determinado procedimento não apresentam quaisquer propostas, o mesmo extingue-se naturalmente. A inexistência de uma qualquer proposta (em virtude da

inexistência de candidatos ou da falta de entrega de propostas) implica, necessariamente, que não exista materialmente “o que adjudicar”, pelo que falar em causas de não adjudicação não deixa de ser um *non sense*. Erro que, aliás, se reitera nas alíneas c) e d) do mesmo número.

Em particular na alínea c), onde se estabelece que não haverá lugar à adjudicação quando “por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento”, foi retirada, e mal, a referência, “após o termo do prazo fixado para apresentação das propostas”. Na medida em que a existência de propostas (sérias e firmes), como se disse, deveria ser *condição sine qua non* para se pensarem causas de não adjudicação. Mais, não só a nova redação da alínea c) é completamente desconforme com esse princípio, como também parece querer ignorar que alterando-se os pressupostos fundamentais das peças do procedimento, estamos a discutir e pensar, também por força da aplicação do n.º 3 do mesmo artigo<sup>22</sup>, num novo procedimento, pelo que ali não se configura uma causa de não adjudicação, mas, e outra vez, uma causa de extinção do procedimento precedida por uma obrigação (que, aliás, pode não ter qualquer fundamento, se estiverem em causa circunstâncias que obstam à existência de um procedimento com o mesmo objeto ou até ao próprio interesse em contratar) de dar início a um novo procedimento.

Deixámos para o fim as duas alíneas [in casu, as alíneas e) e h)] que merecem, no nosso entender, e por razões diametralmente opostas, o maior reparo. A alínea e), onde o legislador estabelece não haver lugar à adjudicação quando “nos procedimentos de consulta prévia e ajuste direto, o preço contratual seria manifestamente desproporcionado”, encerra um erro grosseiro que só se se pode explicar por um lapso do legislador. O novo CCP resgata o procedimento de consulta prévia (enquanto *procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspectos da execução do contrato a celebrar*, cf. novo artigo 112.º do CCP) e autonomiza-o do procedimento de ajuste direto, mas não deixa de os considerar dois universos muito próximos, esquecendo-se, em certa medida, das importantes diferenças que os individualizam. O que não se compreende na redação desta alínea – pelo menos como parece dever ser interpretada – é a possibilidade de o legislador determinar o que é “um preço desproporcionado” num procedimento de ajuste direto onde não se afasta a existência de um preço base definido (ao contrário do que acontecia na anterior redação: “*em que não tenha sido fixado preço base*”) e, principalmente, a possibilidade de determinar como causa de não adjudicação a existência “de um preço desproporcionado” quando se pressupõe um procedimento pré-contratual em que, para além de poder ser fixado um preço base, são convidadas, pelo menos, três entidades que, regra geral, representam um segmento do mercado.

---

<sup>22</sup> “No caso da alínea c) do n.º 1, é obrigatório dar início a um novo procedimento no prazo máximo de 6 meses a contar da data da notificação da decisão de não adjudicação “.

**Alterações às causas de não adjudicação e da extinção do procedimento**

BERNARDO AZEVEDO

JOANA DURO

---

Por fim, no que respeita à nova alínea h) do número 1 do artigo 79.º, o legislador quis acautelar expressamente os casos em que (i) não foi estabelecido um preço base e (ii) os valores apresentados nas propostas sejam, fundamentadamente, considerados inaceitáveis. Do ponto de vista da defesa do interesse público-económico (ou financeiro) não se pode deixar de considerar pertinente esta solução.

## II - Habilitação do adjudicatário e novas causas de caducidade da adjudicação

As alterações, no que se refere aos temas em análise, foram cirúrgicas e globalmente conseguidas. Além da simplificação do regime dos documentos de habilitação, no sentido de o harmonizar com o artigo 59.º da Diretiva 2014/24/CE (“documento europeu único de contratação pública”), o legislador veio prever outras causas de caducidade de adjudicação, que se “juntam” às anteriores previsões, nomeadamente nos artigos 86.º, 87.º, 91.º e 105.º, todos do CCP.

### 1. No que diz respeito ao artigo 81.º do CCP

“*Documentos de habilitação*” – as alterações efetuadas às alíneas do n.º 1 vêm apenas no sentido de simplificar a sua redação e estabelecer, concretamente, a entrega da “declaração do anexo II”, ao invés de “declaração emita conforme modelo constante do anexo II”, criando homogeneidade nos diferentes documentos, pela entrega de documento semelhante e não apenas “conforme ao mesmo modelo” (cf. alínea a) do n.º 1 do referido artigo).

Porém, as alterações mais significativas são as que se relacionam diretamente com a própria estrutura do artigo, que perde a maioria das normas que o compunham mas, em contrapartida, ganha em clareza e simplicidade.

A criação do documento europeu único de contratação pública permite libertar o adjudicatário da entrega da maioria dos documentos e certificados emitidos por entidades terceiras (como era o caso dos documentos aqui referidos), ao mesmo tempo que densifica o ónus do adjudicatário de demonstrar, sempre que necessário, a titularidade das habilitações legalmente exigidas.

Em particular, quanto ao n.º 2 do referido artigo, é, ainda, de notar a preocupação do legislador em condensar em diploma próprio um conjunto de requisitos e formalidades próprias dos contratos de empreitada de obras públicas que, e bem, não fazia sentido serem objecto de previsão no CCP.

### 2. No que diz respeito ao aditado artigo 87.º - A

“*Outras causas de caducidade da adjudicação*” – o artigo em causa veio colmatar uma lacuna que era evidente na redação do anterior Código. Na impossibilidade de conseguir prever todas situações do quotidiano passíveis de obstaculizar à celebração do contrato após o ato de adjudicação, o legislador optou, e bem, por considerar, pelo menos, “a ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica”. A

## Habilitação do adjudicatário e novas causas de caducidade da adjudicação

BERNARDO AZEVEDO

JOANA DURO

---

utilização de conceitos indeterminados como “impossibilidade natural ou jurídica” pode reclamar (o que se crê, seriamente, venha a acontecer) algum trabalho jurisprudencial na densificação e tipificação das situações (objectivas) que se enquadram naquela previsão, mas não deixa de se prever, também, o aproveitamento de inúmeros procedimentos contratuais (em razão da possibilidade de adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente, nos casos em que, naturalmente, aquela impossibilidade se deve ao adjudicatário, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo) e as vantagens de tempo e de economia que daí se retiram.

Fica, contudo, a dúvida de saber se a indemnização que é prevista no n.º 3 não deveria, também, acautelar o dever de indemnização (que se tem ainda assim por subsistente) por parte da entidade adjudicante quando esta seja o Estado e a caducidade da adjudicação se deva a uma alteração legislativa (caso típico de impossibilidade jurídica).

### **III - Alterações relevantes à prestação de caução e à celebração do contrato**

Pela autonomia que cada um dos capítulos encerra, dividiremos este bloco em dois subtemas distintos, um relativo à caução e suas principais alterações e outro relativo à celebração do contrato.

#### **1. Caução**

- i. **No que diz respeito ao artigo 88.º do CCP - “Função da Caução”** – as alterações relativas ao regime da caução são das que melhor traduzem a intenção do legislador de acautelar a capacidade financeira do adjudicatário. Com efeito, esta preocupação de acautelar a capacidade financeira do adjudicatário (e, por conseguinte, o interesse público económico ou financeiro) é particularmente evidente no texto do Anteprojeto (cf. referência à “insolvência do adjudicatário” como causa de caducidade da adjudicação, artigo 87.º - A, n.º 1, do CCP). Nessa medida o tema da caução, naturalmente, ganhou um lugar de destaque como “ferramenta” de proteção da entidade adjudicante durante a fase de execução do contrato, o que conduziu, por exemplo, à alteração do número 2 do artigo 88.º do CCP.

Assim, onde se lia “não é exigível a prestação de caução quando o preço contratual for inferior a (euro) 200 000”, hoje lê-se “pode não ser exigida prestação de caução quando o preço contratual for inferior a € 200 000, ou quando se trate de contratos previstos na alínea c) do n.º 1 do artigo 95.º, ainda que exista contrato escrito”. Dito de outra forma, onde estava dispensada a obrigatoriedade de prestação de caução para contratos de valor inferior a € 200 000, hoje tal decisão passa a ser tomada, discricionariamente, pela entidade adjudicante. O que não deixa de fazer sentido e estar em coerência com as preocupações expressas pelo legislador, mas que ignora, no nosso entender, a possibilidade de tal imposição significar uma limitação, efectiva, da capacidade das pequenas e médias empresas de aceder a procedimentos de contratação pública, uma vez que não têm as mesmas facilidades de obtenção de instrumentos de caução do que aquelas de que dispõem as grandes empresas. Ou seja, embora se compreenda a intenção do legislador em acautelar ou reforçar a posição da entidade adjudicante face a uma crise financeira que tem vindo reiteradamente a impossibilitar a execução de determinados contratos, não se pode deixar de ser sensível à possibilidade de tais soluções “bloquearem” o acesso ao mercado da contratação pública por parte de empresas menos capazes financeiramente, quando o que está em causa são valores contratuais pouco expressivos.

