

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Contratação Pública

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

ABRIL 2018

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta - CEJ





Face ao renovado Código dos Contratos Públicos o CEJ realizou a 29 e 30 de Novembro de 2017 um seminário em que procurou abordar, com a presença de membros da Comissão Revisora, de académicos/as das várias escolas de Direito em Portugal e com magistrados/as, as principais questões suscitadas por essa renovação.

Com a colaboração de todos os intervenientes o que agora se publica são os textos e os vídeos das comunicações nele apresentadas, as quais servirão agora para ajudar toda a comunidade jurídica na leitura não apenas das novidades que o Código traz consigo, mas principalmente do regime de contratação pública que dele resultou, como instrumento que pretende actuar sobre a transparência e a responsabilidade dos decisores públicos.

É mais um e-book da “Coleção Formação Contínua” que continua a cumprir o objectivo do Centro de Estudos Judiciários: disponibilizar em forma de acesso universal conteúdos de excelência.

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Contratação pública

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Margarida Reis – Juíza de Direito, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza de Direito e Docente do CEJ*

Fernando Martins Duarte – Juiz de Direito e Docente do CEJ**

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2017/2018:

Contratação pública - 29 e 30 de novembro de 2017 (programa)

Conceção e organização:

Anabela Russo – Juíza Desembargadora TCA-Sul, Coordenadora Regional Sul-CEJ

Margarida Reis

Sofia David - Juíza Desembargadora do Tribunal Central Administrativo Sul

Intervenientes:

Maria João Estorninho – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Luís Verde de Sousa – Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Carlos Luís Medeiros de Carvalho – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo

Ana Sofia Alves – Juíza de Direito do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra

Bernardo Azevedo – Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Cláudia Viana – Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

Licínio Lopes Martins – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Vera Eiró – Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova

Raquel Carvalho – Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Desde fevereiro de 2018.

** Desde abril de 2018.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 23/04/2018	

Contratação pública

Índice

1. Apreciação crítica à alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos Maria João Estorninho	9
2. Tipo e escolha de procedimentos, em especial, as alterações ao ajuste direto Luís Verde de Sousa	19
3. Primeiro balanço das alterações legislativas ao CCP Carlos Luís Medeiros de Carvalho	37
4. Alterações ao regime do “preço anormalmente baixo” Ana Sofia Alves	57
5. Novidades em sede de apreciação e exclusão de propostas Bernardo Azevedo	79
6. Os critérios de adjudicação Cláudia Viana	83
7. Os (novos) trabalhos complementares Licínio Lopes Martins	87
8. Acordos quadro, centrais de compras, sistemas de aquisição dinâmicos e catálogos electrónicos Vera Eiró	91
9. Principais novidades do regime substantivo dos contratos – invalidade e modificações objetivas e subjetivas Raquel Carvalho	95

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1.

**Apreciação crítica à
alteração de 2017 ao
Código dos Contratos
Públicos**

Maria João Estorninho



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

APRECIÇÃO CRÍTICA À ALTERAÇÃO DE 2017 AO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Maria João Estorninho*

O Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, que contém a revisão do Código dos Contratos Públicos, surgiu *a pretexto* da transposição das Diretivas Europeias de 2014 sobre contratos públicos e resultou de um procedimento legislativo *sui generis*, demasiado longo e pouco transparente.

Recorde-se que já o anterior Governo havia publicitado, em maio de 2015, um Anteprojeto de transposição das Diretivas de 2014. Este Governo publicitou outro Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, em agosto de 2016, tendo-o submetido a discussão pública, sem que depois disso o resultado da referida discussão pública tenha sido publicitado e sem que tenham sido dadas quaisquer explicações para a origem e a *ratio* das muitas alterações introduzidas ao texto inicial e sem que tivesse havido transparência acerca quer das entidades que participaram na discussão pública e influenciaram o procedimento legislativo quer das próprias entidades responsáveis pelo procedimento legislativo... Entre membros do Governo, chefes de gabinete, Conselhos de Secretários de Estado, Conselho de Ministros, assessores, adjuntos, elementos de diversos gabinetes, de várias comissões, institutos reguladores, e ainda todos aqueles que se vão cruzando nos muitos corredores que ligam todas estas entidades, perde-se o rasto e o rosto do *legislador*?

A revisão do Código dos Contratos Públicos veio a ser aprovada em Conselho de Ministros em maio de 2017 e a promulgação pelo Presidente da República surgiu no início de agosto, sendo o Decreto-Lei nº 111-B/2017 publicado em 31 de agosto, para entrar em vigor no dia 1 de janeiro de 2018. Ou seja, a revisão do CCP acaba por surgir tarde, já fora do prazo para a transposição das Diretivas de 2014 (que terminava em março de 2016), sendo a pressão europeia decorrente do incumprimento do referido prazo de transposição invocada, aliás, por Sua Ex.^a o Presidente da República para justificar a inevitabilidade da promulgação, pese embora as dúvidas e discordâncias que teve ocasião de expressar relativamente ao diploma.

O Anteprojeto de transposição das Diretivas que o Governo anterior (de Passos Coelho) publicitou em maio de 2015, pese embora se afirmasse *minimalista* acabava por implicar a alteração a quase 60 artigos e o aditamento de cerca de 40 novos artigos ao CCP.

O atual Governo (de António Costa) partiu da mesma opção de fundo, a de afastar a hipótese de se elaborar um novo CCP (solução que a meu ver seria desejável) e preferiu manter o Código dos Contratos Públicos de 2008 (do governo de José Sócrates), procedendo apenas à sua revisão. Acabou-se, no entanto, por alterar mais de 200 artigos e por aditar cerca de 40 novas disposições. Ao *enxertar* todas essas alterações nos anteriores quase 500 artigos do CCP,

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

mantendo-o intacto no essencial, veio-se agravar, na minha opinião, o *labirinto jurídico*¹ que é, desde o início, o nosso Código dos Contratos Públicos.

Após tanto tempo, e até já em incumprimento do prazo de transposição das Diretivas de 2014, é imperdoável levar a cabo uma revisão do CCP que significa perder a oportunidade de, a bem de Portugal, aperfeiçoar o regime jurídico aplicável aos contratos públicos e corrigir as perniciosas *disfunções* do Código dos Contratos Públicos de 2007-2008. Na verdade, apesar das muitas alterações, trata-se do mesmo Código, quer formalmente quer do ponto de vista das opções de fundo e dos traços fundamentais dos regimes que contém. O que é uma pena!

Em 2016, apreciando o Anteprojeto que foi objeto de consulta pública, publiquei nos Cadernos de Justiça Administrativa um texto onde perguntava se a transposição das Diretivas de 2014 viria a ser uma janela de oportunidade ou uma oportunidade perdida².

Antes de responder, importa primeiro recentrar a questão, lembrando aquilo que é o essencial nestas matérias. Todos sabemos como a contratação pública é um instrumento *formidável* de atuação das entidades públicas e de afetação de recursos públicos. As entidades públicas, na sua veste de entidades adjudicantes, têm a obrigação de exercer o seu poder de compra de forma ética, social e ambientalmente responsável. Como tenho repetido muitas vezes, impõe-se, nos nossos dias, um repensar do significado da contratação pública e um *recentrar* de prioridades. Ao contrário do que se quis fazer crer muitas vezes, a meu ver os contratos públicos não são oportunidades de *negócio* para as entidades públicas (negócios que acabam por se revelar, em tantos casos, *ruinosos* para o erário público e para os cidadãos), mas sim são instrumentos de realização de tarefas públicas, ao serviço das mais variadas políticas públicas.

A realização do *bem comum*, através de contratos públicos, exige legislação clara e adequada, decisores públicos *profissionalizados* e responsáveis, mecanismos de regulação e de controlo eficazes. É, assim, muito oportuno analisar a esta luz a versão revista de 2017-2018 do Código dos Contratos Públicos de 2007-2008.

Para mim, é muito frustrante ver perder-se a ocasião de Portugal se dotar de um verdadeiro novo Código dos Contratos Públicos que fosse um diploma legal exemplar do ponto de vista da técnica legislativa e que fosse também *desempoeirado* porque assente, por um lado, numa moderna visão estratégica da contratação pública como instrumento privilegiado de promoção de políticas públicas inovadoras e de crescimento económico e, por outro, na genuína vontade e capacidade política de enquadrar a contratação pública em regimes jurídicos *amigos* da transparência, da sustentabilidade, da responsabilidade, em suma, do *bem comum*.

A meu ver, com grande pena e antecipando já um juízo global, esta revisão do CCP, em 2017, representa uma oportunidade perdida de, em termos globais, melhorar o enquadramento legal da contratação pública. Pelo contrário, antes contribui para agravar muitas das *disfunções* da versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos, em matérias cruciais relativamente às quais se exigiam soluções claras e acertadas.

¹ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2012, p.369.

² MARIA JOÃO ESTORNINHO, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 118, 2016.

Em nome de objetivos de simplificação, desburocratização e flexibilização, bem assim como de fomento da transparência e da boa gestão pública, objetivos subjacentes às Diretivas europeias de 2014 e afirmados também no Preâmbulo do diploma de revisão do CCP, muitas foram as novidades introduzidas em matérias relevantes tais como, entre tantas outras, a preparação da decisão de contratar, a figura do gestor do contrato, o critério de adjudicação, a adjudicação por lotes, o preço anormalmente baixo, o regime dos contratos de serviços sociais, a consulta prévia, a parceria para a inovação, os trabalhos complementares, as modificações ao contrato durante a execução, os mecanismos de regulação. E muitas são as perplexidades e as preocupações que se colocam, do ponto de vista das consequências das soluções adotadas.

Num quadro de simplificação legislativa (afirmada, aliás, como prioridade pelo atual Governo no seu Programa) não se poderia perder esta ocasião para libertar o Código dos Contratos Públicos de complicadas definições, classificações e construções dogmáticas, as quais devem caber à doutrina e não ao legislador, a quem cumpre *regular* de forma clara e eficaz. Infelizmente, pelo contrário, o legislador de 2017 tudo *complexifica* artificialmente ainda mais.

Indispensável seria ter eliminado a complexidade do *labirinto jurídico* do Código dos Contratos Públicos de 2008 resultante, entre tantos outros aspetos, do tratamento unitário de universos diferentes de contratos (contratos dos setores clássicos e dos setores especiais, contratos abaixo e acima dos limiares de aplicação das Diretivas, contratos sujeitos à concorrência ou não, contratos *administrativos* ou não *administrativos* de acordo com critérios caducos e incompatíveis com as Diretivas Europeias) numa teia complexa de regras gerais, de exceções às regras e de exceções às exceções. As imbrincadas (e incompreensíveis para o comum dos operadores económicos e jurídicos) relações entre o âmbito de aplicação das Partes II e III do Código e, dentro delas, dos mais diversos regimes jurídicos deviam, e podiam, ter sido, ultrapassadas. Pelo contrário, foram agravadas.

É imperdoável que o legislador não tenha eliminado, de uma vez por todas, a teia *labiríntica* de regimes jurídicos e não tenha aproveitado a oportunidade para clarificar o âmbito de aplicação do Código, e de cada uma das suas Partes, fazendo-o coincidir com as regras aplicáveis quer à formação quer ao regime substantivo dos *contratos públicos*, em consonância com o Direito Europeu.

