



## **Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo**

---

**Miguel Lucas Pires**



# **Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo**

Miguel Lucas Pires



TÍTULO

Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo

AUTOR(ES)

LUCAS PIRES, Miguel

IMAGEM DA CAPA

Coimbra Editora

COMPOSIÇÃO  
GRÁFICA

Ana Paula Silva

EDIÇÃO

CEDIPRE  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL  
Tel. | Fax: +351 239 836 309  
E-mail: cedipre@fd.uc.pt

PARA CITAR  
ESTE ESTUDO

LUCAS PIRES, Miguel, "Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo", *Publicações CEDIPRE Online* - 3, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Novembro de 2010

Coimbra  
Novembro | 2010

## **ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA DAS ENTIDADES A CONVIDAR PARA PARTICIPAÇÃO NO PROCEDIMENTO DE AJUSTE DIRECTO**

1. Conteúdo da proibição legal 2. Âmbito de aplicação da proibição 2.1 Âmbito temporal 2.2 Momento em que opera a proibição 2.3 Ajustes directos abrangidos pela proibição 2.4 Contratos abarcados pela proibição 2.5 Os ajustes directos simplificados 3. Possíveis vias para contornar a proibição 3.1 Sociedades em relação de grupo ou de domínio 3.2 Entidades que prestem serviços ou forneçam bens não idênticos ou semelhantes 3.3. Recurso mais frequente aos acordos quadro adoptados com base em critérios materiais 3.4 Celebração de acordos-quadro 3.5 As entidades do art.º 2.º, n.º 2, do Código 3.6 Agrupamentos de concorrentes

### **1. Conteúdo da proibição legal**

À primeira vista, parece decorrer do regime do Código dos Contratos Públicos<sup>1</sup>, em especial do art.º 114.º, n.º 1, que, sendo adoptado o procedimento de ajuste

---

<sup>1</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro e pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril. Importa referir que, já depois da entrada em vigor do Código (29 de Julho de 2008 – cfr. art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 18/2008), diversas foram as normas que, nos mais diversos domínios, vieram excepcionar, em maior ou menor medida, a aplicação do mesmo. No que especificamente respeita ao procedimento de ajuste directo, merece referência o Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro (cuja vigência foi prorrogada, até 31 de Dezembro de 2010, pelo Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril), do qual decorre a possibilidade de recurso ao ajuste directo para a contratação de bens e serviços até ao valor de €206 000 - nos sectores da modernização do parque escolar e da melhoria da eficiência energética dos edifícios públicos - e de empreitadas até ao valor de €5 150 00 - para modernização do parque escolar - e de €2 000 000 - para a melhoria da eficiência energética (cfr. art.ºs 1.º, n.ºs 1 e 2 e 5.º), regime este que vigorará, se entretanto a sua vigência não for

directo, a entidade adjudicante goza da liberdade, não apenas de escolher o número de participantes neste procedimento, mas igualmente a identidade desses mesmos participantes.

Todavia, nos termos conjugados dos art.ºs 19.º, alínea a), 20.º, n.º 1, alínea a), 21.º, n.º 1, alínea a) e 113.º, n.º 2, todos do Código e do art.º único da Portaria n.º 701-C/2008, de 31 de Julho, as entidades adjudicantes não podem convidar a apresentar propostas, num procedimento de ajuste directo, entidades às quais tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de ajuste directo adoptado em função do valor, propostas de celebração de contratos cujo objecto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar, quando o preço contratual acumulado for superior aos montantes que legitimam o recurso ao ajuste directo com base no critério do valor (que, grosso modo, se situam nos €75 000 para os contratos de locação e aquisição de bens e aquisição de serviços<sup>2</sup> e nos €150 000 para os contratos de empreitada de obras públicas).<sup>3</sup>

Idêntica proibição vigorava, na versão originária do Código, para entidades que tivessem executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores (art.º 113.º, n.º 5, do Código).

Todavia, a nova redacção deste preceito, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, veio excluir do âmbito da proibição os casos em que as

---

prorrogada, para os ajustes directos cuja decisão de contratar seja tomada até 31 de Dezembro de 2009 (art.º 11.º, n.º 2). Para além disso e com um carácter mais geral, diversos diplomas excluem a aplicação do Código, entre os quais, sem pretensão de exaustividade, podemos enumerar: a Resolução da Assembleia República n.º 22/2009, de 26 de Março (ao determinar que a reabilitação da sala do senado do palácio de São Bento se fará por ajuste directo), o Decreto-Lei n.º 43/2009, de 13 de Fevereiro (relativo às contratações efectuadas pela Comissão de Comemoração do Centenário da Implantação da República – vide, em particular, o art.º 18.º), o Decreto-Lei n.º 31/2009, de 4 de Fevereiro (que criou um regime excepcional para as Unidades de Saúde Familiar) e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 195/2008, de 16 de Dezembro (respeitante à construção da prisão de Elvas). Ressalta desta lista, por um lado, criação de diversas brechas na regulamentação supostamente unitária da contratação pública (facto tanto mais surpreendente por surgir muito pouco tempo após a aprovação do Código) e, por outro, a ausência de um critério objectivo que permita perceber qual o motivo que subjaz, nestes casos, à derrogação do regime geral da contratação pública.