**No que diz respeito ao artigo 89.º do CCP** – “Valor da Caução” – a alteração que entendemos mais relevante, ainda que cirúrgica, é a conseguida com a alteração do valor da caução. Ou seja, enquanto na redação anterior se previa o valor da caução nos 5% ou 10% do valor do contrato, consoante existisse, ou não, um preço anormalmente baixo, com a nova redação o legislador deixa de indicar um valor fixo para introduzir um “limite máximo” (nos mesmos valores de 5% e 10% respetivamente), cabendo à entidade adjudicante, caso a caso, adequar o valor da caução conforme a necessidade e as características do contrato. Não se pode concordar mais com esta previsão, a de adequação ao caso concreto, na medida em que o propósito da caução é acautelar a execução (e, por conseguinte, a posição da entidade adjudicante) de diferentes contratos, com pressupostos diferentes, preços diferentes e riscos económicos diferentes.

## **2. Celebração do contrato**

**i. No que diz respeito ao artigo 96.º do CCP** – “Conteúdo do Contrato” – o mesmo, como já acontecia, enumera, sob pena de nulidade, os elementos que o clausulado do contrato deve conter. Em particular no n.º 1, e em harmonia com a criação da figura do Gestor do Contrato (com a função de acompanhar permanentemente a execução do contrato, *cf.* artigo 290.º - A, do CCP), é agora expressamente prevista a referência à identificação do gestor do contrato em nome da entidade adjudicante. Antes de analisar a grande alteração do referido artigo, pela introdução do n.º 7, importa notar que a sanção jurídica que o legislador prevê para a falta daqueles elementos é a sanção mais grave, que pode ser arguida a qualquer momento sem que o prazo decorrido desde a celebração do contrato tenha qualquer “preponderância”. Em virtude dos efeitos próprios da nulidade e, portanto, da sua arguição, o legislador é, regra geral, bastante prudente na consideração dos casos que justificam tal medida. Neste caso, contudo, e tendo em conta a tipificação das alíneas do n.º 1, entendemos que a solução adotada é desproporcional e pouco razoável, em particular, porque há elementos que não colocam em crise, de forma alguma, a correta formação e execução do contrato e, ainda, porque há elementos que se retiram, com toda a facilidade, de outras peças que compõem o contrato (*cf.* referência à caução prestada pelo adjudicatário que impõe a entrega de documento autónomo que comprove a referida prestação, de acordo com o n.º 1 do artigo 90.º do CCP).

Esta parece, aliás, ter sido a conclusão do próprio legislador que, a final, vem incluir uma nova norma, onde se estabelece que: “são nulos os contratos a que falte algum dos elementos essenciais referidos nas alíneas a) a i) do n.º1, salvo se os mesmos constarem dos documentos identificados

**Prestação de caução e celebração do contrato**

BERNARDO AZEVEDO

JOANA DURO

---

*no n.º 2*”. A segunda parte do preceito d, parece ir no sentido preconizado, não associando, assim, a sanção da nulidade, automaticamente, à falta de alguns dos elementos essenciais referidos no n.º 1, contanto que a mesma possa ser suprida pelos documentos constantes do n.º 2 e que igualmente integram o contrato.

**I. Análise crítica do novo regime de modificação dos contratos**

**1. Artigo 96.º, alínea g); Artigo 284.º, n.º 2, alínea g); Artigo 312.º: a *permissão de modificações ao contrato com fundamento em cláusulas de revisão ou de opção***

1.1. Os requisitos das cláusulas de revisão ou de opção: clareza, precisão e inequívocidade [artigo 96.º, alínea g)]

1.1.1. A falta de previsão dos requisitos relativos:

- (i) ao âmbito e natureza das modificações [cf. alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva];  
e
- (ii) às condições de aplicação das cláusulas de revisão (cf. idem).

1.2. A fiscalização da modificação do contrato (de acordo com as cláusulas de modificação):

1.2.1. Pelo Tribunal de Contas

1.2.2. Pelos concorrentes preteridos?

1.3. O caso dos contratos complexos e/ou de longa duração: a dificuldade de elaboração *ex ante* de cláusulas que, dotadas da clareza, precisão e inequívocidade, antecipem as inúmeras contingências pelas quais o contrato e as partes podem passar

1.3.1. por *caducidade permissiva da modificação*

1.4. A sanção de nulidade para os contratos celebrados com *aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no Código quanto aos respetivos limites* [artigo 284.º, n.º 2, alínea g)]

1.4.1. Equivalência entre a *declaração de nulidade pelo contraente público* (artigo 162.º, n.º 2 do CPA) e o *poder de rescisão* (artigo 73.º, n.º 1 da Diretiva)?

1.4.2. Nos casos em que a cláusula de modificação ainda não tenha sido exercida, aplica-se o disposto no n.º 3 do artigo 285.º quanto à redução do negócio jurídico?

**2. Artigo 290.º-A, n.º 4: a indelegabilidade dos poderes modificação no Gestor do Contrato inclui os que decorram das cláusulas de modificação?**

–A cláusulas são (i) claras, precisas, inequívocas, (ii) têm o respetivo âmbito e natureza definido e (iii) as condições da respetiva aplicação estão definidas.

**3. Artigo 313.º, n.º 1, alínea d): as modificações autorizadas em função do valor**

- 3.1. A ausência da referência aos limiares de aplicação da diretiva
- 3.2. A (inovadora) natureza dualista dos limites de valor da modificação:
  - 3.2.1. 25% do preço contratual inicial no caso de alteração das circunstâncias;
  - 3.2.2. 10% do preço contratual inicial no caso de modificação motivada por reponderação do interesse público.
- 3.3. A opção de, nos casos de modificação motivada por reponderação do interesse público, aplicar o mesmo limite percentual ao incremento do valor do contrato [vs. limite mais elevado – 15% - previsto na Diretiva para os contratos de empreitada de obras públicas – artigo 73.º, n.º 2, alínea ii)].
- 3.4. A cumulatividade dos limiares de valor com os critérios de “alteração substancial do contrato” – alíneas c) e e) do n.º 1 do artigo 313.º:
  - A Diretiva autoriza a modificação independentemente de se verificarem (ou não) os requisitos materiais enunciados no n.º 2 do artigo 72.º e mesmo que se encontrassem preenchidas as condições, previstas no n.º 4 do artigo, para que se qualifique a modificação como substancial.

**4. Artigo 318.º, n.º 1: a plena admissão de alterações subjetivas previstas no clausulado contratual**

- 4.1. Uma “caixa de pandora” para modificações subjetivas introduzidas ao arrepio do interesse público e desligadas do objeto do contrato?
- 4.2. Necessidade de ligação ao objeto do contrato e fundamentação em razões de interesse público (princípio da concorrência e princípio da transparência).

**5. Artigo 318.º, n.º 1, alínea a): a alteração subjetiva do co-contratante**

- 5.1. A falta de uma referência à restrição à modificação subjetiva quando:
  - (i) dela “advenham outras modificações substanciais ao contrato”; ou
  - (ii) quando “a operação (...) se destine a contornar a aplicação da presente diretiva” [cf. artigo 72.º, n.º 2, alínea d), subalínea ii) da Diretiva].

- 5.2. A não inclusão da insolvência no elenco exemplificativo das transmissões universais ou parciais da posição do cocontratante
- 5.3. A autorização da modificação subjetiva como ato vinculado?
- Em caso positivo, haverá generalização da *transferência de contratos públicos* entre privados?
  - Se houver margem para um “poder de veto” do contraente público, surgirão dificuldades ao nível do cumprimento dos princípios da contratação pública, v.g., não discriminação.
6. **Alteração da parte final da alínea b) do n.º 1 do artigo 318.º: onde se lê “subcontratantes” deve ler-se “subcontratados”?** (não obstante o teor literal da Diretiva, deve observar-se a nomenclatura do CCP)
7. **Artigo 318.º-A: Cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante**
- 7.1. Compatibilização da alínea b) do n.º 4 do artigo (escolha do cessionário nos termos de cláusula do contrato, como a alternativa à adoção de procedimento pré-contratual) com o Considerando 110 da Diretiva: “*Em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá, por exemplo quando um contrato seja rescindido devido a deficiências na execução, ser substituído por outro operador económico sem abrir novo concurso relativo ao contrato*”.
- 7.2. Ao prever a necessidade de inclusão no contrato de cláusula que permita a *modificação subjetiva tendente a solucionar um incumprimento contratual*, o legislador nacional assume que a Diretiva contém um elenco taxativo do que se devem considerar *modificações não substanciais*.
8. **Artigo 370.º, n.º 2 – Trabalhos complementares: a modificação do contrato em virtude do surgimento da necessidade de *prestações adicionais***
- 8.1. As “circunstâncias não previstas” como (*simples*) *imprevisão das prestações adicionais no contrato inicial* [cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva].
- 8.2. A restrição aos limites do aumento do valor (em consequência dos trabalhos complementares) face à Diretiva:

8.2.1. 50% do valor do contrato inicial (em cada modificação) – cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva;

8.2.2. 10% do preço contratual (incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevistas) – cf. alínea b) do n.º 2 do artigo 370.º;

8.3. O “aumento considerável de custos” no CCP e a “duplicação substancial dos custos” na Diretiva: dois conceitos abertos, o mesmo significado?