Ao invés, as alterações ao Artigo 1º e ao Artigo 280º são incompreensíveis e perniciosas: onde havia *contratos administrativos*, *contratação pública*, *contratos públicos*, passam agora a coexistir todas essas categorias - que o legislador mantém intactas -, com uma nova categoria, a das *relações jurídicas contratuais administrativas* previstas no Artigo 280º, à qual correspondem especificidades de regime jurídico em sede de execução dos contratos.

Ou seja, em virtude de um procedimento legislativo atabalhado e errático, onde se impunham menos categorias dogmáticas passamos a ter mais, e incoerentes entre si, exigindo do intérprete esforços infrutíferos e aberrantes do ponto de vista dogmático, conduzindo a resultados práticos muito preocupantes do ponto de vista da segurança jurídica e da realização do bem comum na contratação pública.

Entre tantos outros exemplos lamentáveis, registre-se também a introdução no novo Artigo 5º-A da distinção entre princípios gerais da atividade administrativa e princípios gerais da contratação pública que, nesses termos, em nada contribui para a clarificação dos regimes de formação de determinados contratos públicos que o legislador exclui da Parte II do Código. A isso se somam as dificuldades resultantes do regime concorrencial intermédio introduzido no Artigo 6º, nº 2.

Sempre critiquei o elenco, a meu ver demasiado alargado, de contratos excluídos do âmbito do CCP, considerando incompreensível quer a exclusão desse âmbito de aplicação de determinados contratos quer, por outro lado, a exclusão de certos contratos do âmbito de aplicação da Parte II, relativa aos procedimentos adjudicatórios. Ora, a meu ver, as alterações introduzidas em 2017 aos Artigos 4º e 5º, entre outros, não representam melhoria nesta matéria.

Por exemplo, incompreensível é que não fiquem sujeitos à Parte II do Código e, assim, aos procedimentos nacionais de formação dos contratos públicos, vários contratos excluídos do âmbito de aplicação das Diretivas, uma vez que o facto de as Diretivas não se aplicarem a determinados contratos (por entenderem que tais contratos não se revestem de *interesse transfronteiriço* ou por outras razões) não deve significar, do ponto de vista do direito interno, a pura e simples exclusão de tais contratos do âmbito de aplicação do Código ou sequer do âmbito da Parte II. Preocupantes são as exclusões relativas a contratos celebrados por determinados serviços periféricos das entidades públicas no estrangeiro, ou as prestações de serviços a centrais de compras ou, ainda, entre outros, a contratos relativos a serviços sociais até 750 000 Euros ou a contratos de aquisição de serviços de arbitragem. Muito preocupantes são também as novidades relativas ao regime previsto para os contratos *in-house* e, em particular, aos casos da, muito em voga, *cooperação público-público*.

Seria preciso ter tido a coragem, em 2017, de efetivamente reduzir o elenco de fundamentos para utilização de procedimentos de adjudicação direta (com ou sem consulta a mais de uma entidade), indo ao encontro das preocupações – nacionais e europeias - de reforço da concorrência e da transparência nos procedimentos de contratação pública em Portugal. Ora, sob a aparência da introdução de um novo procedimento concorrencial (a consulta prévia), em bom rigor, esta revisão do Código dos Contratos Públicos falha o objetivo de contribuir para fomentar procedimentos abertos à concorrência. Veremos o que se ganhará com a autonomização do procedimento de consulta prévia, para além de naturalmente passar a haver menos ajustes diretos para efeitos estatísticos. Veremos também qual o resultado da permissão da celebração de contratos de empreitada até 300 000 Euros através de concurso público urgente (com prazo de apresentação de propostas de 72h e critério de preço mais baixo).

De saudar é, por exemplo, a preocupação com a decisão de contratar e com a preparação e a fundamentação da mesma, pese embora o facto de, ao se exigirem especiais cuidados na justificação da celebração de contratos de valor superior a 5 milhões de euros se poder erradamente induzir a pensar que a decisão de contratar só é verdadeiramente relevante nesses contratos.

De saudar é a nova redação do Artigo 18º (já depois da aprovação em Conselho de Ministros), relativa ao critério de escolha dos procedimentos pré-contratuais. Recorde-se que uma das «originalidades» do sistema do CCP de 2008 – que sempre critiquei - foi de se ter optado por limitar o valor do contrato a celebrar em função do procedimento escolhido. Tal sistema implicava uma perversa inversão relativamente à funcionalização do contrato à prossecução do interesse público, tendo subjacente a opção por um princípio de liberdade de escolha do procedimento de formação dos contratos públicos (que se mantinha na versão aprovada em Conselho de Ministros).

Fazia algum sentido o sistema de 2008? Primeiro, escolhia-se «em alternativa» o procedimento, como que «a la carte» (ajuste direto ou concurso público, por exemplo); em seguida, essa escolha *condicionava* o montante que se podia gastar com o contrato. O processo deve ser o inverso: primeiro, deve partir-se da necessidade de interesse público que se pretende satisfazer e, a partir dessa necessidade e do valor estimado do contrato necessário para alcançar tal fim, determinar-se o procedimento a adotar... era o regime anterior a 2008, é o que consta das Diretivas e foi agora consagrado no Artigo 18º.

Seria fundamental que o Código dos Contratos Públicos criasse uma moldura legal propícia a uma contratação pública menos complexa e mais ágil, por se entender que a simplificação administrativa e a desburocratização potenciam o aumento da transparência e promovem o combate aos conflitos de interesses e a fenómenos de corrupção.

A desejada flexibilidade procedimental não deve, no entanto, ser entendida como sinónimo de (des) procedimentalização, e exige também novos paradigmas de profissionalização na contratação pública e mecanismos acrescidos de garantia de transparência, controlo e responsabilidade.

Infelizmente, ao optar por manter a sistemática da Parte II do CCP de 2008 e o *labirinto* da tramitação dos procedimentos adjudicatórios que ela contém, nele pretendendo *enxertar* as muitas alterações que decorrem das Diretivas, o diploma de revisão do CCP não contribui para a desejada simplificação dos procedimentos e, por conseguinte, para o fomento à transparência, no quadro de uma contratação pública eficiente e sustentável.

Ou seja, ficam todos os procedimentos já existentes (com a sua labiríntica tramitação) e ainda se complica mais, acrescentando-se as parcerias para a inovação e desdobrando-se o ajuste direto em ajuste direto e consulta prévia. Em vez de Simplificação.... Complexificação!

O mais grave é ainda que, bem ao gosto da época (já fiz também esta crítica à revisão de 2015 do Código do Procedimento Administrativo), a complexificação das exigências procedimentais é acompanhada de um aligeirar dos regimes de invalidade dos contratos públicos e dos atos administrativos. Na verdade, cada vez mais se retiram menos consequências, do ponto de vista da invalidade, do incumprimento das normas legais, o que é absolutamente perverso (pense-se, entre outros, nos regimes de invalidade consequente dos contratos públicos).

A contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, nomeadamente de aquisição de bens, construção de obras públicas ou aquisição de serviços, pode e deve servir como instrumento de realização de outras e variadas políticas públicas, nomeadamente ambientais e sociais, o que obriga a repensar a moldura legal da contratação pública e, em particular o critério de adjudicação. Mas a interação entre as diversas dimensões da contratação pública coloca na atualidade novos e difíceis desafios, não se podendo ignorar os riscos de que a introdução de *critérios verdes* ou sociais na contratação pública redunde em riscos acrescidos de práticas discriminatórias ou fenómenos de corrupção. A essa luz, causam preocupação os Artigos 74º e 75º, relativos ao critério de adjudicação, cuja conformidade com as Diretivas europeias é, em si mesma, questionável.

A meu ver, a transposição das Diretivas não poderia significar consagrar, por um lado, soluções das Diretivas acrescentando uma série de artigos ao Código dos Contratos Públicos e, por outro lado, manter uma série de regimes de 2008, criando contradições insanáveis que acabam até, em alguns casos, por desvirtuar o próprio sentido das Diretivas.

Transpor efetivamente as Diretivas obrigaria a ter a coragem de eliminar do CCP tudo aquilo que com cada nova solução é incompatível. Isto é especialmente importante no que diz respeito à Parte III do Código. Na verdade, as Diretivas de 2014 incidem não apenas sobre a fase da formação dos contratos públicos mas também sobre a fase da execução dos mesmos, ultrapassando-se definitivamente o «mito» da dicotomia que tradicionalmente existiria no Direito Europeu entre os regimes aplicáveis aos procedimentos de formação dos contratos públicos (regulados pelas Diretivas) e os regimes aplicáveis à execução dos mesmos contratos (remetidos para os ordenamentos jurídicos nacionais).

Em conformidade com as Diretivas europeias, seria indispensável estabelecer uma disciplina tendencialmente completa para os *contratos públicos*, ficando claro que aos contratos sujeitos à Parte II do Código são aplicáveis aspetos do regime substantivo constante da Parte III. É o que sucede com as disposições relativas aos regimes de invalidade, de limites à modificação e de cessão da posição contratual e de subcontratação. Mas não bastava a “extensão” destes regimes a tais contratos a fim de assegurar a correta transposição das Diretivas. Os regimes da Parte III do CCP precisariam inevitavelmente de ter sido repensados de forma inovadora, de forma a garantir, também na execução dos contratos públicos, a promoção de uma contratação pública sustentável e responsável. Por exemplo, não é aceitável transpor os regimes europeus unificados de invalidade e execução dos *contratos públicos* e manter, na mesma Parte III, regimes diferenciados para *contratos administrativos* e *não administrativos*, segundo critérios ultrapassados, e mantendo a Parte III como tendo por objeto o «regime substantivo dos contratos administrativos». Acrescentando-se agora, como vimos, as «relações contratuais administrativas», está instalada a confusão... Preocupantes, do ponto de vista das consequências para o interesse público, são também as disposições relativas à invalidade ou à modificação dos contratos e aos regimes de responsabilidade e de reequilíbrio financeiro, porque o legislador, ao invés de ter a coragem de inovar verdadeiramente, afastando regimes inaceitáveis do CCP de 2008, limita-se em certos casos a nele *enxertar* algumas novidades criando um regime globalmente perturbador. De saudar é o Artigo 287º, nº 5, que (já depois da versão aprovada em Conselho de Ministros) deslocou para o regime da ineficácia do

contrato – em consonância com o Direito Europeu - o que vinha sendo tratado como causa de invalidade (por exemplo, os casos de inobservância do período de *standstill* ou de publicitação obrigatória no JOUE).

Uma nota final para lembrar que a amplitude com a qual - aproveitando a porta aberta pela revisão do CPTA em 2015 – o Anteprojeto de revisão do CCP que foi submetido a consulta pública em 2016 previa o recurso à arbitragem levou-me na época a pronunciar-me no sentido de não restarem dúvidas quanto às gravíssimas implicações que decorreriam de tal solução, em termos de um inaceitável esvaziar do âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contratação pública.

Especialmente preocupante é a atribuição a árbitros nomeados pelas partes de poderes para apreciar a validade de atos administrativos pré-contratuais e para emitir juízos de ponderação acerca da questão de saber se a invalidade de atos administrativos dos procedimentos adjudicatórios deve ou não, ainda assim, repercutir-se na validade dos contratos públicos celebrados ou se, apesar dessas ilegalidades procedimentais, tais contratos podem ser «salvos».