<sup>2</sup> Tratando-se, porém, de contratos de aquisição de planos, de projectos ou de criações conceptuais nos domínios da arquitectura ou da engenharia, a escolha do ajuste directo, pelas entidades adjudicantes referidas no art.º 2.º, n.º 1, do Código só permite a celebração de contratos de valor inferior a €25 000.

<sup>3</sup> O limite dos €100 000 referido no art.º 21.º, n.º 1, alínea a), vale para os contratos de sociedade e de concessão de serviços públicos (mas não para os contratos de concessão de obras públicas, para celebração do qual é ilegítimo recorrer ao ajuste directo) que, porém, apenas podem ser celebrados na sequência de um procedimento de ajuste directo quando razões relevantes de interesse público o justifiquem (cfr. art.º 31.º).

obras, os serviços ou os bens móveis tenham sido executados ou fornecidos ao abrigo do Estatuto do Mecenato.<sup>4</sup>

O objectivo da proibição é o de, na defesa das regras da concorrência, condicionar sensivelmente o recurso ao ajuste directo e a contratação com as mesmas entidades adjudicatárias<sup>5</sup> e, descrita nos termos acabados de expor, parece possuir um alcance extremamente vasto.

Conforme decorre do conteúdo da proibição, a mesma visa as entidades adjudicantes e não as adjudicatárias, isto é, a responsabilidade pela observância desta limitação cabe aos contraentes públicos e não aos fornecedores de bens ou prestadores de serviços privados que com aqueles venham a contratar.

Todavia, não descurando a amplitude da proibição, a sua abrangência não se afigura tão desmesurada como à primeira vista possa parecer, porquanto importa considerar vários aspectos que concorrem para a delimitação da interdição legal.

## **2. Âmbito de aplicação da proibição**

### **2.1 Âmbito temporal**

Desde logo e por força do art.º 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/08, de 29 de Janeiro (que aprovou o Código), o novo regime (e, em concreto, a aludida restrição) apenas se aplica aos procedimentos de formação de contratos (ajustes directos incluídos) iniciados após a sua entrada em vigor.

Ou seja, para o cômputo do valor dos €75 000 ou dos €100 000 apenas contam os contratos celebrados por ajuste directo cujo procedimento de contratação tenha sido iniciado<sup>6</sup> depois de 29 de Julho de 2008, data da entrada em vigor do Código (cfr. art.º 18.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/08, de 29 de Janeiro).

Noutros termos, a proibição não se aplicará aos ajustes directos cujo procedimento tenha sido iniciado antes de 29 de Julho de 2008.

---

<sup>4</sup> O Estatuto do Mecenato foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99, de 16 de Março, tendo sido alterado pela Lei n.º 26/04, de 8 de Julho (que aprovou o regime do Mecenato Científico) e por diversas Leis do Orçamento de Estado.

<sup>5</sup> Este desiderato é ainda alcançado através da publicitação obrigatória, no portal dedicado aos contratos públicos, da celebração de quaisquer contratos na sequência de um ajuste directo, a qual constitui condição de eficácia do contrato, designadamente para efeitos de quaisquer pagamentos (art.º 127.º, n.ºs 1 e 2). Deste modo, qualquer entidade interessada poderá consultar as contratações efectuadas por uma entidade adjudicante e, designadamente, verificar se um potencial concorrente já está sob a alçada da proibição.

<sup>6</sup> Nos termos do art.º 36.º, n.º 1, do Código, entende-se que o procedimento de formação de qualquer contrato se inicia com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesas inerente ao contrato a celebrar.

Nesta conformidade, uma entidade adjudicante que pretende convidar a participar no procedimento de ajuste directo, no ano de 2010, um sujeito com o qual já tenha celebrado, com base nesse mesmo procedimento, outros contratos, apenas terá que somar o valor das contratações adjudicadas durante o ano de 2010, de 2009 e, relativamente a 2008, apenas terá que considerar aqueles cujo procedimento de contratação tenha sido iniciado após 29 de Julho de 2008 (independentemente da data em que se verificou a adjudicação).

## 2.2 Momento em que opera a proibição

Em segundo lugar, cumpre registar que o momento em que opera a proibição é, de acordo com o texto da lei, o do envio do convite para participação no ajuste directo.<sup>7</sup>

Com efeito, letra da lei não levanta, a este propósito, quaisquer dúvidas, o que se coaduna com a sua *ratio*, qual seja a de evitar o envio do convite - e não tanto a eventual posterior adjudicação – optando por “cortar o mal pela raiz”, sobretudo atendendo à forte probabilidade de o convidado se vir a tornar adjudicatário.