8.4. A ausência da cláusula anti-abuso da Diretiva: as modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da Diretiva

**9. Artigo 370.º, n.º 2 – Trabalhos complementares: a modificação do contrato em virtude da ocorrência de *circunstâncias imprevistas***

9.1. A flexibilidade da Diretiva [cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 72.º]:

(i) não limita os trabalhos a prestações adicionais (do mesmo tipo do contrato inicial);

(ii) não exige que a alteração do cocontratante não possa ser efetuada;

(iii) não exige que a alteração do cocontratante represente um muito significativo inconveniente ou leve a uma duplicação substancial dos custos;

(iv) cada modificação pode implicar um aumento de preço até 50 % do valor do contrato inicial;

(v) não se exige a preservação do equilíbrio do contrato

9.2. A inflexibilidade do CCP:

(i) exige-se que as prestações adicionais não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves;

(ii) exige-se que a separação dessas prestações implique um aumento considerável de custos para o dono da obra; e

(iii) o preço dos trabalhos complementares, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não pode exceder 40% do preço contratual.

**10. Artigo 420.º - A: as modificações ao contrato (de concessão) – remissão para ponto 9**

10.1. **Em especial:** a limitação do valor da ampliação das obras ou serviços a 10% do valor do contrato inicial [vs. limitação de 50% do valor do contrato inicial – cf. alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 43.º Diretiva 2014/23].

**11. Artigo 454.º – Serviços complementares: remissão para ponto 9**

**II. O pagamento direto a subcontratados**

**1. Artigo 321.º, n.º 1: faculdade ou dever de fazer a retenção?**

**2. Não adoção da solução *sugerida* no n.º 7 do artigo 71.º da Diretiva: a possibilidade de os pagamentos diretos serem feitos sem que os subcontratados o tenham de solicitar.**

**I. Alargamento do âmbito do regime substantivo a contratos públicos de direito privado (modificação, invalidades, cessão e subcontratação)**

1. Artigo 1.º, n.º 2 – *O regime da contratação pública estabelecido na Parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação.*

Alterando a redação do preceito em vigor, o conceito de contratos públicos é suscetível de englobar contratos de direito privado, celebrados ou não por entidades adjudicantes, deixando estes de estarem necessariamente relacionados com aquelas entidades, como *todos os contratos que por estas sejam celebrados*. Não obstante, o n.º 2 visa sujeitar à aplicação do regime previsto na Parte II todos os contratos públicos (ainda que de direito privado), desde que celebrados por entidades adjudicantes e não excluídos do âmbito do CCP.

2. Artigo 280.º, n.º 3 – *Aos contratos sujeitos à Parte II que não configurem relações contratuais administrativas aplicam-se as disposições do presente capítulo relativas aos regimes de invalidade, de limites à modificação, de cessão da posição contratual e subcontratação.*

Apesar de inserido já na Parte III do CCP, intitulada “regime substantivo dos contratos administrativos”, este novo n.º 3 aditado ao artigo 280.º, pretende ainda disciplinar parte dos contratos públicos abrangidos pela Parte II, precisamente aqueles que não configuram relações contratuais administrativas, que não são passíveis de configurar contratos administrativos (nos termos do artigo 1.º, n.º 6), como seja o caso dos contratos públicos de direito privado.

Neste sentido, ainda que não contemplados diretamente na Parte III, ser-lhes-á aplicável o disposto neste capítulo quanto ao regime previsto para os contratos administrativos, no que concerne aos regimes de invalidade (artigos 283.º a 285.º), limites à modificação contratual (artigo 313.º - e 312.º), cessão da posição contratual e subcontratação (artigos 316.º a 324.º, incluindo os aditados artigos 318.º-A (cessão por incumprimento do cocontratante) e 321.º-A (pagamento direto subcontratado)).

Importa notar em especial que não estão aqui em causa os poderes de conformação da relação contratual que o CCP reconhece ao contraente público, como a possibilidade de modificação ou resolução unilateral do contrato. Com efeito, apenas os limites à modificação, limites negativos previstos no artigo 313.º, são aplicáveis, devendo considerar-se ainda a remissão expressa deste artigo para os fundamentos que constam do artigo 312.º, circunscrevendo-se a aplicação desses limites aos casos de modificação neste último previstos.

Na verdade, solução diversa implicaria um regime mais exigente/oneroso para a modificação dos contratos públicos não administrativos (ao sujeitar qualquer modificação a estes limites), injustificado ou excessivo atendendo aos interesses que se pretende acautelar com a definição de um regime jurídico especificamente previsto para os contratos administrativos.

## **I. Análise crítica do novo regime de modificação dos contratos**

### **1. Alterações ao artigo 312.º**

*O contrato pode ser modificado com fundamento nas condições nele previstas e ainda com os seguintes fundamentos:*

Admite-se agora a possibilidade de as partes estabelecerem condições específicas no contrato para a sua modificação, as quais podem diferir das indicadas no CCP. Não obstante, os fundamentos indicados no artigo 312.º podem também ser invocados ainda que no contrato estejam contemplados outros fundamentos para a modificação. Na hipótese em que o contrato regula a modificação não se exige o acordo ou decisão para que esta ocorra, como resulta do artigo 311.º, podendo as partes convencionar condições distintas para operar a modificação. Em todo o caso, encontra-se sujeita aos limites estabelecidos no artigo 313.º (cfr. artigo alínea g) do n.º 2 do artigo 284.º).

Mantêm-se os fundamentos tal como constam do CCP.

### **2. Alterações ao artigo 313.º**

*n.º 1 – A modificação de qualquer contrato público, com os fundamentos previstos no artigo anterior, encontra-se sujeita aos seguintes limites:*

Nesta nova redação, realça-se a intenção de sujeitar ao regime da modificação qualquer contrato público e não apenas os contratos administrativos, qualquer que seja a natureza, pública ou privada, do regime substancial que lhe é aplicável.

*Alínea a) – Não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato*

Opta-se pela consagração, neste momento, do conceito de alteração substancial ao objeto do contrato, substituindo-se a anterior referência a “prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato”, de acordo com .

Nos termos do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU, entende-se por alteração substancial:

4. A modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do n.º 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições: [basta que se verifique uma das condições]

a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;

b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;

c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;

d) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d).

No seguimento da orientação da jurisprudência do TJUE – Acórdão Pressetext. As três primeiras situações eram exemplos dados e a última *deduzida* da decisão do TJUE (cessão da posição contratual a uma entidade terceira, fora do n.º 1-d)).

São estes os critérios de referência pelos quais nos devemos seguir para aferir de uma alteração substancial, nos termos da alínea a). No entanto, a hipótese contemplada na alínea b) deste n.º 4 72.º está autonomizada na alínea e) do n.º 1 313.º.

*Alínea b) – Não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência*

Já se encontrava previsto este limite no n.º 1 do artigo 313.º do CCP. Aqui é autonomizado.

*Alínea c) – Não é permitida quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos e desde que objetivamente demonstrável, teriam ocasionado a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas*

Corresponde à hipótese que está prevista no n.º 2 em vigor, embora redigida pela negativa neste caso. Implica a demonstração de que a alteração introduzida levasse à alteração da ordenação das propostas (ao invés, na redação atual, a demonstração é a da não alteração). No entanto, deixa de estar contemplada a ressalva da possibilidade de, mesmo que ocorra uma alteração nestes termos, não se obstar à modificação “*quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justificarem*”. Esta ressalva visava salvaguardar os efeitos de facto produzidos pelo contrato, atento o decurso do tempo e a natureza duradoura daquele, e ainda, parece, acautelar a posição da entidade adjudicante que se veria obrigada a desencadear um novo procedimento e eventualmente a indemnizar o adjudicatário/restantes concorrentes preteridos.