Pela minha parte, e pese embora a versão que veio a ser aprovada do Artigo 476º tenha recuado significativamente relativamente à solução do Anteprojeto, prevendo-se agora uma preferência por centros de arbitragem institucionalizados, continuo a defender que seria preferível uma especialização dentro dos Tribunais Administrativos, enveredando-se pela criação de secções especializadas dos Tribunais Administrativos, relativamente a certas matérias, nomeadamente a dos contratos públicos.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/ige1qa5aw/flash.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2.

**Tipo e escolha de
procedimentos, em
especial, as alterações
ao ajuste diretos**

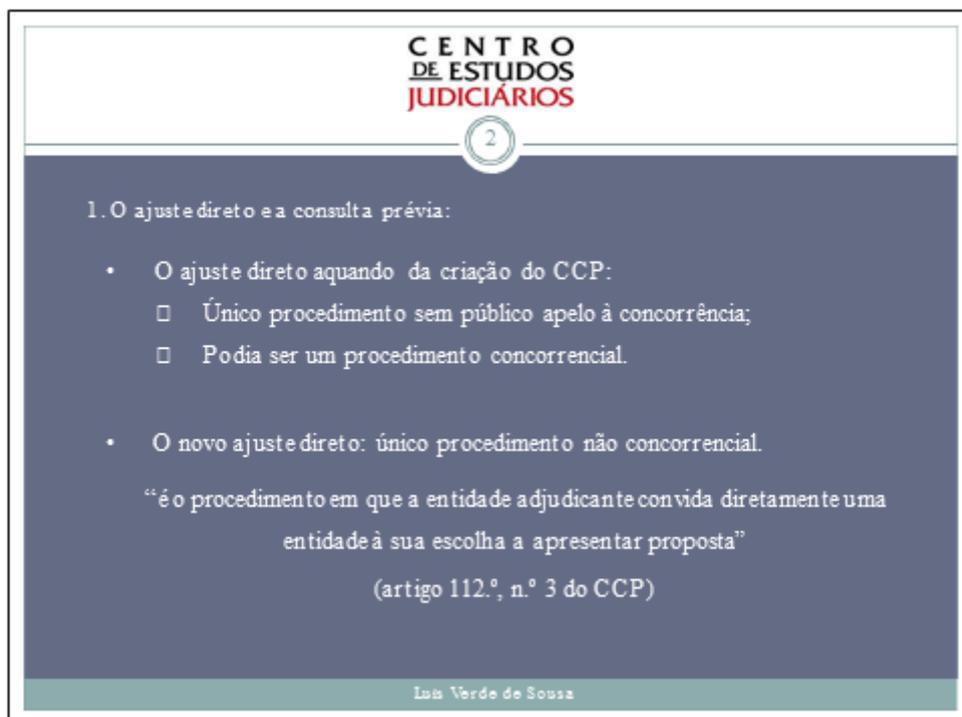
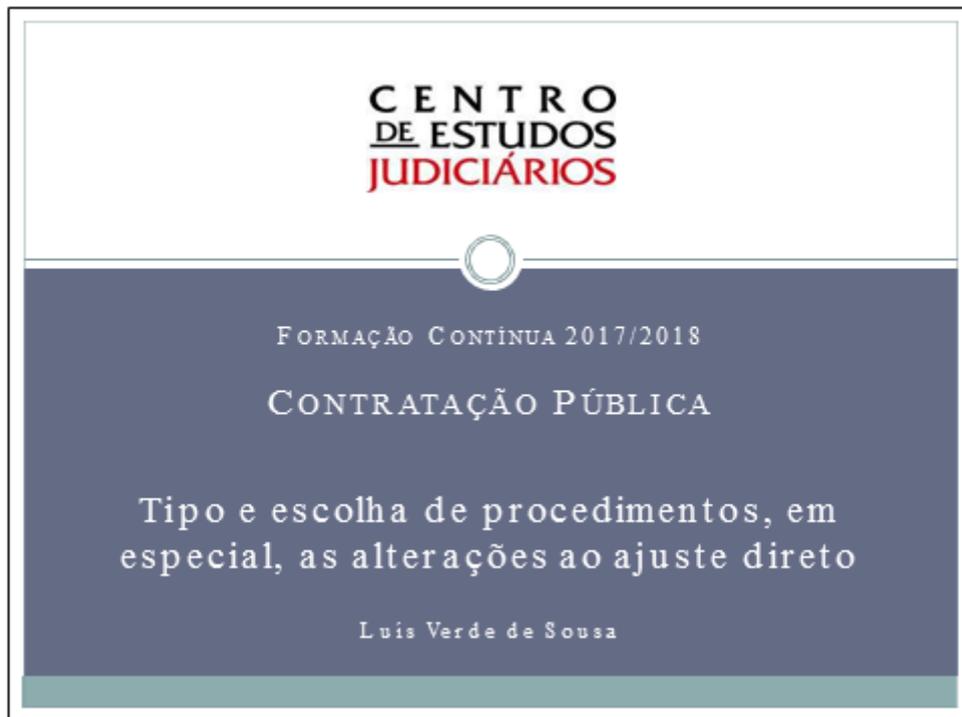
Luís Verde de Sousa



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

TIPO E ESCOLHA DE PROCEDIMENTOS, EM ESPECIAL, AS ALTERAÇÕES AO AJUSTE DIRETO

Luís Verde de Sousa*



* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

3

- O ressurgimento da consulta prévia: corresponde ao atual “ajuste direto concorrencial”.
- Concretização de uma medida do Plano Nacional de Reformas sustentada em Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção

“é 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”.

- E se existirem apenas 2 operadores ou se a entidade adjudicante pretender convidar apenas 2?

Luis Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

4

- Em função do valor do contrato a celebrar:
 - O ajuste direto pode ser utilizado:
 - Empreitadas de obras públicas: < € 30.000
 - Aquisições de bens e serviços: < € 20.000
 - A consulta prévia pode ser utilizada:
 - Empreitadas de obras públicas: < € 150.000
 - Aquisições de bens e serviços: < € 75.000

Luis Verde de Sousa

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5

- A consulta prévia não se limita, porém, aos casos em que a dispensa de público apelo à concorrência se funda no valor do contrato a celebrar.
- O artigo 27.º-A prevê que “nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, 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 deste procedimento”.
- O legislador marca uma clara preferência pela consulta prévia.
- As dúvidas e os riscos do artigo 27.º-A.

Luís Verde de Sousa

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6

- O artigo 113.º, n.º 2 prevê que “não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar, e cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”.
- Esta opção revela uma desconfiança da capacidade de a obrigação de convidar, pelo menos, três entidades gerar uma efetiva concorrência entre os convidados.
- A eliminação do pressuposto qualitativo.

Luís Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

7

- Os valores dos contratos celebrados na sequência de consultas prévias e de ajustes diretos devem ser somados entre si ou devem existir duas “listas” autónomas?
- Como tratar os contratos anteriormente celebrados na sequência de ajuste direto?
- Como tratar os contratos anteriormente celebrados na sequência de ajuste direto em que ocorreu um convite a várias entidades?
- Como tratar os contratos anteriormente celebrados na sequência de ajuste direto quando o tipo contratual é diferente ou o objeto é constituído por prestações distintas?

Luis Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

8

- O valor do contrato que se pretende celebrar deve entrar no cálculo do preço contratual acumulado?



Não!



Valor acumulado = valor dos contratos celebrados no ano em curso + valor dos contratos celebrados nos 2 anos económicos anteriores.

≠

Valor acumulado = valor dos contratos celebrados no ano em curso + valor dos contratos celebrados nos 2 anos económicos anteriores + valor do contrato a celebrar.

Luis Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

9

Exercício:

Contrato de aquisição de serviços

Exemplo A:		Exemplo B:	
Ano económico:	Preço contratual:	Ano económico:	Preço contratual:
2015	€ 10.000	2015	€ 45.000
2016	€ 30.000	2016	€ 15.000
2017	€ 20.000	2016	€ 10.000
2017	€ 15.000	2017	€ 30.000
2018	€ 20.000	2018	€ 15.000

Luís Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

10

- O órgão competente para a decisão de contratar pode decidir que a consulta prévia é conduzida pelos serviços da entidade adjudicante (em vez de designar júri) – cfr. art. 67.º, n.º 3.
- O relatório preliminar é elaborado no prazo de 3 dias.
 - A contar de que momento?
 - E se não for elaborado nesse prazo?
- A audiência prévia é feita por um prazo não inferior a 3 dias!

Luís Verde de Sousa

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

11

- Embora o convite e a proposta devam ser enviados através de meios eletrónicos, não é obrigatória a utilização da plataforma eletrónica no ajuste direto e na consulta prévia (art. 115.º, n.º 4).
- Mantém-se a possibilidade de ajuste direto simplificado, sendo o mesmo expressamente alargado às empreitadas de obras públicas:
 - Empreitadas de obras públicas: $\leq \text{€ } 10.000$
 - Aquisições de bens e serviços: $\leq \text{€ } 5.000$

Luis Verde de Sousa

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

12

2. O concurso público:

- Redução substancial dos prazos mínimos para a apresentação de propostas.
- O alargamento do concurso público urgente às empreitadas de obras públicas de valor não superior a € 300.000.
- A consagração de um concurso público urgente com publicidade internacional (prazo mínimo 15 dias), “nos casos em que uma situação de urgência devidamente fundamentada pela entidade adjudicante inviabilize o cumprimento do prazo mínimo de 30 dias”.
 - O Considerando 46 da Diretiva prevê que “deverá ficar esclarecido que para tal não é necessário que se trate de uma urgência extrema causada por acontecimentos imprevisíveis e imputáveis à autoridade adjudicante”.
 - A Diretiva pretende marcar a diferença para a urgência que autoriza a utilização do ajuste direto (ou consulta prévia) independentemente do valor.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

13

- Maior possibilidade de negociação das propostas.
- A queda de um preconceito.
- A entidade adjudicante pode adotar uma fase de negociação das propostas:
 - Na formação dos contratos de concessão de obras públicas ou concessão de serviços públicos, independentemente do valor;
 - Na formação de contratos de empreitadas de obras públicas de valor inferior ao limiar europeu (€ 5.225.000);
 - Na formação de contratos de aquisição de bens e serviços de valor inferior ao limiar europeu (€ 135.000 ou € 209.000).
- Nota: os limiares europeus passam a estar previstos no art. 474.º.
- As peças do procedimento devem ser disponibilizadas na plataforma eletrónica “de forma livre, completa e gratuita” (art. 133.º, n.º 1).

Luís Verde de Sousa

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

14

3. O concurso limitado por prévia qualificação:

- Redução substancial dos prazos mínimos para a apresentação das candidaturas e das propostas;
- A consagração de um concurso limitado urgente com publicidade internacional.
- Relativamente aos requisitos mínimos de capacidade financeira é estabelecido um limite: “não podem exceder o dobro do valor do contrato, salvo em casos devidamente justificados, designadamente quando prenda com os riscos especiais associados à natureza do contrato”.
- Só pode ser aplicado se o requisito for o volume de negócios anual;
- Não faz sentido se o requisito consistir num determinado rácio (v.g. liquidez) ou em fórmulas matemáticas ligadas a demonstrações financeiras.