Dito de outro modo, o valor da contratação a efectuar através do procedimento de ajuste directo em curso não se considera para efeitos de funcionamento da proibição legal, contando unicamente o valor das contratações efectuadas até essa data.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Ainda a respeito do convite, importa realçar dois aspectos em que o regime do ajuste directo se afasta do regime aplicável à generalidade dos procedimentos. Antes de mais e ao contrário do que sucede, por exemplo, nos concursos públicos (art.ºs 135.º e 136.º) e nos concursos limitados (art.ºs 190.º e 191.º), no ajuste directo a lei não estabelece prazos mínimos para apresentação das propostas (art.º 115.º, n.º 1, alínea f), *a contrario*), pelo que o único limite a observar na determinação deste prazo é o critério geral vertido no art.º 63.º. Por outro lado, as propostas a apresentar pelas entidades convidadas a participar num ajuste directo não terão necessariamente inseridas numa plataforma electrónica (ao invés do que sucede, em regra, nos restantes procedimentos – cfr. art.º 62.º, n.º 1), uma vez que o art.º 115.º, n.º 1, alínea g), consente que a entidade adjudicante possa, no convite dirigido aos participantes no ajuste directo, determinar outros modos de apresentação das propostas, desde que através de um meio de transmissão escrita e electrónica de dados (v.g., e-mail ou mensagens escritas de telemóvel), mas não em papel (uma vez que o regime transitório que o consentia - criado pelo art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, regulamentando pelo art.º 23.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho e cuja vigência foi prorrogada pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro – já cessou a sua vigência).

<sup>8</sup> A doutrina é unânime quanto a este ponto, como se pode constatar pelas posições convergentes de Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Dente, Código dos Contratos Públicos Comentado, Volume I, Almedina 2009, pág. 347, Jorge Andrade e Silva, Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado, Almedina, 2010, págs. 404 e 405 e Miguel Nogueira de Brito, Ajuste directo, in Estudos de Contratação Pública, Volume II, Coimbra Editora, 2010, pág. 319 e segs..



Exemplificando: se uma determinada autarquia local tiver adjudicado a uma dada empresa, no ano em curso e nos dois anos anteriores, por ajuste directo, contratos de aquisição de serviços no valor de €74 000 e, agora, convidar a mesma entidade para um novo ajuste directo destinado à celebração de um novo contrato no valor de €20 000, €30 000 ou €40 000 não existe qualquer ilegalidade (e, por arrastamento, nenhuma ilegalidade haverá se o contrato vier a ser efectivamente adjudicado a esta empresa).

Deste modo, para aquilatar da ultrapassagem do valor dos €75 000 ter-se-á que, no momento do envio convite, contabilizar as adjudicações efectuadas a cada uma das entidades a convidar no ano em curso e nos dois anos anteriores, circunstância que obrigará as entidades adjudicantes a manter uma lista actualizada de todos os ajustes directos efectuados, das entidades com quem foram celebrados e dos respectivos montantes.<sup>9</sup>

Porém, o acabado de expor não pode servir para contornar a proibição de fraccionamento da despesa em lotes (prática esta fortemente restringida pelo art.º 22.º do Código),<sup>10</sup> de modo a permitir o convite a uma entidade que, não fora o fraccionamento da despesa, não poderia participar no ajuste directo por força da proibição do art.º 113.º, n.º 2.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Lista esta que, aliás, terá que ser publicitada nos termos do já citado art.º 127.º do Código.

<sup>10</sup> No qual se estabelece que, quando ocorra a divisão em lotes de prestações susceptíveis de constituir objecto de um mesmo contrato, apenas poderá recorrer-se ao ajuste directo quando o somatório dos preços base desses diversos contratos seja inferior aos montantes constantes dos art.ºs 19.º, 20.º e 21.º (limites esses que se aplicam igualmente ao caso em que o somatório dos preços contratuais relativos a todos os contratos já celebrados e dos preços base de todos os procedimentos ainda em curso, sempre que a formação desses contratos ocorra ao longo do período de um ano a contar do início do primeiro procedimento) – cfr. art.º 22.º, n.º 1, alíneas a) e b) (vide, no entanto, as excepções contida no n.º 3).

<sup>11</sup> Por exemplo: se uma entidade adjudicante pretende convidar a entidade A a participar num ajuste directo para aquisição de um determinado bem, no valor de €25.000, mas não o pode fazer porque, no ano em curso e nos dois anos anteriores, já havia adjudicado à mesma entidade A bens idênticos no valor de €60.000, não pode dividir aquela despesa de €25.000 em dois contratos, um primeiro no valor de €10.000 e outro de €15.000: desta forma, a entidade A poderia ser convidada a participar no primeiro procedimento e, possivelmente, até poderá vir a ser convidada para o segundo, desde que, nesse momento, o cálculo desse ano e dos dois anteriores tenha, entretanto, ficado aquém dos €75.000 (importa não esquecer que este limite funciona como um copo, que se vai enchendo à medida que vão sendo dirigidos convites à participação em ajustes directos, mas que, paralelamente, se vai esvaziando à medida que passem três anos da data do envio de tais convites).