Alínea d) – *O aumento total de preço originado pelas eventuais modificações não pode ultrapassar 25% do preço contratual inicial, no caso da alínea a) do artigo anterior [alteração anormal e imprevisível], e 10% do preço contratual inicial, no caso da alínea b) do artigo anterior [razões de interesse público]*

Novo limite introduzido – corresponde a um dos outros exemplos de alteração substancial apontados como decorrentes da decisão do TJUE - alteração do preço do contrato entendida como não se reconduzindo a um mero ajustamento.

Alteração relevante na medida em que o preço não se encontra previsto, nestes termos, como limite à modificação por consubstanciar uma alteração substancial, de acordo com o artigo 72.º, n.º 4, da Diretiva. Estão previstos limites até aos quais se admite a modificação, mas diferem as percentagens consideradas e não se relacionam com os fundamentos invocados para a modificação, mas com o tipo de contrato em causa.

72.º, n.º 2. *Além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os seguintes valores:*

*i) os limiares estabelecidos no artigo 4.º, e [montantes limiares dos contratos]*

*ii) 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras.*

*Contudo, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Em caso de várias modificações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas.*

Alínea e) – *Não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido.*

Novo limite introduzido – corresponde a uma das situações que a Diretiva identifica como alteração substancial.

Por forma a facilitar a articulação de diplomas e melhor elucidação quanto ao entendimento do legislador sobre o conceito de alteração substancial (na medida em que, face à Diretiva, neste artigo se autonomizam algumas situações que já estariam abrangidas nessa alínea), pareceria útil elencar exemplos (ainda que não exaustivos) ou definir o conceito de alteração substancial para efeitos do CCP, para que fosse perceptível a intenção do legislador.

n.º 2 – *A modificação dos contratos especialmente regulados no Título II da Parte III do presente Código fica ainda sujeita aos limites aí previstos*

Novo número aditado – aplicável aos *contratos administrativos em especial*. Limites previstos em específico para estes contratos, como por exemplo para a empreitada (artigos 370.º ss – modificações objetivas).

n.º 3 – *Nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa.*

Corresponde ao n.º 3 do artigo 313.º, na versão em vigor, mas com uma mudança: o fundamento em relação ao qual não se admite a modificação por decisão judicial ou arbitral não é o mesmo. Na versão em vigor, o fundamento indicado é o da alínea a), ou seja, alteração anormal e imprevisível; na versão do anteprojeto, o fundamento é o da alínea b), razões de interesse público. Na verdade, trata-se de um aperfeiçoamento certo uma vez que nos parece ser no fundamento da alínea b) que a margem de livre decisão estará em causa, não existindo obstáculo, a nosso ver, a um juízo feito no âmbito da alínea a).

n.º 4 – *As modificações que não respeitem os limites estabelecidos no presente Código determinam a adoção de um novo procedimento de formação de contrato, caso a entidade adjudicante mantenha a decisão de contratar.*

Novo número aditado – trata-se de uma conclusão que resultava já, implícita, do regime da modificação mas que, tal como mencionada expressamente no artigo 72.º, n.º 5, da Diretiva, vem agora explicitada.

### **3. Alterações ao artigo 314.º**

n.º 1 – foi eliminada a referência aos critérios de reposição do equilíbrio financeiro, “segundo os critérios estabelecidos no presente Código” e ressalvadas outras hipóteses *especialmente previstas na lei*.

n.º 3 – *Quando a modificação do contrato tenha por fundamento as circunstâncias previstas na alínea a) do n.º 1 do artigo 312.º, o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.*

Novo número aditado – prevê uma limitação ao n.º 1, à reposição do equilíbrio financeiro na hipótese de modificação com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato).

O cocontratante apenas tem direito à reposição, com fundamento na alínea a), se: (i) o facto invocado como fundamento do direito à reposição altere os pressupostos que determinaram o valor das prestações e (ii) caso o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar os pressupostos que estiveram na base dessa determinação.

#### **4. Alterações ao artigo 315.º**

Alteração da epígrafe do artigo – *Obrigaçãõ de transparência* passou a *Publicidade das modificações*, conceito utilizado pela Diretiva.

n.º 1 – *As modificações objetivas do contrato que representem um valor acumulado superior a 10% do preço contratual devem ser publicitadas, pelo contraente público, no portal dos contratos públicos, até cinco dias após a sua concretização, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato.*

Deixou de ser fazer referência aos atos que originavam as modificações objetivas sujeitas a publicidade, “*atos administrativos do contraente público ou os acordos entre as partes*”. Assim, todas as modificações objetivas realizadas, incluindo aquelas que resultam de estipulação contratual, devem ser publicitadas.

Alteração na percentagem do critério do valor acumulado – passou de 15% para 10%, valor acumulado superior a 10% do preço contratual.

Alteração do momento da publicitação – na versão em vigor constava “*devem ser imediatamente publicitados*”, nesta alteração estabelece-se um prazo “*até cinco dias após a sua concretização*”. Trata-se de uma explicitação útil para as entidades envolvidas.

n.º 3 – *Tratando-se de contratos celebrados na sequência de procedimento com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, devem ainda ser divulgadas neste jornal oficial, mediante anúncio de modelo próprio, as modificações objetivas que tenham como fundamento o previsto no n.º 3 do artigo 370.º ou no n.º 2 do artigo 420.º-A.*

Novo artigo aditado – em harmonia com a Diretiva, a publicação deverá ser feita de acordo com a Parte G do Anexo V da Diretiva.

A remissão para o artigo 370.º, n.º 3 (aplicável à empreitada), tem por objeto uma disposição revogada pelo que carece de correção.

A remissão para o artigo 420.º-A (novo artigo aditado), n.º 2, respeita à modificação do contrato de concessão com fundamento em circunstâncias imprevisíveis (a qual não poderá ultrapassar 25% do valor do contrato).

Discutir por que razão apenas com estes dois fundamentos o legislador entende que se justifica a publicação da modificação no JOUE. Na Diretiva, menciona-se a publicação nestes termos: *Depois de modificarem um contrato nos casos previstos nas alíneas b) e c) do presente número, as autoridades adjudicantes publicam um anúncio da modificação ou modificações no Jornal Oficial da União Europeia.* No entanto, estas alíneas não coincidem com as remissões feitas.

## **II. Alterações ao regime da invalidade consequente**

### **1. Artigo 283.º - *Invalidade consequente de atos procedimentais inválidos***

n.º 2 – *Os contratos públicos são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração, e se demonstre que o vício determina a invalidade do contrato, designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial.*

Para além da exigência de que os atos procedimentos em que tenha assentado a celebração do contrato sejam anuláveis, os contratos públicos são apenas anuláveis, na sequência de atos procedimentais inválidos, se se demonstrar que o vício de que padecem determina a invalidade do contrato. O legislador apresenta dois exemplos em que considera que o vício determina a invalidade: por implicar a modificação subjetiva do contrato ou uma alteração do seu conteúdo essencial.

Assim sendo, não basta que os atos procedimentais padeçam de um qualquer vício que implique a respetiva anulabilidade para que o contrato celebrado seja igualmente anulável. Com efeito, o regime torna-se mais exigente: o vício de que enfermam estes atos deverá ser suscetível de determinar a invalidade do próprio contrato, ou seja, deverá extravasar o âmbito procedimental e afetar diretamente também o próprio contrato. Com esta exigência acrescida, o legislador terá querido afastar a possibilidade de o contrato ser considerado anulável com fundamento na mera anulabilidade de um ato que, em concreto, ainda que inválido e constituindo sempre uma fragilidade no procedimento, não teria o efeito de, por si só, o invalidar. Afastando-se de um conceito amplo de ato consequente, próximo, deixa de ser tido em conta todo e qualquer ato-pressuposto como potencialmente invalidante do contrato tão-somente em razão da sua proximidade lógica, cronológica ou formal.

### *n.º 3 – Revogado.*

A revogação do n.º 3 significa, neste domínio, o não reconhecimento de efeitos ao ato anulável, que se tenham consolidado eventualmente na ordem jurídica, não se afastando a invalidade consequente ainda que esses efeitos se consolidem, o ato se convalide ou seja renovado sem a invalidade anterior.

Se o ato é passível de convalidação ou de renovação, no mesmo sentido e sanando-se a invalidade anterior, estaremos em princípio perante vícios que não seriam suscetíveis de invalidar o contrato, pelo que, em face da alteração do n.º 2, não poderia manter-se esta solução. Já quanto aos efeitos do ato anulável, ao contrário da solução consagrada no artigo 162.º do CPA para os atos nulos, a sua produção é precária, não lhes sendo aplicável o mesmo regime.