4. O procedimento de negociação e o diálogo concorrencial

- Passam a estar disponíveis para as mesmas situações.
- A dúvida quanto à utilidade do diálogo concorrencial.
- Alargamento do seu âmbito de aplicação, podendo ser utilizados, por exemplo:
 - Quando as necessidades da entidade adjudicante não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis;
 - Os bens ou serviços incluem a conceção de soluções inovadoras.

- Não foi transposta a norma da diretiva que permite procedimento de negociação sem negociação!
- O CCP continua a identificar os atributos das propostas como o objeto da negociação.
- A Diretiva permite, porém, que certos aspetos do caderno de encargos possam ser negociados.
- Não parece ter sido um esquecimento do legislador, que até corrigiu a remissão constante do art. 151.º do CCP.

- Não foi transposta a norma da diretiva que permite procedimento de negociação sem negociação!
- O CCP continua a identificar os atributos das propostas como o objeto da negociação.
- A Diretiva permite, porém, que certos aspetos do caderno de encargos possam ser negociados.
- Não parece ter sido um esquecimento do legislador, que até corrigiu a remissão constante do art. 151.º do CCP.

5. A parceria para a inovação:

- Trata-se de uma nova figura jurídica, prevista nas Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, destinada ao desenvolvimento e posterior aquisição de produtos, serviços ou obras inovadoras.
- Mais do que um procedimento pré-contratual, as Diretivas traçaram também (ou sobretudo) as linhas de um modelo contratual.
- Pretende ser a resposta à necessidade de se combinar, num mesmo contrato, as fases de I&D e de fornecimento/aquisição dos bens, serviços ou obras.
- Trata-se de um modelo de “parceria público-privada”.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

18

- O artigo 30.º-A do CCP prevê que “a entidade adjudicante pode adotar a parceria para a inovação quando pretenda a realização de atividades de investigação e o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras, independentemente da sua natureza e das áreas de atividade, tendo em vista a sua aquisição posterior, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e preços máximos previamente acordados entre aquela e os participantes na parceria”.
- O artigo 218.º-A, n.º 3, alínea a) prevê que as peças do procedimento devem identificar “a necessidade de bens, serviços ou obras inovadores que não possam ser obtidos mediante a aquisição de bens, serviços ou obras já disponíveis no mercado”.

Luís Verde de Sousa

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

19

□ Está estruturada em 3 fases distintas:

- 1) A fase de adjudicação da parceria;
- 2) A fase do desenvolvimento;
- 3) A fase de aquisição.

1) A fase de adjudicação da parceria, em que a entidade adjudicante escolhe o(s) projecto(s) de investigação e inovação destinados a satisfazer as necessidades identificadas e o(s) respectivo(s) parceiros.



Segue o modelo do
procedimento de negociação

Luís Verde de Sousa

O artigo 218.º-A do CCP estruturou esta primeira fase em 3 (sub) fases:

- o Apresentação de candidaturas (com eventual qualificação para projetos dotados de especial complexidade);
- o Apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento;
- o Análise das propostas (com negociação) e celebração da parceria.

- A parceria pode ser estabelecida com um ou vários parceiros, ou seja, a adjudicação pode incidir sobre várias propostas.
- Caso haja vários parceiros, cada um deve realizar atividades de investigação e desenvolvimento distintas.
- No caso de uma parceria com vários parceiros, a relação entre estes será, assim, competitiva e não colaborativa ≠ parcerias europeias para a inovação.

2) A fase do desenvolvimento dos produtos, serviços ou obras inovadoras;

- A parceria deve ser estruturada em fases sucessivas de acordo com a sequência de etapas do processo de investigação e inovação (v.g. investigação, desenvolvimento, produção, etc.);
- A parceria deve fixar metas intermédias a alcançar e o pagamento de remuneração em fracções adequadas.
- No final de cada fase, a entidade adjudicante pode decidir pôr termo à parceria ou, no caso de uma parceria com diversos parceiros, reduzir o número de parceiros, pondo termo aos contratos firmados com esses parceiros, desde que tal esteja expressamente previsto nas peças do procedimento.

3) A fase de aquisição dos bens, serviços ou obras “desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e preços máximos previamente acordados” (cfr. art. 30.º-A).

- O valor estimado dos bens, serviços ou obras não deve ser desproporcionado em relação ao investimento exigido para o respetivo desenvolvimento.

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

24

- A parceria para a inovação já serviu, pelo menos, para chamar a atenção para a especificidade da execução de contratos com uma forte componente de inovação.
- O artigo 301.º-A do CCP reconhece certas especificidades a este tipo de contratos:
 - Possibilidade de definição das prestações por referência aos resultados a atingir, sem existir garantia da sua obtenção;
 - Possibilidade de faseamento da execução por referência ao grau de obtenção dos objetivos;
 - Possibilidade de o pagamento estar associado ao grau de obtenção dos objetivos e resultados, com a previsão de indicadores;

Luís Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

25

- Possibilidade de não existir remuneração (apenas reembolso de valores despendidos);
- Garantia de uma adequada flexibilidade das prestações e dos indicadores de controlo, com respeito pelos limites das modificações objetivas, nomeadamente através da previsão no contrato de cenários alternativos;
- Possibilidade de o contraente público pôr termo ao contrato em fases intermédias de avaliação sem custos adicionais, além dos valores já despendidos na tentativa de obtenção de resultados.

Luís Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

26

ALGUNS RISCOS E DESAFIOS:

- ❑ O risco de se “fechar o mercado”.

 Prevê-se que a parceria “não pode ser utilizada com o intuito de restringir ou falsear a concorrência”.

- ❑ O risco de avaliação e comparação de propostas num momento tão precoce.
- ❑ O risco de favorecimento atendendo à dificuldade de concretização do critério de adjudicação.
- ❑ O risco inerente à estimativa dos preços de aquisição.
- ❑ O risco inerente à insuficiência do resultado.
- ❑ O risco de o resultado exceder a necessidade que foi identificada nas peças do procedimento.

Luis Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

27

- ❑ O desafio de regular as disposições aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual.
- ❑ O desafio de saber se este é o melhor modelo face às alternativas disponíveis (utilização de um outro tipo de procedimento ou de dois procedimentos autónomos).
- ❑ O desafio de congregar, numa mesma entidade, a capacidade de investigação, desenvolvimento e produção.

Luis Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

28

Era necessário criar um novo procedimento
de adjudicação para cumprir estes objetivos?

Os instrumentos previstos na
Directiva 2004/18 eram insuficientes?

Luis Verde de Sousa

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

29

Muito obrigado pela vossa
atenção!

lfvs@fd.uc.pt

Luis Verde de Sousa

Vídeos da apresentação

I.



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2laax251yz/flash.html?locale=pt>

II.



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2jq6hbagbu/flash.html?locale=pt>

3.

**Primeiro balanço das
alterações legislativas
ao CCP**

Carlos Luís Medeiros
de Carvalho



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

PRIMEIRO BALANÇO DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS AO CCP¹

Carlos Luís Medeiros de Carvalho*

Numa breve nota introdutória ...

Diria que, com a aprovação e publicação, em 2014, das Diretivas n.ºs 2014/23/UE [relativas aos contratos de concessão], 2014/24/UE [respeitante aos contratos públicos], 2014/25/UE [referente aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais], e 2014/55/UE [relativa à faturação eletrónica nos contratos públicos], impendia sobre o Estado Português a obrigação da sua correta e atempada transposição para o quadro do direito interno², introduzindo as necessárias e devidas alterações ao Código dos Contratos Públicos vigente [aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro].

Estavam, aliás, já ultrapassados em grande medida os prazos que haviam sido definidos para a transposição da maioria daquelas Diretivas.

As alterações aportadas pelo DL n.º 111-B/2017³ ao CCP, como deriva da leitura do seu preâmbulo, decorreram não só daquela obrigação de transposição, mas também de necessidades ao nível da simplificação, desburocratização e flexibilização, bem como de transparência e boa gestão pública.

Breve análise e balanço quanto às alterações produzidas no CCP ...

Entrando, então, no elenco das alterações sinalizaria como **primeiro ponto**, uma das significativas modificações introduzidas no Código, decorrente da transposição das diretivas, e que se prende com o alargamento do regime dos contratos entre entidades do setor público, passando a estar abrangidas outras formas de cooperação entre entidades públicas.

¹ Optamos por publicar, sem qualquer modificação e/ou atualização, o presente texto na versão elaborada para servir de suporte à nossa comunicação realizada em 29 de novembro de 2017 no âmbito da ação de formação relativa à “Contratação Pública” organizada pelo CEJ.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo.

² Vide, nomeadamente, arts. 02.º, 03.º, 04.º e 05.º, do Tratado da União Europeia [doravante TUE], 258.º, 260.º, 288.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia [doravante TFUE], 08.º, n.º 4, e 112.º, n.º 8, da CRP, e aquilo que eram os prazos definidos nas referidas diretivas para que cada Estado-Membro procedesse à respetiva transposição [cfr., no caso, os arts. 51.º da Diretiva n.º 2014/23/UE («até 18 de abril de 2016»), 90.º da Diretiva n.º 2014/24/UE (também, por regra, «até 18 de abril de 2016» embora se prevejam outros prazos mais dilatados para determinadas situações ali especificadas - vide seus n.ºs 2 a 5), 106.º da Diretiva n.º 2014/25/UE (também, por regra, «até 18 de abril de 2016» e em que, igualmente, se preveem outros prazos mais dilatados para determinadas situações ali especificadas - vide seu n.º 2), e 11.º da Diretiva n.º 2014/55/UE («até 27 de novembro de 2018»)].

³ Cujas entrada em vigor se mostra fixada para o dia 1 de janeiro de 2018 [cfr. art. 13.º do referido DL], sendo que só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos, ficando excluída a sua aplicação às prorrogações [expressas ou tácitas] do prazo de execução das prestações objeto de contratos públicos cujo procedimento se iniciou em data prévia à entrada em vigor do mesmo diploma [cfr. seu art. 12.º, n.ºs 1 e 2].

Veja-se, assim, o regime que passou a decorrer dos arts. 01.º, n.º 2, 05.º [*contratação excluída*], 05.º-A [*contratos no âmbito do setor público*], 05.º-B [*regime da contratação excluída*] e 06.º-A [*contratos de serviços sociais e de outros serviços específicos*] do CCP, disciplinando-se a contratação excluída não sujeita à parte II do Código [falamos da formação de contratos cujo objeto abranja prestações que não estão, nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua formação].

Aí se abrangem, designadamente, 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 [cfr. n.º 2 do art. 05.º do CCP].

Por outro lado, e de harmonia com o disposto no art. 05.º-A também a parte II não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objeto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições:

- i) A entidade adjudicante exerça, direta ou indiretamente, sobre a atividade da outra pessoa coletiva, **isoladamente** ou **em conjunto** com outras entidades adjudicantes, um **controlo análogo** ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
- ii) A entidade controlada desenvolva mais de 80 % da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante ou entidades adjudicantes que a controlam, ou por outra ou outras entidades controladas por aquela ou aquelas entidades adjudicantes, consoante se trate de controlo isolado ou conjunto;
- iii) Não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção de formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio eventualmente exigidas por disposições especiais, em conformidade com os Tratados da União Europeia, e que não exerçam influência decisiva na pessoa coletiva controlada [n.º 1].