### 2.3 Ajustes directos abrangidos pela proibição

Noutro plano, importa salientar a não aplicação da proibição aos ajustes directos não adoptados com base no critério do valor.<sup>12</sup>

Nos termos dos art.ºs 17.º a 33.º do Código, a escolha do procedimento a adoptar - concurso público, concurso limitado, ajuste directo, negociação ou diálogo concorrencial - obedece a um de dois critérios: ou o valor do contrato a celebrar (art.ºs 17.º a 22.º) e o chamado critério material, que é independente do valor do respectivo contrato (art.ºs 23.º a 33.º).

Ora, apenas quando o recurso ao ajuste directo seja efectuado com base no critério do valor caímos no âmbito da proibição ou, dito de outro modo, sempre que a contratação seja levada a cabo com fundamento em critérios materiais poderá ser convidada (e contratada) uma entidade à qual a mesma entidade adjudicante já tenha adjudicado, por ajuste directo em função do valor, contratos de valor igual ou superior a €75 000 ou €150 000 e mesmo que o contrato em questão ultrapasse esse valor.

Em rigor, a proibição não se aplica, mesmo quando se trate de um ajuste directo adoptado com base no critério do valor, sempre que o objecto do contrato a celebrar respeite a aquisição de planos, projectos ou criações conceptuais na área da engenharia ou arquitectura (cfr. art.º 20.º, n.º 4 e art.º 113.º, n.º 2, *a contrario*).<sup>13</sup>

Simplemente, presume-se que o recurso ao ajuste directo é efectuado com base no critério do valor e, quando tal não suceda, o convite dirigido pela entidade adjudicante deve mencionar expressamente qual o critério material que justifica o recurso a este procedimento (art.º 115.º, n.º 1, alínea c)).

Exemplificando: se uma determinada empresa receber um convite para apresentar uma proposta e nada se disser acerca do fundamento do recurso ao ajuste directo, o eventual contrato que venha a ser celebrado conta para o atingir do limite

---

<sup>12</sup> Como é óbvio, para o atingir dos limites legais não contam, até por maioria de razão, as contratações efectuadas com base em qualquer outro procedimento que não o ajuste directo (por exemplo, os procedimentos concursais).

<sup>13</sup> Em termos concordantes, Miguel Nogueira de Brito, ob. cit., pág. 321. Decorre do exposto que, apesar de o valor da cada contrato a celebrar por ajuste directo, nesse domínio, não poder exceder €25 000, não existe limite quanto ao número de contratos – e ao valor acumulado dos memos – a celebrar, através do recurso ao ajuste directo, com a mesma entidade (ou seja, poderão ser celebrados 100 contratos no valor de €25 000 para a aquisição de projectos de arquitectura, por ajuste directo, com a mesma entidade ao longo do período de um ano, sem que tal – apesar de o valor acumulado ultrapassar o limite específico dos €25 000 e mesmo o limite geral dos €75 000). Não deixa de causar estranheza o facto de o legislador ter estabelecido, para este tipo de contratos, um limite (€25 000) de recurso ao ajuste directo consideravelmente inferior ao vigente para a generalidade dos bens e serviços (€75 000) e, paradoxalmente, não ter consagrado qualquer limitação quanto ao número e ao valor acumulado dos ajustes directos efectuados com a mesma entidade.

legal dos €75 000 ou €150 000; se, ao invés, a entidade que envia o convite fizer menção no mesmo que o recurso ao ajuste directo se fundamenta em alguma das situações previstas nos art.ºs 24.º, 26.º ou 27.º, o eventual contrato que venha a ser celebrado não conta para o atingir desses limites.

Em face da relevância da distinção entre ajustes directos adoptados em função do valor e de critérios materiais e tendo em conta que, embora ambos devam ser publicitados (cfr. art.º 127.º), apenas os primeiros contam para efeitos da operatividade da proibição contida no art.º 113.º, n.º 2, não admira a exigência que tal publicitação deva conter uma menção especial quando o recurso ao ajuste directo seja fundamentado em critérios materiais (cfr. o Anexo III do Código, que contém um modelo de ficha a publicitar, no qual tal menção consta do canto inferior esquerdo).

#### **2.4 Contratos abarcados pela proibição**

Um outro aspecto que concorre, decisivamente, para a restrição ao alcance da proibição resulta da circunstância de esta apenas vigorar para contratos cujo objecto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar.

Por força desta limitação, a proibição não atinge aquelas empresas que celebrem, por ajuste directo, contratos com as mesmas entidades adjudicantes, mas cuja actividade comercial abranja, por exemplo, a prestação de bens e/ou serviços diversos: neste caso, a superação do montante dos €75 000 deve ser avaliada autonomamente em relação a cada uma dessas actividades.

No entanto, importa aqui realçar que quando a lei exclui do âmbito da proibição os contratos cujo objecto seja diverso, não pretende significar dois contratos com objectos materiais diversos (dois automóveis idênticos), mas antes contratos em que o tipo de prestação é, não apenas diverso (um automóvel e um camião), mas igualmente não idêntico (uma grua e um carro).