### **III. Invalidade própria do contrato e as novas causas de invalidade**

#### **1. Artigo 284.º - *Invalidade própria do contrato***

n.º 2 – *Os contratos são nulos quando se verifique algum dos fundamentos previstos no presente Código, no artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo ou em lei especial, designadamente:*

Alteração na redação deste preceito – estabelece-se que a nulidade pode resultar do CCP, decorrer da aplicação dos fundamentos constantes do artigo 161.º do CPA ou de lei especial. Os fundamentos suscetíveis de provocarem a nulidade do contrato são apenas aqueles que estiverem expressamente previstos na lei, eliminando-se a possibilidade de qualificação de um vício como gerador de nulidade por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo. Esta ponderação está reservada ao legislador, não havendo margem para sustentar a existência de nulidades por natureza (conforme resulta também do artigo 161.º do CPA).

O n.º 2 apresenta agora um elenco exemplificativo de casos que considera de contratos nulos.

*Alínea a) – Os contratos que careçam em absoluto de forma legal*

A remissão expressa para o CPA dispensava a duplicação de referências aos mesmos casos, como nesta alínea, já que esta causa de invalidade consta da alínea g) do n.º 2 do artigo 161.º.

Coloca-se a questão de saber se, ao ter tido a preocupação/cuidado de reproduzir no CCP o conteúdo de algumas alíneas do n.º 2 do artigo 161.º, tal reflete a intenção do legislador de excluir a possibilidade de aplicação aos contratos públicos das restantes causas de nulidade do artigo 161.º.

*Alínea b) – Os contratos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível ou constitua ou seja determinado pela prática de um crime*

Corresponde à alínea c) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA.

*Alínea c) – Os contratos que ofendam o conteúdo essencial de direito fundamental*

Corresponde à alínea d) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA.

*Alínea d) – Os contratos celebrados sob coação física ou coação moral*

Corresponde à alínea f) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA.

*Alínea e) – Os contratos que ofendam casos julgados*

Corresponde à alínea i) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA.

*Alínea f) – Os contratos celebrados com alteração dos elementos essenciais das peças do procedimento que devessem constar do respetivo clausulado*

Novo fundamento de nulidade – a alteração das peças do procedimento aquando da celebração do contrato é inadmissível face ao disposto no artigo 50.º do CCP, no que concerne ao momento até ao qual poderão ser retificadas e alteradas, não existindo liberdade de conformação do conteúdo do clausulado neste ponto. Caso tal alteração fosse viável, poderia configurar um caso de modificação objetiva do contrato, caindo potencialmente num dos limites à modificação ou na alínea seguinte (alínea g)). No entanto, cominado com a nulidade o contrato celebrado com alteração dos elementos essenciais das peças que devessem constar do clausulado, não restam dúvidas quanto à impossibilidade de alteração das peças após o momento indicado no artigo 50.º e de que tal vício gera a nulidade do contrato.

A introdução desta alínea parece-nos positiva na medida em que estará em causa assegurar o respeito pelos princípios da concorrência, da transparência e da boa fé.

*Alínea g) – Os contratos celebrados com aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites.*

Novo fundamento de nulidade – a introdução desta alínea esclarece qual a consequência que advém da violação dos limites à modificação dos contratos (cfr. artigo 313.º), que tanto pode respeitar à modificação com os fundamentos do artigo 312.º, como à modificação especificamente prevista no clausulado contratual.

*n.º 3 – São ainda aplicáveis aos contratos públicos as disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade.*

A alteração deste número consiste na substituição do conceito de “contratos administrativos” por “contratos públicos”, alargando, sem restrições, o âmbito de aplicação das disposições do Código Civil a todos os contratos públicos.

## **2. Artigo 285.º - Regime de invalidade**

*n.º 1 – eliminou-se a referência final a “acto com o mesmo objecto e idêntica regulamentação da situação concreta”.*

*n.º 2 – Aos demais contratos públicos aplica-se o regime de invalidade do presente Código e o previsto na legislação administrativa.*

O conceito de “contratos administrativos” foi substituído pelo de “contratos públicos”, alargando, sem restrições, o âmbito de aplicação do regime de invalidade do CCP e o regime de invalidade previsto na legislação administrativa a todos os contratos públicos. Assim, ao invés da versão em vigor, não está mais em causa a aplicação do regime de invalidade consagrado no direito civil, nem sequer aos contratos administrativos (com exclusão dos contratos referidos no n.º 1 que, não constituindo contratos públicos, estão sujeitos ao regime de invalidade do ato administrativo).

n.º 3 – *Todos os contratos públicos são suscetíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respetivo desvalor jurídico.*

A alteração deste número consiste na substituição do conceito de “contratos administrativos” por “contratos públicos”, alargando, sem restrições, o âmbito de aplicação das disposições do Código Civil a todos os contratos públicos, qualquer que seja a sua natureza.

n.º 4 – *Caso não seja possível a redução ou a conversão do contrato e o efeito anulatório se revele desproporcionado ou contrário à boa fé, pode este ser afastado por decisão judicial, ponderados os interesses público e privado em presença e a gravidade do vício do contrato em causa.*

Novo número aditado – A possibilidade de afastar o efeito anulatório caso a redução ou conversão não se mostrem viáveis não se encontra prevista na versão em vigor do artigo 285.º. Com este aditamento, fica claro que também nestes casos poderá ser afastado aquele efeito por decisão judicial, qualquer que seja o contrato público em causa. Apesar de já o artigo 283.º, n.º 4, contemplar a possibilidade deste efeito ser afastado por decisão judicial, importa notar que o regime aqui consagrado para as hipóteses de frustração da redução ou conversão do contrato é mais restritivo. Apenas é admitido o afastamento se o efeito anulatório se revelar desproporcionado ou contrário à boa fé, não incluindo a alternativa que consta do artigo 283.º - “ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjectiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial”; e só por decisão judicial, não arbitral.

#### **IV. Alterações nos contratos interadministrativos**

##### **1. Artigo 338.º - Contratos entre contraentes públicos**

n.º 1 – *A Parte III do presente Código é aplicável aos contratos celebrados entre contraentes públicos, sem prejuízo das necessárias adaptações quando os mesmos sejam celebrados num plano de igualdade jurídica, designadamente no que respeita ao exercício dos poderes de conformação da relação contratual.*

A norma passa a estar redigida no sentido da aplicação da Parte III, “regime substantivo dos contratos administrativos”, aos contratos entre contraentes públicos, diretamente e sem prejuízo das necessárias adaptações caso sejam celebrados num plano de igualdade jurídica, enquanto na redação em vigor se estabelece que as disposições da Parte III não lhes são diretamente aplicáveis. É eliminada a referência a uma “óptica de harmonização do desempenho das respectivas atribuições”, no âmbito dos contratos celebrados num plano de igualdade jurídica.

Na versão em vigor do artigo 338.º, em concreto, no n.º 2 (que agora é absorvido pelo n.º 1), já se admite a aplicação destas disposições mas tão só aos contratos celebrados entre contraentes públicos pelos quais um deles se submetesse ao exercício de poderes de autoridade pelo outro, ou seja, fora de uma lógica de igualdade jurídica. Neste momento, o n.º 1 estabelece como regra a aplicação das disposições da Parte III a todos os contratos celebrados entre contraentes públicos, quer nos casos em que estes se apresentem num plano de igualdade jurídica ou não. Assim sendo, também os contratos de exercício de poderes de autoridade continuam abrangidos, sem no entanto serem autonomamente referenciados. O exemplo de adaptação que deverá ser feita no que respeita ao exercício dos poderes de conformação da relação contratual compreende-se na medida em que, num plano de igualdade jurídica, não poderão permanecer nos mesmos termos em que estão consagrados no CCP os poderes de conformação de que, em regra, beneficiam os contraentes públicos, designadamente no que concerne a poderes de direção e fiscalização.

*n.º 2 – O disposto na parte final do artigo anterior não afasta a possibilidade de qualquer um dos contraentes públicos exercer o poder de resolução unilateral do contrato por razões de interesse público.*

Nova redação deste número – A referência ao artigo anterior parece trata-se de um lapso, querendo, ao invés, dizer número anterior. Com esta alteração, o legislador salvaguarda o poder de resolução unilateral do contrato por razões de interesse público a qualquer um dos contraentes públicos, colocando-os aparentemente em situação igualitária, no sentido em que estão munidos, à partida, das mesmas prerrogativas. Poderá ter tido em vista assegurar que os contraentes públicos, ainda que no âmbito de uma relação interadministrativa, mantenham na sua esfera de competências a possibilidade de se desvincularem de um contrato que eventualmente deixe de ser o melhor/mais adequado para o interesse público, numa lógica de irrenunciabilidade e inalienabilidade (artigo 36.º CPA) da competência, no sentido de procura da melhor forma de acautelar o interesse público.