Mostram-se igualmente subtraídos à parte II os 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 [n.º 2], bem como os contratos celebrados exclusivamente entre duas ou mais entidades adjudicantes quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições:

- i) O contrato estabelece uma cooperação entre as entidades adjudicantes, no âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e que apresentam uma conexão relevante entre si;
- ii) A cooperação é regida exclusivamente por considerações de interesse público; e

iii) As entidades adjudicantes não exercem no mercado livre mais de 20 % das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação [n.º 5].

Para efeitos do n.º 1, entende-se 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 [n.º 3] e que existe “**controlo análogo conjunto**” quando estiverem preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições:

i) Os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as entidades adjudicantes participantes;

ii) As entidades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada; e

iii) A pessoa coletiva controlada não prossegue quaisquer interesses contrários aos interesses das entidades adjudicantes que a controlam [n.º 4].

Sendo que para efeitos do apuramento das percentagens previstas nas als. b) do n.º 1 e c) do n.º 5 deve ser tido em conta o volume médio total de negócios, ou uma medida alternativa adequada, baseada na atividade, tais como os custos suportados pela pessoa coletiva em causa no que diz respeito a serviços, fornecimentos ou obras, nos três anos anteriores ou, quando não tenha três anos de atividade concluídos, a projeção de atividades a desenvolver [n.º 6].

Frise-se, todavia e como deriva do art. 05.º-B, que este regime de contratação excluída [arts. 05.º e 05.º-A] fica sujeita aos princípios gerais da atividade administrativa, bem como, com as devidas adaptações face à natureza do contrato, aos princípios gerais da contratação pública previstos no n.º 1 do art. 01.º-A, devendo sempre ser feita menção à norma que fundamenta a não aplicação da parte II ao contrato em causa [n.º 1]. E quanto aos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos os mesmos ficam sujeitos às normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações.

Registava ainda nesta sede de âmbito de contratação excluída do CCP as alterações feitas ao art. 04.º onde se disciplinam vários tipos de contratos a que este Código não é aplicável⁴, alargando-se o elenco da contratação excluída que figurava no seu n.º 2⁵.

⁴ Aí se referem no seu n.º 1 os contratos celebrados ao abrigo: i) de convenção internacional previamente comunicada à Comissão Europeia, e concluída nos termos dos Tratados da União Europeia, entre a República Portuguesa e um ou mais Estados terceiros, respeitantes a obras, bens ou serviços destinados à realização ou exploração conjunta de um projeto pelos seus signatários; ii) de procedimento específico de uma organização internacional de que a República Portuguesa seja parte; iii) das regras aplicáveis aos contratos públicos determinadas por uma organização internacional ou instituição financeira internacional, quando os contratos em questão sejam financiados na íntegra por essa organização ou instituição; iv) de instrumentos 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; v) do disposto no art.

Como **segundo ponto** sinalizaria, por um lado, as alterações ao nível do elenco dos procedimentos para a formação de contratos com a criação de um novo procedimento para a aquisição de produtos ou serviços inovadores - a parceria para a inovação [cfr. al. g) do art. 16.º do CCP], cujo regime se mostra depois disciplinado, nomeadamente, nos arts. 30.º-A, 218.º-A e segs., e, por outro lado, o regime que veio a ser consagrado no n.º 8 do art. 17.º, preceito onde se passou a prever que “[o] valor do contrato não pode ser fracionado com o intuito de o excluir do cumprimento de quaisquer exigências legais, designadamente, das constantes do presente Código”. Seguiu-se aqui, entre outros, o entendimento que havia sido firmado no Acórdão do Tribunal de Contas [T.CONT] n.º 39/2010, de 03.11.2010 [1.ªS/SS - Procs. n.ºs 1175 a 1178/2010], nos Relatórios de Auditoria do mesmo Tribunal n.ºs 9/2012-FS/SRMTTC, 16/2012 e 06/2015-FS/SRATC, e no Acórdão do TCA Sul [TCA/S] de 11.07.2013 [Proc. n.º 06341/10], sendo que a propósito ainda do princípio do não fracionamento ou da unidade da despesa importará ainda ter presente o Acórdão do STA de 03.11.2005 [Proc. n.º 01377/03]. Visou-se, assim, proibir e reprimir as situações que indiciem fracionamento do valor do contrato ou de despesa com intenção de evitar um procedimento mais exigente ou de o subtrair à observância/sujeição de outros comandos legais.

Abrindo aqui um outro parêntese importa referir que algumas das novidades aportadas pela revisão/reforma de 2017 ao CCP prendem-se com alguns dos problemas, dificuldades e questões que, no domínio da contratação pública e da vigência do CCP e demais legislação conexa/extravagante, se colocaram aos tribunais administrativos na e para a decisão dos litígios aos mesmos submetidos. Como se pode ler no próprio preâmbulo do DL em referência, foi propósito do legislador proceder à introdução de “várias melhorias e aperfeiçoamentos ao regime vigente” e com as quais se visou “a correta interpretação e aplicação de diversas normas, beneficiando da experiência de aplicação e do trabalho da jurisprudência e da doutrina sobre o Código dos Contratos Públicos”.

Como **terceiro ponto** aludiria às regras em matéria de especificações técnicas no art. 49.º, muito inspiradas naquilo que foi sendo a jurisprudência vasta produzida em matéria de proibição de especificações técnicas discriminatórias, já que violadoras, nomeadamente, das liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços e dos princípios da igualdade, da concorrência e não-discriminação [vejam-se, entre muitos outros, o Acórdão do TJUE de 22.10.2015 (Proc. C-552/13 - “Grupo Hospitalario Quirón SA”); o Acórdão do T.CONT n.º 40/2010, de 03.11.2010 [1ª S/SS - Proc. n.º 1303/2010); os Acórdãos do TCA/N de 20.01.2011 - Proc. n.º 00223/10.4BEMDL, de 18.03.2016 - Proc. n.º 03536/14.2BEPRT, de 18.07.2016 - Proc. n.º 03661/15.2BEBRG, e de 09.09.2016 - Proc. n.º 00034/15.0BEAVR; e os Acórdãos do TCA/S de 27.10.2011 - Proc. n.º 07952/11, de 12.04.2012 - Proc. n.º 08648/12, de 21.06.2012 - Proc. n.º 08869/12, de 19.06.2014 - Proc. n.º 11153/14, e de 06.11.2014 - Proc. n.º 11328/14], ou de prova da conformidade da obra, bem móvel ou serviço proposto pelo concorrente com os

346.º do TFUE; vi) de acordo ou convénio internacional relativo ao estacionamento de tropas e que envolva empresas de um Estado-Membro ou de um país terceiro.

⁵ Além dos que ali já figuravam, foram aditados os contratos que se destinem à satisfação das necessidades dos serviços periféricos ou de delegações das entidades adjudicantes referidas no art. 02.º situadas fora do território nacional e, como tal, sujeitas ao regime jurídico da lei que se considere aplicável nos termos gerais do direito internacional, exceto quanto a contratos celebrados e executados no território do Espaço Económico Europeu cujo valor seja superior ao referido nas als. a), b) e c) do n.º 3 do art. 474.º, caso em que se aplica a parte II do Código.

requisitos [veja-se, v.g., o Acórdão do STA de 13.01.2011 - Proc. n.º 0839/10; o Acórdão do TCA/N de 11.02.2015 - Proc. n.º 00272/14.3BEMDL; e o Acórdão do TCA/S de 23.02.2012 - Proc. n.º 08433/12].

E ainda às alterações que se prendem com *“rótulos e relatórios de ensaios, certificação e outros meios de prova”*, insertas no art. 49.º-A, passando a prever-se que a entidade adjudicante pode exigir, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das obras públicas:

- i) Rótulo específico para atestar que as obras, bens móveis ou serviços correspondem às características exigidas;
- ii) Apresentação de um relatório de ensaio de um organismo de avaliação da conformidade ou um certificado emitido por tal organismo como meio de prova da conformidade com os requisitos ou critérios estabelecidos;
- iii) Apresentação de amostras de produtos que pretendem adquirir.

Recordaria, aqui, nomeadamente, o Acórdão do STA de 22.09.2016 [Proc. n.º 0870/16], relatado aliás pela Sr.ª Conselheira Maria Benedita Malaquias Pires Urbano (aqui a Moderadora) no qual foi considerado que a exigência feita nas peças procedimentais da apresentação de um protótipo não era ilegal, aduzindo-se como motivação para o seu juízo, presente o quadro legal então vigente, o de que se o art. 57.º do CCP *“não fala especificamente em documentos escritos”* ocorria, no entanto, que a al. b) do mesmo preceito continha *“uma redação onde se pode facilmente enquadrar a exigência de amostras, maquettes ou protótipos («Documentos que, em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar»” - poderia ler-se então, sendo certo que não sendo possível exigir tal protótipo isso implicaria que “não seriam possíveis os concursos de conceção”, realidade que era desmentida pelo CCP que, quanto aos mesmos “fala claramente em «documentos que materializam os trabalhos de conceção» (v.g., art. 231, n.º 1, do CCP)”*.

Passando ao **quarto ponto** em que se registam mudanças apontaria a matéria dos *“impedimentos”* dos candidatos/concorrentes e da relevação dos mesmos impedimentos [cfr. arts. 55.º e 55.º-A], impondo-se aqui elencar alguns aspetos inovatórios.

Entre estes conta-se o impedimento ora previsto na al. l) do n.º 1 do art. 55.º, através do que se transpõe o disciplinado na al. g) do n.º 4 do art. 57.º da Diretiva n.º 2014/24/UE, passando a estar impedido de se candidatar ou concorrer quem tenha sido *“acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de, pelo menos, um contrato público anterior nos últimos três anos, tendo tal facto conduzido à resolução desse contrato por incumprimento, ao pagamento de indemnização resultante de incumprimento, à aplicação de sanções que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 329.º, ou a outras sanções equivalentes”*.

Convocaria, no caso, a situação que havia sido julgada à luz do regime normativo então vigente pelo Acórdão do STA de 12.03.2015 [Proc. n.º 01469/14] e em que o referido quadro legal se revelou insuficiente para responder às situações passíveis, hoje, de eventualmente virem a mostrar-se abrangidas pela referida alínea l) do n.º 1 do normativo em referência.

De notar ainda que no domínio dos impedimentos à apresentação de proposta/candidatura e da sua relevação fundada na ausência de situação regularizada relativamente a contribuições para a segurança social ou 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 [als. d) e e) do n.º 1 do art. 55.º] decorre do n.º 1 do atual art. 55.º-A que “[o] disposto nas alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo anterior aplica-se sem prejuízo dos regimes de regularização de dívidas fiscais e dívidas à Segurança Social em vigor”, impondo-se ter presente nesta sede e interpretação deste quadro o entendimento do TJUE, firmado no seu Acórdão de 10.11.2016 [“Ciclat Soc. Coop.” - Proc. C-199/15, §§ 28 a 40], de que o então art. 45.º da Diretiva 2004/18/CE “deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que obriga a entidade adjudicante a considerar motivo de exclusão a infração em matéria de pagamento de contribuições para a segurança social, declarada num certificado pedido officiosamente pela entidade adjudicante e emitido pelos organismos da segurança social, quando essa infração existia na data da participação num concurso, mesmo que já não exista na data da adjudicação ou do controlo officioso pela entidade adjudicante”.