Por outro lado, o fito da lei é o de atender às prestações objecto do contrato e não tanto ao tipo contratual em causa, pelo que dois tipos contratuais diversos (locação e compra e venda) podem, desde que tenham por objecto prestações similares, ser ambos contabilizados para efeitos da proibição.<sup>14</sup>

A questão essencial consiste, então, em determinar quando é que, para efeitos legais, dois contratos possuem um objecto do mesmo tipo ou análogas, sendo que, na falta de qualquer indicação legal a este propósito, várias soluções poderão ser equacionadas.

---

<sup>14</sup> Em termos semelhantes, Jorge Andrade e Silva, ob. cit., pág. 405.

Uma primeira passa por recorrer à classificação da despesa pública actualmente em vigor;<sup>15</sup> uma outra consiste na utilização de uma norma de direito comunitário<sup>16</sup> que aprovou o denominado “vocabulário comum para os contratos públicos”, normalmente conhecido por CPV.<sup>17</sup>

Optando-se por uma ou outra alternativa, o procedimento a adoptar é similar e baseia-se na averiguação se os bens ou serviços objecto dos diversos ajustes directos se encontram (ou não) integrados numa mesma categoria e, em caso afirmativo, concluir que, para efeitos do Código dos Contratos Públicos, os contratos em questão têm como objecto uma prestação idêntica.

Tomando como exemplo uma empresa cuja actividade consista na venda de viaturas e de peças para as mesmas, bem como na prestação de serviços de manutenção dos mesmos, nos termos de qualquer das classificações sugeridas, as peças, os transportes (aquisição de viaturas) e as prestações de serviços constam de rubricas diversas, pelo que cada uma destas actividades deverá ser autonomamente considerada, ou seja, para averiguar se a empresa atingiu o limite de €75 000 dever-se-á contabilizar-se autonomamente cada uma dessas actividades (por exemplo, se for ultrapassado esse limite relativamente a alguma dessas actividades – peças – poderá a empresa continuar a ser convidada para participar em ajustes directos no âmbito das outras actividades, como sejam a prestação de serviços de manutenção ou a venda de viaturas).

Do mesmo modo, se uma entidade prestar serviços enquadráveis em categorias diversas, a proibição opera autonomamente para cada uma delas.<sup>18</sup>

No que respeita às empreitadas de obras públicas, existem ainda três possíveis critérios específicos para determinação da identidade do objecto das prestações contratuais.

Um primeiro, prende-se com a análise das categorias de alvarás indispensáveis para o exercício dessa actividade<sup>19</sup> (considerando-se existirem prestações diversas

---

<sup>15</sup> Constante do anexo II ao Decreto-Lei n.º 26/2002, de 14 de Fevereiro.

<sup>16</sup> Aprovado pelo Regulamento (CE) n.º 123/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, publicado no JOUE de 15 de Março de 2008.

<sup>17</sup> Indica este como um critério possível, embora assinalando-lhe alguns inconvenientes, Miguel Nogueira de Brito, ob. cit., pág. 319 e segs..

<sup>18</sup> Assim, expressamente, Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Dente, ob. cit., pág. 347.

<sup>19</sup> Nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro, existem cinco categorias de habilitação, a saber, edifícios e património edificado; vias de comunicação, obras de urbanização e outras infra-estruturas; obras hidráulicas; instalações eléctricas e mecânicas; outros trabalhos. Por outro lado, cada uma destas categorias engloba diversas sub-categorias (por exemplo, a primeira das categorias mencionadas subdivide-se em estruturas e elementos de betão; estruturas metálicas; estruturas de

quando estejamos perante objectos contratuais para o quais é exigida a titularidade de uma categoria – ou, eventualmente, de uma sub-categoria - distinta de alvará).

Um segundo, passa pela consideração autónoma, para feitos do preenchimento limites legais, de cada uma das categorias de obras públicas definidas no Código (cfr. art.º 343.º, n.º 2)<sup>20</sup>

Finalmente, é pensável o recurso aos vários conceitos de obra constantes do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação.<sup>21</sup>

---

madeira; alvenarias, rebocos e assentamento de cantarias; estuques, pinturas e outros revestimentos; carpintarias; trabalhos em perfis não estruturais; canalizações e condutas em edifícios; instalações sem qualificação específica; restauro de bens imóveis histórico-artísticos).

<sup>20</sup> Ou seja, construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis.