Não obstante, parece-nos que o legislador deveria ter explicitado de que forma poderão ser compatibilizados estes poderes em termos práticos. Na verdade, confrontando o regime da resolução unilateral por razões de interesse público (artigo 334.º), a qual deverá ser devidamente fundamentada, antecipamos algumas questões relacionadas, em primeira linha, com o entendimento de cada um dos contraentes sobre as razões de interesse público suscetíveis de legitimarem a resolução, e por outro lado, se não poderão ser invocadas também razões de interesse público para obstar à resolução e propugnar pela manutenção do contrato e como, neste caso, se estabeleceriam preferências. Colocamos também a questão/dúvida sobre os motivos que terão levado o legislador a optar por reconhecer aos contraentes públicos o poder de resolução unilateral e não também o de modificação unilateral do contrato por razões de interesse público.

**V. Regime das concessões:**

*Artigo 31.º - Escolha do procedimento em função do tipo de contrato*

n.º 1 – *Sem prejuízo do disposto no artigo 24.º e 30.º-A, para a formação de contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos, bem como de contratos de sociedade, deve ser adotado, em alternativa, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação ou o diálogo concorrencial.*

[artigo 30.º-A – parceria para a inovação]

Corresponde ao n.º 1 em vigor, com a possibilidade de escolha do procedimento de diálogo concorrencial, que não consta da versão atual.

n.º 4 – *Caso o valor do contrato de concessão de obra ou serviço público seja inferior a € 75.000,00 e a sua duração seja inferior a um ano, podem ser utilizados os procedimentos de consulta pública ou ajuste direto.*

Novo número aditado - Uma vez que se manteve o n.º 3 sem alteração, o n.º 4 deve ser lido em conjugação com o anterior, na medida em que resulta daquele que o ajuste direto pode ser adotado para a formação de contratos de concessão de serviços públicos, quando razões de interesse público relevante o justifiquem. Assim, apenas nesses casos, e em que o valor do contrato não ultrapasse o montante indicado e a sua duração seja inferior a um ano, poderá ser adotado o ajuste direto para uma concessão de serviço público.

*Artigo 34.º - Anúncio de pré-informação*

n.º 1, alínea b) – *As entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º enviam para publicação no Jornal Oficial da União Europeia um anúncio de pré-informação (...) no qual indiquem:*

*b) No caso de contratos de empreitada ou concessão de obras públicas ou concessão de serviço público, as respetivas características essenciais, quando o preço ou valor contratual estimado de todos os contratos a celebrar durante os 12 meses seguintes seja igual ou superior ao limiar aplicável nos termos do artigo 474.º.*

Com as alterações introduzidas, as concessões de obras públicas e de serviço público passam a estar sujeitas a anúncio de pré-informação.

*Artigo 78.º - Anúncio da adjudicação*

n.º 6 – *No caso de se tratar da adjudicação de contratos de concessão, devem ainda ser publicados os anúncios conforme os modelos aplicáveis referidos nos artigos 32.º e 33.º da Diretiva n.º 2014/23/EU, do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.*

Novo n.º 6 – Prevê-se agora a publicação da adjudicação de contratos de concessão, em consonância com o regime previsto na Diretiva Concessões.

Artigo 149.º - Fase de negociação das propostas

n.º 1 – Esclarece-se que é admitida a adoção de uma fase de negociação das propostas na formação de contratos de concessão de obras públicas ou de serviços, independentemente do valor do contrato.

Artigo 174.º - *Prazos mínimos para a apresentação das candidaturas em concursos limitados por prévia qualificação com publicidade internacional*

n.º 1 – A fixação de um prazo mínimo de 30 dias para a apresentação de candidaturas já não exceciona os contratos de concessão de obras públicas que, na versão em vigor, beneficiavam de um prazo mínimo mais alargado.

Artigo 410.º - *Prazo (Concessão de obras públicas e de serviços públicos)*

n.º 2 – *Na falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é de 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista, sem prejuízo de lei especial que fixe prazo supletivo diferente, ou prazo máximo.*

Foi aditada esta parte final ao n.º 2, admitindo-se a fixação de prazo diferente em lei especial ou que fixe um prazo máximo.

Artigo 413.º - Partilha de riscos

n.º 1 – *O contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência para o concessionário do risco de exploração dessas obras ou serviços, que se traduz no risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos.*

Com a alteração introduzida, explicita-se que risco está em causa, como aquele que se traduz no risco ligado à procura e ou à oferta.

n.º 2 – *Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se que o concessionário assume o risco de exploração quando:*

a) *Em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão;*

b) *A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais por ele incorridas não sejam meramente nominais ou insignificantes.*

Novo número aditado – Vem concretizar o n.º 1, quando se considera que o concessionário assume o risco da exploração. Não se esclarece se estão em causa indícios cumulativos, ainda que relacionados entre si, parecendo possível sustentar a sua autonomia.

Artigo 410.º-A – *Valor do contrato de concessão*

Novo artigo aditado

n.º 1 - *O valor de um contrato de concessão corresponde ao total do volume de negócios do concessionário gerado ao longo da duração do contrato, sem IVA, conforme estipulado no contrato, em contrapartida das obras e dos serviços que foram objeto da concessão, bem como dos fornecimentos relacionados com tais obras e serviços.*

n.º 2 - *O valor do contrato deve ter em conta, nomeadamente, o seguinte:*

- a) O valor de qualquer tipo de opção e eventuais prorrogações da duração da concessão;*
- b) As receitas provenientes do pagamento de taxas pelos utilizadores das obras ou dos serviços distintas das cobradas em nome da entidade adjudicante;*
- c) Os pagamentos ou qualquer vantagem financeira, independentemente da forma, que a entidade adjudicante ou qualquer outra autoridade pública proporcione ao concessionário, incluindo a compensação pelo cumprimento de uma obrigação de serviço público e os subsídios ao investimento público;*
- d) O valor das subvenções ou de quaisquer outras vantagens financeiras, independentemente da forma, provenientes de terceiros pela execução da concessão;*
- e) A receita da venda de ativos que façam parte do estabelecimento da concessão;*
- f) O valor de todos os fornecimentos e serviços postos à disposição do concessionário pelas entidades adjudicantes, desde que sejam necessários à execução das obras ou à prestação dos serviços;*
- g) Os prémios ou pagamentos a candidatos ou proponentes.*

[Este artigo corresponde ao disposto no n.º 2 parágrafo 2.º e n.º 3 do artigo 8.º da Diretiva Concessões]

#### Artigo 420.º-A – *Modificações ao contrato*

Novo artigo aditado

n.º 1 - *O concedente apenas pode ampliar a quantidade de obras ou serviços abrangidos pelo contrato, com fundamento em circunstâncias não previstas, se:*

- a) As mesmas não puderem ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves ou que impliquem um aumento considerável de custos para concedente;*
- b) O valor dessas obras ou serviços não exceder 10% do valor do contrato.*

n.º 2 - *Quando a modificação do contrato se fundar em circunstâncias imprevisíveis, o valor da modificação não pode ultrapassar 25% do valor do contrato.*

O regime para a modificação dos contratos de concessão, agora especificamente previsto, aproxima-se do regime de trabalhos complementares, estabelecendo a distinção entre a hipótese de circunstâncias não previstas (cfr. artigo 370.º, n.º 2, alterado) e circunstâncias imprevisíveis (cfr. artigo 370.º, n.º 4, alterado). Quanto a esta última hipótese, a percentagem do valor do contrato a considerar é de 25%, no caso da modificação destes contratos.

[regime não coincidente com o previsto no artigo 43.º da Diretiva Concessões].

A nossa análise vai-se focar na introdução das novas normas referentes à governança e nas alterações propostas ao regime contraordenacional do CCP, abordando a relevância e pertinência das mesmas.

### **1. Alteração sistemática da parte IV**

Deve, desde logo, notar-se a opção do legislador em alargar o âmbito do Parte IV do CCP. Na verdade, no título da referida Parte, deixou de se ler “*Regime contra-ordenacional*” e passou, agora, a ler-se “*Governança e regime contraordenacional*”.

Ora, esta opção do legislador não é inocente e pretende espelhar no Código aquela que é a vontade do legislador europeu.

Desta forma, a Parte IV do Código integra, agora, um novo Capítulo respeitante à governança dos contratos públicos, passando a estar dividida e organizada em dois Capítulos: *Governança dos Contratos Públicos* (Capítulo I) e *Regime Contraordenacional* (Capítulo II).

A governança, de acordo com a Directiva 2014/24/EU, visa garantir uma execução eficaz e correta, pelo que compete aos Estado-Membros assegurarem, através de autoridades, organismos ou estruturas competentes, o acompanhamento da aplicação das regras de contratação pública.

Neste sentido, constitui exigência da referida Directiva (cf. artigo 83.º n.º 5) que os Estados-Membros designem “*um ponto de referência para a cooperação com a Comissão no que diz respeito à aplicação da legislação relativa à contratação pública.*”.