A atentar ainda no impedimento previsto na al. k) do n.º 1 do art. 55.º [em que se estipula o impedimento para aqueles que “[e]stejam abrangidas por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão”] e em que para efeitos do mesmo se prevê no n.º 2 do preceito que “podem ser ponderadas, como medidas menos gravosas que a exclusão, designadamente, a substituição de membros do júri ou de peritos que prestem apoio ao júri, a instituição de sistemas de reconfirmação de análises, apreciações ou aferições técnicas, ou a proibição de o concorrente recorrer a um determinado subcontratado”, regime este que se mostra enformado pelo princípio da proporcionalidade e a ser aplicado em linha com aquilo que é a jurisprudência do TJUE produzida em interpretação e aplicação de tal princípio.

O tempo já vai longo ...

Passaria ao **último ponto, o quinto**, numa dupla vertente.

Por um lado, o instituto ou na figura do **preço anormalmente baixo**.

E do outro, a matéria de **adjudicação e seus critérios** [arts. 73.º, 74.º e 75.º].

Dado este último ser objeto de expresso tratamento em comunicação no âmbito desta ação de formação a decorrer amanhã, a cargo de Ilustre Oradora, serei muito breve.

Diria apenas que nesta sede se registaram também mudanças significativas, a começar, pela eliminação do **critério de adjudicação** do preço mais baixo com a previsão como único critério o da “*proposta economicamente mais vantajosa*” [cfr. n.º 1 do art. 74.º] [em linha com o

regime que se mostra previsto no art. 67.º da Diretiva n.º 2014/24/UE e que importava transpor para o ordenamento interno], passando a adjudicação a ser “*feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, determinada por uma das seguintes modalidades: a) Melhor relação qualidade-preço, na qual o critério de adjudicação é composto por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, relacionados com diversos aspetos da execução do contrato a celebrar; b) Avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar*”, cientes de que “[a] utilização da modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 só é permitida quando as peças do procedimento definam todos os restantes elementos da execução do contrato a celebrar” [vide n.º 3 do mesmo preceito].

E, depois, pela introdução no convite ou no programa do procedimento não só da obrigatoriedade da definição dum critério desempate [cfr. n.º 4 do mesmo artigo e o seu n.º 6 quanto à exemplificação de possíveis critérios de desempate a serem utilizados], mas também da proibição da utilização como critério de desempate do “*critério do momento de entrega da proposta*” [cfr. n.º 5 do referido preceito].

Tal entendimento já havia sido sustentado, aliás, pelo T. Contas no seu Acórdão n.º 01/2013, de 08.01.2013 [1ª S/SS - Proc. n.º 1481/2012], tendo afirmado que “... «nos concursos que visem a celebração de contratos regulados pelas Diretivas Comunitárias - empreitadas e aquisição de bens e serviços e concessões de obras públicas - e, ainda, concessões de serviços públicos, os critérios de adjudicação têm que dizer respeito a aspetos ou elementos («atributos») da proposta» ...”, sendo que “a data/hora entrada da proposta é uma questão de admissibilidade da proposta, referindo-se ao cumprimento de requisitos para entrar no concurso”, razão pela qual “[e]xcecionado o caso dos processos urgentes (em que está em causa a igualdade do critério do mais baixo preço), a data hora da entrada da proposta nunca pode ser critério de avaliação, porque não é atributo da proposta”.

Quando à figura do **preço anormalmente baixo** temos que o seu regime legal definido no CCP na sua anterior redação aliado com o regime de exclusão de propostas suscitou vários problemas e questões, revelando-se como fonte de vários litígios⁽⁶⁾.

Dessa diversidade de problemas e de questões selecionaremos para análise apenas uma questão, dadas as limitações de tempo.

Assim, suscitou-se litígio em torno da regra de instrução de proposta contendo preço anormalmente baixo numa situação em que o concorrente sabia, objetivamente e de antemão, de que a sua proposta continha um preço que padecia de tal anomalia e de qual deveria ser o posicionamento do júri e destino/consequências para a proposta.

No caso concreto sob julgamento [realizado através do Acórdão do STA de 20.10.2016 - Proc. n.º 01472/14] estava em causa a apreciação da legalidade de ato procedimental que não havia

⁶ Vejam-se, nomeadamente, neste domínio os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo [«STA»] de 14.12.2013 (Proc. n.º 0912/12), de 03.12.2015 (Proc. n.º 0657/15), de 16.12.2015 (Proc. n.º 01047/15), de 07.01.2016 (Proc. n.º 01021/15), de 28.01.2016 (Proc. n.º 01255/15), de 20.06.2017 (Proc. n.º 0326/17), e de 12.07.2017 (Proc. n.º 0328/17)].

excluído do âmbito de concurso público propostas que haviam sido apresentadas por vários concorrentes sem que as mesmas tivessem sido acompanhadas da junção de documento contendo a justificação para a apresentação de proposta com preço anormalmente baixo quando tal anomalia era objetivamente conhecida por cada um dos concorrentes no momento em que a apresentou, centrando-se o diferendo na interpretação e aplicação do regime decorrente dos arts. 57.º, n.º 1, al. d), 70.º, n.º 2, al. e), 71.º, 72.º, 132.º, n.º 2, e 146.º, n.º 2, al. d), todos do CCP na anterior redação, e tendo ainda presente o disposto no art. 55.º da já referida Diretiva n.º 2004/18/CE.

A figura ou o instituto do preço anormalmente baixo constitui mecanismo através do qual se procura identificar e responder a práticas censuráveis já que contrárias à sã concorrência, fruto não apenas de comportamentos voluntaristas irresponsáveis, mas também de comportamentos intencionais que visam subverter as regras, permitindo distinguir aquilo que sejam propostas credíveis quanto ao preço apresentado que, sendo baixo, acabam por corresponder ao preço de mercado e aquelas que o não sejam já que temerárias.

O mesmo assumia especial acuidade no contexto de utilização como critério de escolha/adjudicação do critério do preço mais baixo e enquanto forma de relação entre o preço e aquele critério de adjudicação, de molde a assegurar a credibilidade de cada proposta em termos da entidade adjudicante poder confiar na suscetibilidade da sua execução pelo concorrente sem riscos de incumprimento.

Através do respetivo do regime normativo, no qual, note-se, inexistia e inexistiu uma definição legal do que seja uma proposta cujo preço revista de tal natureza, visa-se promover uma conciliação em simultâneo de interesses da Administração, ou seja, por um lado, do interesse da mesma naquilo que é uma boa aplicação dos recursos públicos em contratar nas melhores condições do mercado através da obtenção, numa ambiência concorrencial, do mais baixo preço possível e, por outro lado, do interesse em que o faça num quadro de segurança quanto ao risco que possa advir duma adjudicação por preço demasiado baixo a ponto de poder comprometer a execução perfeita e adequada do objeto do contrato com os consequentes aumentos dos custos e dos encargos que se vêm a mostrar necessários para ultrapassar o problema gerado pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso do outro cocontratante [vide, entre outros, os Acórdãos do STA de 26.09.2013 - Proc. n.º 01127/13 e de 20.10.2016 - Proc. n.º 01472/14].

O regime de contratação então vigente determinava ou identificava uma proposta como contendo um preço anormalmente baixo através de um sistema misto já que, por um lado, mostrava-se fixado na lei previamente um critério automático destinado a identificar as propostas que padeciam daquela anomalia [cfr. o art. 71.º, n.º 1, onde se considerava “*que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo quando seja: a) 40 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas; b) 50 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de qualquer dos restantes contratos*”], critério esse supletivo visto suscetível de ser “afastado” ou “substituído” por um outro critério também automático através das regras que viessem a ser definidas para cada procedimento [cfr. os arts. 71.º, n.º 1,

115.º, n.º 3, 132.º, n.º 2, 189.º, n.º 3, do mesmo Código], mediante o estabelecimento pelas entidades adjudicantes, caso a caso, dum critério de determinação automática do limiar da anomalia, mormente, através ou da i) indicação direta dum valor expresso em euros; ou da ii) referência a uma fórmula matemática calculada em função duma percentagem do preço base; ou ainda de iii) uma fórmula matemática de cálculo em função da média dos concretos preços apostos nas propostas apresentadas pelos vários concorrentes.

Com o atual regime do CCP revisto veio-se proceder à eliminação do critério automático que se mostrava fixado no referido n.º 1 do art. 71.º, passando a disciplinar-se que as entidades adjudicantes “*podem definir, no programa de concurso ou no convite, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo, tendo em conta o desvio percentual em relação à média dos preços das propostas a admitir, ou outros critérios considerados adequados*”, cientes de que as mesmas devem “*fundamentar a necessidade de fixação do preço ou do custo anormalmente baixo, bem como os critérios que presidiram a essa fixação, designadamente os preços médios obtidos na consulta preliminar ao mercado, se tiver existido*” [cfr. n.º 2 do mesmo preceito]. Ou seja, a regra de fixação do critério do preço anormalmente baixo deixou de estar indexada ao preço base.

Ora em termos daquilo que eram as consequências decorrentes da classificação duma proposta como contendo um preço anormalmente baixo já resultava da análise do regime contratação pública então vigente [cfr. os arts. 70.º, n.º 2, al. e), e 71.º, n.º 3, ambos do referido Código] muito fruto da influência comunitária, a enunciação duma regra de que a exclusão de tal proposta não era automática, sendo necessário que previamente a uma tal decisão fosse dada a oportunidade ao concorrente de justificar o preço apresentado.

Do referido regime fluía que aos autores de propostas cujo preço fosse considerado anormalmente baixo [enquanto classificação resultante do operar ou da aplicação automática de critérios ou fórmulas matemáticas ou de expressa decisão tomada pela entidade adjudicante no uso de poderes discricionários] devia ser dada oportunidade de, no âmbito dum debate contraditório^{(7) (8)} e em prazo razoável, se pronunciarem sobre a intenção da

⁷ No Acórdão do TJUE de 29.03.2012 - «SAG ELV ...» [Proc. n.º C-599/10, § 29, consultável in: «www.curia.europa.eu/juris/» - sítio a que se reportarão todas as demais citações de acórdãos daquele Tribunal sem expressa referência em contrário], afirmou-se, nomeadamente, que “*a existência de um debate contraditório efetivo entre a entidade adjudicante e o concorrente, num momento útil do procedimento de análise das propostas, para este poder provar a seriedade da sua proposta, constitui uma exigência fundamental da Diretiva 2004/18, com vista a evitar a arbitrariedade da entidade adjudicante e garantir uma sã concorrência entre as empresas*”.