<sup>21</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção introduzida pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro. O art.º 2.º deste diploma distingue, nas suas alíneas b) a n), entre obras de construção (as obras de criação de novas edificações), obras de reconstrução sem preservação das fachadas (as obras de construção subsequentes à demolição total ou parcial de uma edificação existente, das quais resulte a reconstituição da estrutura das fachadas, da cêrcea e do número de pisos), obras de ampliação (as obras de que resulte o aumento da área de pavimento ou de implantação, da cêrcea ou do volume de uma edificação existente), obras de alteração (as obras de que resulte a modificação das características físicas de uma edificação existente ou sua fracção, designadamente a respectiva estrutura resistente, o número de fogos ou divisões interiores, ou a natureza e cor dos materiais de revestimento exterior, sem aumento da área de pavimento ou de implantação ou da cêrcea), obras de conservação (as obras destinadas a manter uma edificação nas condições existentes à data da sua construção, reconstrução, ampliação ou alteração, designadamente as obras de restauro, reparação ou limpeza), obras de demolição (as obras de destruição, total ou parcial, de uma edificação existente), obras de urbanização (as obras de criação e remodelação de infra-estruturas destinadas a servir directamente os espaços urbanos ou as edificações, designadamente arruamentos viários e pedonais, redes de esgotos e de abastecimento de água, electricidade, gás e telecomunicações, e ainda espaços verdes e outros espaços de utilização colectiva), operações de loteamento (as acções que tenham por objecto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes destinados, imediata ou subsequentemente, à edificação urbana e que resulte da divisão de um ou vários prédios ou do seu reparcelamento), operações urbanísticas (as operações materiais de urbanização, de edificação, utilização dos edifícios ou do solo desde que, neste último caso, para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água), trabalhos de remodelação dos terrenos (as operações urbanísticas não compreendidas nas alíneas anteriores que impliquem a destruição do revestimento vegetal, a alteração do relevo natural e das camadas de solo arável ou o derrube de árvores de alto porte ou em maciço para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais ou mineiros), obras de escassa relevância urbanística (as obras de edificação ou demolição que, pela sua natureza, dimensão ou localização tenham escasso impacte urbanístico) e obras de reconstrução com preservação das fachadas (as obras de construção subsequentes à demolição de parte de uma edificação existente, preservando as fachadas principais com todos os seus elementos não dissonantes e das quais não resulte edificação com cêrcea superior à das edificações confinantes mais elevadas).

## **2.5 Os ajustes directos simplificados**

Um último aspecto que convém destacar é a contabilização (ou não) dos ajustes directos simplificados para o atingir da proibição legal.

Apesar de o Código não ser explícito a esse respeito,<sup>22</sup> somos de parecer que os chamados ajustes directos simplificados (nos quais, nos termos do n.º 1 do art.º 128.º, a adjudicação pode ser efectuada directamente sobre a apresentação de uma factura ou documento equivalente) são de considerar para o alcançar do patamares legais que restringem o leque de entidades a convidar para participar em ajustes directos.

Com efeito, se o intuito da criação deste limite é o de evitar práticas de distorção da concorrência, os ajustes directos simplificados – ao nem sequer estarem sujeitos a publicitação após a celebração do contrato (art.º 128.º, n.º 3) - constituem a forma de contratação mais oculta e mais potenciadora de conluíus, pelo que, salvo melhor opinião e por maioria de razão, devem estar sob a alçada da interdição legal.

Se assim não fosse, aliás, o ajuste directo simplificado constituiria um expediente demasiado óbvio, não apenas para contornar a proibição do fraccionamento da despesa em lotes, como também de iludir a limitação quanto à escolha das entidades a convidar imposta pelo art.º 113.º, n.º 2.

Todavia, não ignoramos que a não publicitação dos ajustes directos simplificados coloque em risco os objectivos de salvaguarda da concorrência ou, pelo menos, restrinja o controlo da observância da limitação legal à liberdade de convite por parte das entidades adjudicantes.

Com efeito, os interessados que consultem a lista com o intuito de verificar se o convite enviado a uma determinada entidade para participar num ajuste directo viola, por força da ultrapassagem dos limites legais, as regras do Código, não logram obter uma informação fidedigna, porquanto aos valores mencionados no portal dos contratos públicos poderão acrescer outros montantes decorrentes da celebração de ajustes directos simplificados aos quais, por força do carácter integralmente oculto dos ajustes directos simplificados, não terão possibilidade de acesso.

## **3. Possíveis vias para contornar a proibição**

Uma vez delimitado o alcance da proibição, importa aferir da possibilidade de, sem incorrer na violação da lei, tornear os constrangimentos impostos pelo Código,

---

<sup>22</sup> Ou, na perspectiva de Miguel Nogueira de Brito, ob. cit., pág. 342, por isso mesmo, uma vez que, estando a proibição contida no capítulo dedicado ao ajuste directo e integrando o ajuste directo simplificado nesse mesmo capítulo, a ausência de disposição legal em contrário deve ser entendida como sinónimo de sujeição à interdição.

procurando compatibilizar, por um lado, os desejos de maior informalidade e celeridade por parte das entidades adjudicantes e, por outro, o respeito pelas regras da concorrência e da transparência inspiradoras do texto legal.

### **3.1 Sociedades em relação de grupo ou de domínio**

Antes de mais e tendo em conta a circunstância de muitas das entidades adjudicatárias se enquadrarem em grupos económicos de maior ou menor dimensão, uma possibilidade passa por dispersar os contratos celebrados, por via de ajuste directo, por cada uma das empresas autónomas que os compõem, deste modo evitando que todas ou algumas delas ultrapassem os limites legais.

Esta alternativa não se nos afigura contrária à lei, uma vez que a lei omite qualquer referência a uma eventual relação de grupo ou de domínio, não parecendo tratar-se de um simples esquecimento, uma vez que, para outros efeitos, a lei expressamente considera unitariamente as empresas integrantes de um mesmo grupo económico.<sup>23</sup>

### **3.2 Entidades que prestem serviços ou forneçam bens não idênticos ou semelhantes**

Por outro lado e conforme referido anteriormente, as diversas actividades comerciais que constituam o objecto social de determinadas entidades devem, nos termos expostos a respeito da classificação das despesas públicas, ser autonomamente contabilizadas para averiguar da ultrapassagem dos limites legais à liberdade de escolha das entidades a convidar.