- 3. Novo artigo 454.º-A do CCP** - “*Acompanhamento e monitorização dos contratos públicos*” – Pelo que acima se expôs, o legislador criou este artigo com o objetivo de designar, tendo em conta as exigências da Diretiva n.º 2014/24/EU, o organismo responsável pela regulação dos contratos públicos e que será o ponto de referência para a cooperação com a Comissão Europeia em matéria de contratação pública: o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (doravante, “IMPIC, I.P.”).
- 4. Novo artigo 454.º-B do CCP** – “*Auditoria e fiscalização dos contratos públicos*” – Neste novo artigo, o legislador vem dizer que “*A auditoria e a fiscalização dos contratos públicos compete ao Tribunal de Contas, à Inspeção-Geral de Finanças e às entidades com competência de inspeção e controlo interno, nos termos previstos em legislação própria.*”.

Com esta estatuição o legislador obedece à necessidade de se ir gizando um verdadeiro *direito administrativo em rede* e à necessidade, cada vez mais premente, de economicização do direito administrativo e racionalização da despesa pública. Desta forma, imbuído pelo espírito de que uma boa administração surge associada à *good governance*, o legislador criou um preceito, no qual o *princípio da eficiência* surge associado à tomada de decisões e no qual é patente a opção de se aderir a um controlo judicial, não, apenas, de legalidade, mas, também, de resultados, numa lógica de boa administração e de tomada de decisões baseada em resultados - *indicators*. E é, precisamente, nestes *indicators* que cabem ainda dentro do conceito da *governance*, que esta funda a sua credibilidade - *accountability e liability* -, e que as possíveis atuações futuras se baseiam.

- 5. Novo artigo 454.º-C do CCP – “Dever de colaboração com outras autoridades”** - Neste novo artigo, o legislador estabelece o dever de colaboração das entidades adjudicantes e do IMPIC, I.P. com outras autoridades, que devem “*prestar prontamente a colaboração requerida pelo Ministério Público, pela Autoridade da Concorrência e pelas entidades de auditoria e fiscalização, para o desempenho da respetiva missão, nomeadamente garantindo o acesso direto às bases de dados de informações de contratos públicos e apresentando os documentos ou registos solicitados*” (cf. n.º 1 deste artigo), sendo que essa informação só pode ser utilizada no âmbito das competências das referidas autoridades (cf. n.º 2 deste artigo).

Esta novidade é, quanto a nós, um aspeto muito positivo deste anteprojecto. Este artigo vem introduzir um dever de *colaboração interadministrativa*, como forma de, por um lado, assegurar a unidade de atuação da Administração e, por outro, de tornar mais eficaz o exercício das competências de cada entidade e, com isso, contribuir para o êxito de competências alheias, ainda que almejando sempre, numa lógica também de cooperação, a produção de um resultado comum.

O legislador vem, desta forma, perspetivar, o direito administrativo, como um todo, um sistema que se orienta, também e cada vez mais, por princípios gerais e não, apenas, por normas prescritivas.

Atentemos, agora, nas alterações que o legislador vem propor ao regime contraordenacional.

### **Regime contraordenacional**

- 6. Quanto ao artigo 455.º - “Restrição do âmbito de aplicação”** – o legislador reformulou o n.º 1 do artigo, relativo aos casos em que “*o objeto do contrato a celebrar ou celebrado abranja prestações*

*típicas do contrato de empreitada de obras públicas, incluindo aquelas realizadas ou a realizar no âmbito de concessões”, retirando a última parte do preceito (“não sendo aplicável o disposto nos artigos seguintes, salvo remissão expressa consagrada no referido decreto-lei”).*

Com esta alteração, a norma perdeu a parte que ressalvava a possibilidade de se aplicar o regime deste Código, no caso de o diploma que se aplica nestas situações remeter expressamente para o CCP (coisa que, no momento, a Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, não faz).

Por outro lado, o legislador alterou, também, como não podia deixar de ser, a remissão que fazia para o diploma que estabelece o regime jurídico aplicável nestas situações, passando a fazer referência à Lei n.º 41/2015, de 3 de junho que revogou o Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro.

Não podemos deixar de tecer um comentário relativamente a esta alteração.

Numa primeira leitura, podemos admitir que esta alteração foi verdadeiramente cirúrgica e que não veio fazer uma alteração substancial ao diploma, pelo que resulta claro que nestes casos se aplica, sem mais, a Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.

No entanto, se tivermos em consideração o enquadramento do regime anterior, a “componente histórica” da norma, então já somos obrigados a admitir que esta proposta poderá dar azo a diferentes interpretações e induzir, de certa forma, a que não se exclua uma aplicação das normas do CCP. Vejamos.

A alteração feita pelo legislador, não fazendo nenhuma menção a uma possível aplicação do CCP, e tendo em conta que o intérprete tem presente a redação anterior da norma, pode levar à seguinte interpretação: a aplicação do “*disposto nos artigos seguintes*” não está totalmente excluída e, como consequência, fará parte do “arbitrio” da autoridade administrativa que deteta as infrações e as sanciona a escolha do regime a aplicar ou, pelo menos, das normas a aplicar de um e outro regime.

Contudo, e ainda que se considere que a dúvida que acima se colocou é meramente especulativa e desprovida de sentido, cremos que a alteração - que mais à frente analisaremos - do artigo 460.º do CCP, acrescida ao facto de a norma que agora estamos a analisar ter perdido a sua última parte, pode conduzir a uma outra questão, que se colocará com maior acuidade.

Tendo o legislador optado por deixar de prever no CCP sanções acessórias, isto pode significar que deixou uma “porta aberta” para que, num qualquer momento em que venha(m), eventualmente, a ser criada(s) uma ou várias sanções acessórias, surja a dúvida de se saber se essas sanções se aplicam, também, às situações mencionadas na norma em apreço. Desta forma, ou existem situações na Lei n.º 41/2015 de 3 de junho que excluem a aplicação de qualquer norma do regime sancionatório do CCP

ou, se o legislador, entretanto, criar um artigo que preveja uma sanção acessória, sendo esta uma *sanção acessória administrativa geral*, nada impede que esta sanção se aplique, também, aos casos previstos na norma 455.º n.º 1 do CCP.

Ora, estas dúvidas interpretativas não deviam ocorrer, principalmente, na temática em que aqui nos movemos, a das contra-ordenações, pelo que caberá ao legislador rever a redação desta norma acautelando as dúvidas acima expostas.

Já no n.º 2 deste artigo, o legislador fez também as adaptações que se mostravam necessárias ao novo cenário, alterando a entidade à qual as entidades adjudicantes, os donos de obra ou os concessionários devem participar, *“logo que tome[m] conhecimento da sua ocorrência, quaisquer factos suscetíveis de constituírem contraordenações previstas na lei referida no número anterior e na demais legislação, especificamente aplicável à atividade de construção”* - ao IMPIC, I. P..

- 7. Quanto ao artigo 456.º** - *“Contra-ordenações muito graves”* – o legislador manteve a referência aos valores das coimas aplicáveis, passando essa previsão a estar presente no n.º 1 do artigo e já não no seu prómio, assim como manteve inalteradas as alíneas a), b), c), d) e e) (nesta apenas acrescentou sinais de pontuação) do n.º 1 deste artigo. No entanto, veio prever outras duas contra-ordenações, introduzindo, para tal, duas novas alíneas. São elas as alíneas f) e g) em que *“O incumprimento contratual que tenha dado origem, em dois contratos diferentes, nos dois últimos anos, à aplicação de multas que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 329.º”* e em que *“O incumprimento contratual que seja objeto de duas resoluções sancionatórias nos dois últimos anos com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 333.º, em qualquer das situações das alíneas b) a g) do n.º 1 do artigo 405.º e as constantes do artigo 423.º”*, respetivamente.

Com a introdução destas “duas novas contra-ordenações”, às quais, aliás, apenas se aplica a sanção de proibição de participação, uma vez que as multas ou a resolução sancionatória já lhes foi previamente aplicada, o legislador introduziu um *“plus”* ao regime sancionatório, demonstrando que o incumprimento contratual, ainda que diga respeito a um período anterior de dois anos, tem repercussões futuras. O cometimento das infrações previstas nas, agora, alíneas f) e g) não origina, apenas, a aplicação “momentânea” das multas ou das resoluções sancionatórias, mas torna-se, também, num factor impeditivo da participação *“como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adotado para a formação de contratos públicos”* nos dois anos subsequentes ao cometimento da infração. O regime está, por isso, mais rigoroso e exigente e esta alteração vem, precisamente, comprová-lo.

Contudo, e ainda que se deva aplaudir a introdução destas disposições no Código dos Contratos Públicos, julgamos que o legislador andou mal ao enquadrá-las na previsão do n.º 1 do referido artigo, na medida em que as consequências que se retiram das mesmas são distintas das demais. Ora, se às duas novas contra-ordenações – as previstas nas alíneas f) e g) - não se aplicam as coimas previstas no n.º 1 do artigo, então porque as inseriu o legislador nesse número?