⁸ Também no Acórdão do TJUE de 18.12.2014 - «Data Medical Service» [Proc. n.º C-568/13, §§ 46, 47, 48 e 50] se sustentou que “*resulta da redação do artigo 37.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 92/50 que a possibilidade de rejeitar uma proposta anormalmente baixa não se limita apenas ao caso em que a modicidade do preço proposto é justificada pela obtenção de um auxílio de Estado ilegal ou incompatível com o mercado interno. Com efeito, esta possibilidade tem um carácter mais geral. (...) Por um lado, decorre da redação desta disposição que a entidade adjudicante está sujeita, aquando da análise do carácter anormalmente baixo de uma proposta, à obrigação de pedir ao candidato que apresente as justificações necessárias para provar a seriedade da sua proposta (...). (...) Por conseguinte, a existência de um debate contraditório efetivo entre a entidade adjudicante e o concorrente, num momento útil do procedimento de análise das propostas, para este poder provar a seriedade da sua proposta, constitui uma exigência fundamental da Diretiva 92/50, com vista a evitar a arbitrariedade da entidade adjudicante e garantir uma concorrência sã entre as empresas (...). (...) o carácter anormalmente baixo de uma proposta deve ser apreciado «face à prestação». Assim a entidade adjudicante pode, no âmbito da sua análise do carácter anormalmente baixo de uma proposta, com vista a assegurar uma concorrência sã, tomar em consideração não só as circunstâncias*

entidade adjudicante de vir a excluir as suas propostas com esse fundamento e de, assim, apresentarem esclarecimentos complementares sobre os elementos que sejam relevantes para a formação do preço, presente que certas fórmulas matemáticas não podiam ser erigidas em critérios automáticos de exclusão dado os proponentes terem de ser ouvidos após se determinar que a proposta preenchia o critério formal que as fazia incorrer no qualificativo que justificava a exclusão e os seus esclarecimentos terem de ser devidamente ponderados.

Esta linha interpretativa encontrava respaldo na jurisprudência do TJUE⁽⁹⁾, bem como na do STA [cfr., entre outros, Acórdãos do STA de 25.09.1997 - Proc. n.º 035168 e de 20.10.2016 - Proc. n.º 01472/14], extraíndo-se da referida jurisprudência que um dos objetivos que presidia ao quadro normativo na matéria é o da maior abertura possível à concorrência, abertura essa que é, também, do próprio interesse da entidade adjudicante envolvida, já que a mesma disporia, assim, de uma escolha mais alargada quanto à proposta mais vantajosa e mais adequada às necessidades do organismo em causa, promovendo a boa administração e aplicação dos recursos públicos.

Dela mais derivava a existência dum propósito de imposição à entidade adjudicante de exigência quanto à verificação da composição das propostas que quanto ao preço apresentassem um caráter anormalmente baixo, imposição essa que se manifestava através da obrigação de solicitar aos concorrentes que apresentassem as justificações necessárias para provarem a seriedade das suas propostas, negando-se ou não se admitindo a exclusão automática de proposta que contivesse um preço anormalmente baixo decorrente do simples e mero operar de fórmulas ou critérios matemáticos e que não permitisse aos concorrentes captar previamente o limiar da anomalia⁽¹⁰⁾.

enunciadas no artigo 37.º, n.º 2, da Diretiva 92/50, mas também todos os elementos pertinentes à luz da prestação em causa”.

⁹ Cfr., entre outros, e para além dos acórdãos já referidos, os Acórdãos do TJUE de 10.02.1982 - «*Transporoute et Travaux*» (Proc. n.º C-76/81), de 22.06.1989 - «*Fratelli Costanzo SpA*» (Proc. n.º C-103/88), de 26.10.1995 - «*Furlanis*» (Proc. n.º C-143/94), de 16.10.1997 - «*Hera SpA*» (Proc. n.º C-304/96), de 27.11.2001 - «*Impresa Lombardi SpA*» e «*Impresa Ing. Mantovani SpA*» (Procs. C-285/99 e C-286/99), de 15.05.2008 - «*SECAP SpA*» (Procs. C-147/06 e C-148/06), de 23.12.2009 - «*Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)*» (Proc. n.º C-305/08) e de 19.10.2017 - «*Agriconsulting Europe SA*» (Proc. C-198/16 P), jurisprudência produzida em face daquilo que foi sendo o sucessivo quadro normativo comunitário [vide, nomeadamente, os arts. 29.º, n.º 5, da Diretiva n.º 71/305, 37.º da Diretiva n.º 92/50/CEE, 30.º, n.º 4, da Diretiva n.º 93/37/CEE, 55.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2004/18/CE, sendo quanto ao último dos acórdãos citados, importa ainda atentar aos arts. 139.º, n.º 1, e 146.º, n.º 4, do Regulamento (CE/EURATOM) n.º 2342/2002].

¹⁰ Sustentou o TJUE no seu Acórdão de 27.11.2001 [Procs. n.ºs C-285/99 e C-286/99] que “o artigo 29.º, n.º 5, da Diretiva 71/305 proíbe aos Estados-Membros a aplicação de disposições que prevejam a exclusão automática dos concursos de adjudicação de empreitadas de obras públicas de certas propostas, determinadas segundo um critério matemático, em vez de imporem às entidades adjudicantes a aplicação do procedimento de verificação contraditória previsto na diretiva (...). (...) O Tribunal de Justiça declarou, assim, que o artigo 29.º, n.º 5, da Diretiva 71/305 exige à entidade adjudicante que verifique a composição das propostas que apresentem um caráter anormalmente baixo e impõe-lhe, para o efeito, a obrigação de solicitar ao concorrente que apresente as justificações necessárias (...). (...) Segundo o Tribunal de Justiça, um critério matemático, por aplicação do qual seriam consideradas anómalas e, portanto, excluídas do processo de adjudicação as propostas que excedam em menos de 10% o excesso médio em relação ao preço-base fixado como valor da empreitada das propostas admitidas a concurso, retira aos concorrentes que tenham apresentado propostas especialmente baixas a possibilidade de provarem que as mesmas são sérias, de modo que a aplicação deste critério é contrária ao objetivo da Diretiva 71/305, que é o de favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efetiva em matéria de contratos públicos (...)” e, reportando-se já à Diretiva n.º 93/37, afirmou que o “o artigo 30.º, n.º 4, da diretiva pressupõe necessariamente que seja seguido o procedimento de verificação contraditório das propostas consideradas anormalmente baixas pela entidade adjudicante, que impõe a esta a obrigação, depois de ter tomado conhecimento da totalidade das

Sendo esta a linha interpretativa que enformava e marcava o nosso regime regra de exclusão de proposta que contivesse um preço anormalmente baixo, que, diga-se, como iremos ver adiante, saiu reforçada com a recente revisão operada pelo DL n.º 111-B/2017, importava, no caso, apurar se a regra que da mesma se extraía tinha valia absoluta ou se, ao invés, comportava alguma exceção.

De facto, centrando a análise no quadro normativo e concursal que ali estava em presença, considerou-se no acórdão do STA de 20.10.2016 [Proc. n.º 01472/14], de que se mostrava como adequada e ajustada uma solução de imposição de instrução *ab initio* duma proposta com documento onde estivessem contidos os esclarecimentos justificativos da apresentação de preço anormalmente baixo quando esse preço resultasse, direta ou indiretamente, das peças do procedimento tal como se previa no art. 57.º, n.º 1, al. d), do CCP/2008 e/ou pudesse constar igualmente das próprias peças do procedimento e em que aquela falha instrutiva fosse sancionada com a exclusão da proposta do procedimento [cfr. art. 146.º, n.º 2, al. d), do mesmo Código].

Sustentou-se, para tal, assim a existência ou imposição, no caso, dum dever ou o ónus de instrução por parte de cada concorrente da justificação sobre o preço anormalmente baixo desde logo conjuntamente com a proposta apresentada e sem possibilidade do seu suprimento naquelas situações em que os concorrentes, sem margem para dúvidas, conheciam ou podiam conhecer o limiar daquela anomalia dado esta derivar, direta ou indiretamente, das peças do procedimento.

Se era certa a consagração no CCP/2008 duma regra de inadmissibilidade de exclusão automática de proposta de concorrente que contivesse preço anormalmente baixo apurado, nomeadamente, pelo simples e mero apelo a fórmulas ou critérios matemáticos e sem que antes, por escrito e em prazo adequado, tivesse sido solicitado ao concorrente proponente que prestasse os esclarecimentos justificativos do preço apresentado, enquanto elemento constitutivo da proposta sujeito à concorrência, entendeu-se, no entanto, que uma tal regra apenas deveria valer ou fazer sentido para as situações em que aquele concorrente não pôde ou não lhe foi permitido captar previamente o limiar da anomalia e, assim, conscientemente poder ter-se determinado quanto ao preço que apôs na sua proposta.

Tal dever ou ónus de instrução mostrava-se, no entendimento que obteve vencimento no acórdão, conforme, desde logo, com o princípio da igualdade de tratamento entre concorrentes no que tange às exigências do assegurar a todos os concorrentes de iguais oportunidades de formulação dos termos das suas propostas e da decorrente estabilidade/intangibilidade destas, presente que o aceitar e admitir que o concorrente pudesse juntar posteriormente documento com aquela função e natureza, seja por sua própria iniciativa seja por determinação do júri e quanto a elemento objetivo que o mesmo controlava e/ou que não podia dizer que lhe escapar, acabaria ou poderia acabar por redundar numa “vantagem” para o mesmo contrária ao disposto, nomeadamente, nos arts. 57.º, n.º 1, al. d),

propostas e antes de decidir sobre a adjudicação da empreitada, de solicitar, primeiro, por escrito, esclarecimentos sobre os elementos da proposta suspeita de anomalia que suscitaram concretamente dúvidas da sua parte e de apreciar, a seguir, essa proposta, tendo em conta as justificações dadas pelo concorrente em causa em resposta a essa solicitação”.

70.º, n.º 2, al. e), 71.º, n.ºs 2, 3 e 4, 72.º, 132.º, n.º 2, e 146.º, n.º 2, al. d), do CCP/2008, e das regras disciplinadoras da realização dos procedimentos de formação de contratos no âmbito das plataformas eletrónicas ⁽¹¹⁾[vide, os arts. 02.º, 07.º, 10.º, 12.º, 14.º, 15.º, e 16.º, todos do DL n.º 143-A/2008, de 25.07, e, bem assim, os arts. 05.º, 06.º, 11.º, 12.º, 16.º, 17.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 26.º/34.º todos da Portaria n.º 701-G/2008, 29.07 [à data vigentes e entretanto revogados - pela Lei n.º 96/2015, de 17.08 (vide seu art. 94.º)].

E, para além disso, o mesmo dever de instrução imposto *ex ante* radicava sua fundamentação, igualmente, num princípio geral de colaboração dos concorrentes para com a entidade adjudicante, de aceleração e eficiência procedimental, bem como mesmo duma garantia adicional da seriedade com que cada proposta deve ser apresentada, tanto mais que as justificações a serem produzidas destinavam-se a conferir seriedade e credibilidade à proposta, removendo a suspeita que sobre a mesma recaia de conter preço anormalmente baixo já que abaixo do referido limiar da anomalia.

Concluiu-se, então, no sentido de que o regime regra neste domínio decorrente mormente do n.º 3 do art. 71.º do CCP/2008 comportaria uma exceção, já que não se aplicaria nas situações em que os concorrentes conheciam ou não podiam deixar de conhecer o limiar da anomalia em questão, sob pena de violação do citado quadro legal de harmonia com a interpretação ali feita e, bem assim, dos princípios da igualdade e da concorrência.