### **3.3. Recurso mais frequente aos acordos quadro adoptados com base em critérios materiais**

Uma outra alternativa reside no recurso mais frequente, por parte das entidades adjudicantes, ao ajuste directo com base em critérios materiais, invocando, por exemplo, a exclusividade de um dado adjudicatário para comercializar

---

<sup>23</sup> Veja-se, por exemplo, o art.º 334.º do Código do Trabalho, nos termos do qual pelos créditos emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, vencido há mais de três meses, respondem solidariamente o empregador e a sociedade que com este se encontra em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, nos termos definidos nos art.ºs 481.º e segs. do Código das Sociedades Comerciais.

determinado tipo de bens ou prestar certos serviços (art.º 24.º, n.º 1, alínea e)),<sup>24</sup> a necessidade de substituir ou ampliar bens anteriormente alienados (art.º 26.º, n.º 1, alínea a)),<sup>25</sup> a aquisição de bens cotados numa bolsa de matérias primas (art.º 26.º, n.º 1, alínea c)) ou a fornecedores que cessem definitivamente a sua actividade (art.º 26.º, n.º 1, alínea d))<sup>26</sup> ou, por último, a contratação de serviços informáticos de desenvolvimento de software e de manutenção e assistência técnica (art.º 27.º, n.º 1, alínea f)).<sup>27</sup>

### 3.4 Celebração de acordos-quadro

Uma alternativa válida, mas pouco explorada embora pertinente, é a celebração de um acordo quadro com algumas dessas entidades, para o que será normalmente necessária a abertura de um procedimento concursal, sob pena de, recorrendo ao ajuste directo, terem de ser cumpridos os mesmos limites legais relativos ao valor do contrato que condicionam o convite à participação neste último procedimento (art.º 253.º, n.º 2, *a contrario*).<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Reza este preceito que será possível recorrer ao ajuste directo, para a celebração de qualquer tipo de contratos, quando, por motivos técnicos artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, a prestação objecto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada.

<sup>25</sup> Esta norma legitima o recurso ao ajuste directo quando se trate de adquirir o locar bens destinados à substituição parcial ou ampliação de bens ou equipamentos de específico uso corrente da entidade adjudicante, desde que o contrato a celebrar o seja com a entidade com a qual foi celebrado o contrato inicial e mudança de fornecedor obrigasse a entidade adjudicante a adquirir o material de características técnicas diferentes, originando incompatibilidades ou dificuldades técnicas de utilização e manutenção desproporcionadas.

<sup>26</sup> Neste caso apenas se aquisição ocorrer em condições especialmente mais vantajosas do que as normalmente praticadas no mercado. Esta norma, ao consentir que as entidades adjudicantes se aproveitem da situação moribunda de determinadas entidades, coloca algumas dúvidas do ponto de vista da concorrência (curiosamente um dos pilares em que assenta todo o regime do Código), na medida em que, por força da especial situação do fornecedor, as condições de aquisição de bens se poderão revelar inferiores ao valor fixado pelas regras de mercado e, em claro prejuízo das empresas concorrentes “sãs”, até aos próprios custos de produção, destarte podendo configurar uma prática anti-concorrencial.

<sup>27</sup> Neste caso, porém, o valor do contrato não pode exceder €206 000 (cfr. art.ºs 20.º, n.º 1, alínea b), por remissão do art.º 27.º, n.º 7).

<sup>28</sup> Com efeito, a escolha do ajuste directo (com base no critério do valor) como procedimento conducente à celebração de um acordo quadro impede que o somatório dos contratos a celebrar ao seu abrigo ultrapasse os aludidos limites dos €75 000 e €150 000 (para os contratos de aquisição de bens e serviços e de empreitada de obras públicas, respectivamente). Naturalmente que se poderá celebrar um acordo quadro por ajuste directo com base em critérios materiais, caso a situação concreta se enquadre em alguma das hipóteses previstas nos art.ºs 24.º a 27.º do Código (com excepção, obviamente, das consagradas na alínea c) do n.º 1 do art.º 25.º, na alínea e) do n.º 1 do art.º 26 e na alínea h) do n.º 1 do art.º 27.º, uma vez que todas elas respeitam à celebração de contratos a celebrar ao abrigo de um acordo quadro anteriormente subscrito – e com apenas uma entidade - e não do próprio acordo quadro).