Não só não se compreende esta “mistura”, como se depreende da leitura da norma que, ao fazê-lo, ou seja, ao prever estes dois novos ilícitos no n.º 1, e por estes terem um “objectivo e princípio subjacente” diferentes dos demais, o legislador viu-se obrigado, também, a ter de diferenciar as consequências aplicáveis a uns e outros. Pois, se às contra-ordenações previstas das alíneas a) a e) são aplicáveis coimas de € 2 000 a € 3 700 ou de € 7 500 a € 44 800, consoante sejam aplicadas a pessoa singular ou a pessoa coletiva (cf. n.º 2 do artigo), já as “duas novas contra-ordenações” introduzidas na lei são apenas puníveis com a sanção prevista no artigo 460.º, ou seja, com a sanção de proibição de participação (cf. n.º 3 do artigo).

É, precisamente, pelo que acima se expôs que não se compreende a opção do legislador no n.º 1 deste artigo, ademais, e como se retira do n.º 3 do mesmo, estas duas contra-ordenações “*são apenas puníveis com a sanção prevista no artigo 460.º*”, ao invés das alíneas a) a e) que são efetivamente puníveis com coimas dentro dos limites previstos no n.º 2.

Em razão do exposto, entendemos que o legislador poderia e deveria ter criado um número autónomo para estas duas infrações ou pelo menos dar-lhes um outro enquadramento, não apenas pela natureza indiscutivelmente distinta da sua *ratio*, mas, principalmente, porque o facto de não lhes serem aplicáveis as coimas previstas no número 1 (no qual estão, agora, inseridas) não resulta claro da leitura do mesmo. Pelo contrário, a introdução destas duas infrações neste número do artigo torna a sua leitura confusa e, em certos momentos, admite-se, geradora de interpretações desconformes, - sem prejuízo, claro está, de o legislador ainda estar em tempo de rever tal entendimento.

8. **Quanto ao artigo 457.º** - “*Contra-ordenações graves*” – deve, apenas, dizer-se que este artigo se manteve inalterado.
9. **Quanto ao artigo 458.º** - “*Contra-ordenações simples*” – *idem*.
10. **Quanto ao artigo 459.º** - “*Tentativa e negligência*” – *idem*.
11. **Quanto ao artigo 460.º** - “*Sanção de proibição de participação*” – primeiro deve notar-se a mudança que se operou na epígrafe deste artigo: onde, antes, se lia “*sanção acessória*”, passou, agora, a ler-se

“*sanção de proibição de participação*”. Depois, que a alteração que se deu no n.º 1 deste artigo está em direta ligação com a mudança que acima assinalámos. Vejamos.

De facto, o legislador ao retirar do artigo a expressão “*acessória*” quis, precisamente, vir alterar a natureza desta sanção. Ainda que, em certos casos, uma sanção acessória possa ser aplicada desacompanhada de uma coima<sup>23</sup>, neste caso, o legislador, em vez de ter feito uma previsão desse tipo e de ter mantido a expressão “*sanção acessória*”, optou por lhe retirar o seu carácter de acessoriedade.

Desta forma, no n.º 1, onde se lia “*Em simultâneo com a coima, pode ser aplicada a sanção acessória de privação do direito de participar...*”, lê-se, agora, que “*Pode ser aplicada ao infrator a sanção de proibição de participar ...*”.

Ora, com esta opção legislativa temos que esta sanção se aplica independentemente de as coimas previstas na lei virem ou não a ser aplicadas, passando a ser uma sanção de aplicação autónoma.

Por fim, não podemos deixar de fazer um último reparo, ainda que possa parecer mero preciosismo da nossa parte. O legislador poderia ter sido coerente e usar a mesma terminologia/expressão na epígrafe do artigo e no corpo da norma. Assim, ou usava sempre a expressão “*Sanção de proibição de participação*” ou a expressão “*sanção de proibição de participar*”.

O n.º 2 do artigo acompanha a opção do legislador e, apenas, sofre uma alteração de *nomen*, onde se lia “*sanção acessória*” lê-se, agora, “*sanção*”.

**12. Quanto ao artigo 461.º** - “*Competência para o processo de contra-ordenação*” – a alteração que nele se deu mostrava-se, também, necessária face às alterações que temos vindo a assinalar. A instauração (não fazendo agora a lei referência, também, ao arquivamento) dos processos de contraordenação já não caberá ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P. nem à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, mas sim, ao IMPIC, I. P. (cf. n.º 1 do artigo).

Consequentemente, os n.ºs 2 e 3 deste artigo também sofreram uma pequena mudança. A aplicação de coimas e sanções passa agora a caber ao presidente do conselho diretivo do IMPIC, I. P., pelo que as entidades adjudicantes passam a ter o dever de participar ao IMPIC, I. P. quaisquer factos suscetíveis de constituírem contra-ordenações (cf. n.º 3).

**13. Quanto ao artigo 462.º** - “*Cobrança das coimas*” – sofreu uma alteração, igualmente, necessária para a coerência do diploma, uma vez que o organismo responsável pela regulação dos contratos públicos mudou. Desta forma, o produto das coimas fica, agora, dividido da seguinte maneira: mantiveram-se os

---

<sup>23</sup> Cf. Artigo 12, n.º 1 d Decreto-Lei n.º 494/91, de 28 de Dezembro.

60% que revertem para os cofres do Estado e os 10% que revertem para as entidades adjudicantes que tenham participado os factos que determinam a aplicação da coima, sendo que os restantes 30% do produto das coimas passam a reverter para o IMPIC, I. P..

Já o n.º 2 deste artigo manteve-se inalterado.

**14. Quanto ao artigo 463.º** - “*Publicidade da sanção*” – também não sofreu alterações de maior, a não ser o facto de ter sido alterada, por uma questão de coerência, a expressão “*sanção acessória*” por “*sanção*”.

**15. Quanto ao artigo 464.º** - “*Responsabilidade criminal*” – sofreu, mais uma vez, as alterações necessárias para a harmonia do Código, pelo que se deixou de chamar “*sanção acessória*” à sanção prevista no artigo 460.º. Por outro lado, o legislador optou por retirar a menção expressa que fazia à norma do Código Penal, referindo, apenas, que o desrespeito da sanção de proibição de participação constitui “*crime de desobediência nos termos do Código Penal*”.

1. Os três fundamentos da revisão projetada: em especial, alterações na sequência e em consequência da entrada em vigor do CPA (*dever ou incumbência de legislar*).
2. A natureza bicéfala do contrato administrativo e as fontes de regulamentação: artigos 57.º, 77.º, n.º 4, 98.º, n.º 2, 127.º e 200.º a 202.º do CPA; artigos 1.º, n.º 6, *b*), 287.º, n.º 1, 336.º e 337.º, do CCP.
3. O sentido e o alcance da expressão, repetidamente utilizada pelo CCP, de “contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”.
4. Interesse prático e vantagens do recurso a este tipo de contratação administrativa.
5. Equívocos em torno da determinabilidade e precisão do regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos:
  - 5.1. 1.º Equívoco: a existência de um regime dos “contratos administrativos em geral”, aparentemente unitário e que consta do Título I da Parte III do CCP;
  - 5.2. 2.º Equívoco: o problema da determinação da fonte. Conflitos normativos entre o CCP e o CPA – cfr. os artigos 202.º do CPA e 6.º, n.º 3 do CCP – “*conflito negativo*”;
  - 5.3. 3.º Equívoco: a ausência de articulação do CCP com o “regime comum do procedimento administrativo” previsto no Título I da Parte III do CPA – “*lacuna de regulamentação*”;
  - 5.4. 4.º Equívoco: ambiguidade e incerteza ao nível da submissão dos contratos sobre o exercício de poderes públicos à Parte II do CCP;
  - 5.5. 5.º Equívoco: a submissão de todos os contratos sobre o exercício de poderes públicos a um regime jurídico uniforme, sem distinguir e explicitar o regime dos contratos substitutivos e dos contratos obrigacionais;
  - 5.6. 6.º Equívoco: a suficiência e a clareza do regime substantivo – exemplos;
6. Regime processual: no âmbito da ação administrativa, o pedido de “condenação à prática de atos administrativos devidos, nos termos de vínculo contratualmente assumido” [art. 37.º/1, *b*), do CPTA] e os pedidos relativos à “interpretação, validade ou execução de contratos” [arts. 77.º-A e 77.º-B do CPTA].
7. A contratualização da atividade administrativa procedimental figurava como uma das grandes linhas da reforma da lei do procedimento administrativo: em face do teor do Anteprojeto do CCP, perde-se uma grande oportunidade para aperfeiçoar a regulamentação em vigor (*better regulation*) ou verifica-se mesmo a omissão de um *dever ou incumbência de legislar* naquela matéria.