Em termos sucintos, o acordo quadro é um contrato-mãe ao abrigo do qual se celebrarão no futuro outros contratos ou, nos termos legais, um contrato destinado a disciplinar, fixando antecipadamente os respectivos termos, relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo que, em regra, não pode ultrapassar os quatro anos (art.ºs 251.º e 256.º, n.º 1)<sup>29</sup> e que pode ser celebrado com uma ou com mais de uma entidade (art.º 252.º).<sup>30</sup>

Caso seja celebrado apenas com uma entidade, para os contratos a outorgar com base nesse acordo quadro adoptar-se-á o ajuste directo, sem qualquer limite quanto ao valor do contrato (art.ºs 258.º, n.º 1 e alínea c) do n.º 1 do art.º 25.º, na alínea e) do n.º 1 do art.º 26 e na alínea h) do n.º 1 do art.º 27.º); na eventualidade de ter sido convencionado com mais de uma entidade, o adjudicante deverá convidar todos os co-contratantes a apresentar propostas,<sup>31</sup> aplicando-se as regras do concurso público posteriores à fase de apresentação das propostas (art.º 259.º, n.ºs 1, 2 e 3).

Exemplificando, se uma entidade adjudicante pretender contratar um serviço (por exemplo de manutenção da frota automóvel) por um período de 3 anos, sabendo que os automóveis da sua frota são de uma determinada marca, por forma a não ultrapassar o limite dos €75 000 poderá celebrar um acordo quadro<sup>32</sup> com uma empresa que preste tal serviço com aquela duração e, dentro desse prazo, sempre que pretenda usufruir desses serviços bastará contactar a entidade com quem tenha celebrado o acordo quadro para usufruir do mesmo, sem limite quanto ao valor das diversas reparações.

---

<sup>29</sup> Excepcionalmente, admite-se que o acordo quadro possa estabelecer um prazo mais dilatado, desde que tal seja necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto desse acordo quadro ou das condições da sua execução (art.º 256.º, n.º 2).

<sup>30</sup> Mais concretamente, apenas poderão ser celebrados com uma única entidade quando se encontrem suficientemente pormenorizados todos os aspectos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo (art.º 252.º, n.º 1); ao invés, quando tais aspectos não se encontrem detalhadamente especificados, o acordo quadro terá que ser outorgado por, pelo menos, três entidades (art.ºs 252.º, n.º 2 e 253.º, n.º 5), salvo quando o número de candidatos qualificados ou de propostas apresentadas e não excluídas for inferior.

<sup>31</sup> As propostas devem respeitar aos termos do acordo quadro a desenvolver, concretizar ou complementar ou, em alternativa, aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos do acordo quadro (alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 259.º). Este convite deverá mencionar, para além destes aspectos, o prazo e modo de apresentação das propostas, o respectivo modelo de avaliação e os factores que densificam o critério de adjudicação fixado no caderno de encargos do acordo quadro (art.º 259.º, n.º 2).

<sup>32</sup> No fundo a central de compras públicas do Estado (a Agência Nacional para as Compras Públicas) já tinha competência para celebrar acordos-quadro (chamados contratos públicos de aprovisionamento): a novidade do Código foi atribuir essa competência a todas as entidades adjudicantes elencadas no art.º 2.º do Código.

### **3.5 As entidades do art.º 2.º, n.º 2, do Código**

Quando uma entidade, de entre aquelas que integram o n.º 1 do art.º 2.º do Código, detenha o controlo sobre uma outra pessoa colectiva pública ou privada - nomeadamente por força da verificação dos requisitos constantes do art.º 2.º, n.º 2, alínea a), sub-alíneas i) e ii) - poderá beneficiar, indirectamente, dos limites mais flexíveis aplicáveis a estas últimas, nos termos dos art.ºs 19.º, alínea a) e 20.º, n.º 1, alínea a).

Com efeito, resulta destes últimos preceitos que o limite máximo de recurso ao ajuste directo – e, por consequência, da interdição de convite contida no art.º 113.º, n.º 2 – é alargado para €1 000 000, no caso das empreitadas, e para €206 000, no caso dos bens e serviços.

Assim sendo e embora tal possa suscitar dúvidas, designadamente por estarmos perante um acto que se encontra na fronteira da fraude à lei, poderá a entidade contratante integrada no n.º 1 do art.º 2.º do Código, quando tenha atingido (ou se encontre perto de atingir) o limite da proibição de convite, contratar através da pessoa colectiva por ela controlada e abrangida pelo n.º 2 do art.º 2.º.

### **3.6 Agrupamentos de concorrentes**

Uma última forma hipotética de contornar a proibição passaria por, quando se pretendesse convidar uma determinada entidade e esta se encontrasse sob a alçada da proibição legal, esta entidade integrar um agrupamento, nos termos do art.º 54.º, n.º 1.

Todavia, o art.º 117.º, n.º 2, interdita a participação num agrupamento de uma entidade convidada para num procedimento de ajuste directo, sempre que o recurso ao esse procedimento se fundamente no critério do valor ou se destine à formação de um contrato a celebrar ao abrigo de um acordo quadro.

Ainda assim, fora destes casos, mormente quando a entidade contratante recorra ao ajuste directo com base em critérios materiais, a participação da entidade convidada num agrupamento já será possível: simplesmente, nessa hipótese não caímos já no âmbito da proibição do art.º 113.º, n.º 2, que, como vimos, apenas se aplica aos ajustes directos adoptados em função do valor.