Pese embora o legislador, no preâmbulo do DL n.º 111-B/2017, se haver limitado a referir que com a revisão operada no CCP se procedeu à *“alteração da regra de fixação do critério do preço anormalmente baixo, eliminando a sua indexação ao preço base”*, temos que o regime normativo ora introduzido neste domínio, com o desaparecimento do critério legal supletivo conjugado com a revogação operada naquilo que era o teor da al. d) do n.º 1 do art. 57.º do CCP [em que se estipulava que *“[a] proposta é constituída pelos seguintes documentos: (...) d) Documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, quando esse preço resulte, direta ou indiretamente, das peças do procedimento”*] e decorrente impacto em termos da decisão de exclusão da proposta face ao teor dos termos da al. d) do n.º 2 do art. 146.º do mesmo Código, parecem apontar no sentido da necessária inflexão do entendimento firmado no acórdão em referência.

É certo que a interpretação nele veiculada não contendia, note-se, com aquilo que era e é a jurisprudência do «TJUE» supra citada já que da mesma não decorria, nem uma absoluta proibição da possibilidade de adoção de critérios de determinação automática do limiar da anomalia das propostas quanto ao preço nelas aposto ⁽¹²⁾, tanto mais que tais critérios introduzem eficiência nos procedimentos e limitações ao poder discricionário prevenindo

¹¹ Cfr., na doutrina, João Amaral e Almeida em *“As propostas de preço anormalmente baixo” in: “Estudos da Contratação Pública”, (CEDIPRE), III, págs. 87 e segs., em especial, págs. 122/134; Jorge Andrade da Silva in: “Código dos Contratos Públicos - Comentado e Anotado” (2008), págs. 217/218; Gonçalo Guerra Tavares e Nuno M. Duarte in: “Código dos Contratos Públicos Comentado”, vol. I, págs. 42, 275/276; Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira in: *ob. cit.*, págs. 591 e 939, nota 224.*

¹² Cfr., v.g., os §§ 68 a 73 do citado Acórdão do TJUE de 27.11.2001 - Procs. n.ºs C-285/99 e C-286/99.

abusos, nem também que seja imposto previamente à exclusão de proposta a existência para todas as situações dum contraditório a ter lugar sempre *a posteriori*⁽¹³⁾.

Ocorre, porém, que face a uma ausência de regra no programa do concurso ou no convite [a admitir que o regime legal vertido no atual art. 71.º, n.ºs 2 e 3 do CCP não encerra em si regra imperativa que impenda em termos absolutos sobre as entidades adjudicantes e sem margem ou possibilidade de comportar quaisquer exceções, não autorizando, como tal, o seu afastamento através das peças do procedimento] que defina, de forma inequívoca e sem margem para dúvidas, o que constitui uma proposta que contenha preço ou custo anormalmente baixo e que exija a necessária instrução da proposta com documento contendo a justificação desse preço ou custo reputado de anormalmente baixo, sancionando diretamente tal omissão instrutória com a exclusão de tal proposta, temos que, no quadro do atual regime definido para o preço ou custo anormalmente baixo, mostra-se afastada a possibilidade do sancionamento com a exclusão de proposta para os concorrentes que hajam omitido a instrução com documento contendo os esclarecimentos justificativos da apresentação de tal preço ou custo mesmo quando estes resultem, direta ou indiretamente, das peças do procedimento.

Se o regime decorrente, nomeadamente, dos arts. 57.º, n.º 1, al. d), 70.º, n.º 2, al. e), 71.º, n.ºs 2, 3 e 4, 72.º, 132.º, n.º 2, e 146.º, n.º 2, al. d), do CCP na anterior redação, permitiam, então, fundar o entendimento, ainda que com alguma margem dubitativa, da existência em situações como as descritas no acórdão de uma exceção ao regime regra aludido e que se mostrava enunciado, mormente, no n.º 3 do art. 71.º do CCP, creio que, face à revogação entretanto operada naquilo que constituía um fundamento de exclusão da proposta por omissão de devida instrução documental [cfr. arts. 57.º, n.º 1, al. d), e 146.º, n.º 2, al. d), ambos do CCP na anterior redação] e ao que deriva dos arts. 70.º, n.º 2, als. a) e e), e 71.º, deixou de ser defensável uma tal interpretação e entendimento.

Com efeito, impõe-se, atualmente, uma leitura que passa pela afirmação plena do regime regra, ou seja, de que previamente à decisão de exclusão de proposta fundada no facto da mesma conter preço ou custo anormalmente baixo existirá ou mostra-se imposto sempre, como dever que impendente sobre a entidade adjudicante, um convite à apresentação, por escrito e em prazo razoável, de esclarecimentos por parte dos concorrentes proponentes relativos aos elementos constitutivos relevantes da respetiva proposta, presente ainda que, para além dos motivos justificativos da análise a realizar neste contexto e já constantes do anterior regime [como os respeitantes à *“economia do processo de construção, de fabrico ou de prestação do serviço”*, à *“originalidade da obra, dos bens ou dos serviços propostos”*, à *“possibilidade de obtenção de um auxílio de Estado pelo concorrente, desde que legalmente concedido”*, ou então às *“soluções técnicas adotadas ou às condições excecionalmente favoráveis de que o concorrente comprovadamente disponha para a execução da prestação objeto do contrato a celebrar”*, ou também às *“específicas condições de trabalho de que beneficia o concorrente”* - cfr. als. a) a e) do n.º 4 do art. 71.º do CCP em ambas as redações] foram ainda aditados outros motivos como o da *“verificação da decomposição do respetivo*

¹³ Vejam-se, nomeadamente, os §§ 60 e segs. do citado Acórdão do TJUE de 27.11.2001 - Procs. n.ºs C-285/99 e C-286/99.

preço, por meio de documentos comprovativos dos preços unitários incorporados no mesmo, nomeadamente folhas de pagamento e declarações de fornecedores, que atestem a conformidade dos preços apresentados e demonstrem a sua racionalidade económica” e do “cumprimento das obrigações decorrentes da legislação em matéria ambiental, social e laboral, referidas no n.º 2 do artigo 1.º-A” [este em transposição do regime inserto, mormente, nas als. d) e e) do n.º 2 do art. 69.º da Diretiva n.º 2014/24/UE e das als. d) e e) do n.º 2 do art. 84.º da Diretiva n.º 2014/25/UE, regime esse que contem um leque exemplificativo mais vasto que o que derivava das anteriores Diretivas - cfr. n.º 1 do art. 55.º da Diretiva n.º 2004/18/CE e n.º 1 do art. 57.º da Diretiva n.º 2004/17/CE], esclarecendo-se, assim, também aqui algumas dúvidas e diferendos que, por vezes, se suscitaram quanto ao leque e âmbito dos motivos justificativos utilizados neste domínio.

Não gostaria de terminar sem deixar aqui uma **última nota** quanto a aspeto que me parece deveria ter merecido o cuidado do legislador.

E a mesma prende-se com as **regras contagem do prazo de apresentação de uma proposta**.

Assim, no quadro da aplicação do CCP/2008 [cfr. o regime decorrente dos arts. 130.º, 131.º, e 136.º, todos do mesmo Código, através do qual, nomeadamente, se procedeu à transposição do que se preceituava no art. 38.º da Diretiva n.º 2004/18/CE] em articulação com o previsto, nomeadamente, na Portaria n.º 701-A/2008, de 29 de julho [vide os seus arts. 03.º, n.ºs 1, 3 e 4 e 05.º, n.ºs 4 e 5 - diploma no qual se estabeleceram os modelos de anúncio de procedimentos pré-contratuais previstos no CCP a publicitar no Diário da República -, e que se mantém vigor - cfr. art. 10.º do DL n.º 111-B/2017], suscitou-se o problema de saber qual o termo inicial a atender para efeitos de início da contagem do prazo de apresentação de uma proposta no quadro de concurso público quando do anúncio que o publicitou, no Diário da República [DR] e no Jornal Oficial da União Europeia [JOUE], constavam datas diversas como sendo as de envio. No caso⁽¹⁴⁾, suscitou-se problema gerado, alegadamente, pelo facto de, no plano interno, o anúncio publicado no «DR» assumir automaticamente como data de envio não a que constava do ofício ou aquela em que se procedeu ao preenchimento do formulário de anúncio na plataforma/portal “Diário da República Eletrónico” [DRE], gerido pela “Imprensa Nacional-Casa da Moeda, SA” [INCM], mas aquela em que se procedeu ao pagamento do

¹⁴ Apreciado pelo Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte [«TCA/N»] de 25.01.2013 - Proc. n.º 01312/11.3BEBRG, consultável em «www.dgsi.pt/jtcn» - sítio a que se reportarão todas as demais citações de acórdãos daquele Tribunal sem expressa referência em contrário.

No caso os anúncios teriam sido alegadamente remetidos em simultâneo para publicação no «JOUE e no «DR» (realidade essa, todavia, ali não inteiramente líquida), só tendo assumido no «DR» como data de envio uma data diversa por motivo do preenchimento automático desse campo pela plataforma eletrónica, situação que ocorreu e virá a ocorrer sempre que o pagamento do anúncio não fosse ou não venha a ser realizado no mesmo dia da submissão/envio daquele para publicação no «DR» ou no «JOUE», colocando-se problemas quanto à definição do termo inicial relativo ao prazo de apresentação de propostas [para os concursos públicos (vide arts. 130.º, 131.º, 135.º, 136.º, quer do CCP - versão 2008 como na versão 2015) e para os concursos públicos urgentes (vide arts. 157.º e 158.º, do CCP - em ambas as versões), sendo que tal problema se colocava e coloca também noutros tipos de procedimentos quanto à apresentação de candidaturas (vide, por um lado, em ambas as versões do CCP referidas, os arts. 167.º (concurso limitado por prévia qualificação), 197.º e 198.º (procedimento de negociação), 208.º (diálogo concorrencial), e 245.º (sistemas de qualificação), e, por outro lado, quanto: i) ao concurso de conceção (arts. 224.º, 225.º do CCP/2008 e 219.º-C do CCP/2015), ii) aos sistemas de aquisição dinâmicos (arts. 242.º do CCP/2008 e 238.º do CCP/2015), iii) aos contratos de serviços sociais e de outros serviços específicos (art. 250.º-B CCP/2015), e iv) aos contratos a celebrar por concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes (art. 276.º do CCP/2015)].

anúncio. Colocava-se o problema de, tendo os anúncios sido alegadamente remetidos em simultâneo para publicação no «JOUE» e no «DR» [realidade essa, todavia, ali não inteiramente líquida], no «DR» surgiu como data de envio uma data diversa da que constava do «JOUE» por motivo do preenchimento automático desse campo pela plataforma eletrónica, situação que ocorreu e virá a ocorrer sempre que o pagamento do anúncio não seja ou não venha a ser realizado no mesmo dia da submissão/envio daquele para publicação no «DR» ou no «JOUE», colocando-se problemas quanto à definição do termo inicial relativo ao prazo de apresentação de propostas.

Como derivava e deriva dos arts. 130.º e 131.º do CCP o concurso público é publicitado no DR, bem como também no JOUE, mediante o envio para publicação de anúncios a ter lugar em simultâneo [para a INCM e para o Serviço de Publicações Oficiais da União Europeia (SPOUE)], na certeza de que a publicação do anúncio no «JOUE» não dispensa a sua publicação no «DR» e de que, além disso, deve ser junto ao processo de concurso documento comprovativo da data do envio do anúncio para publicação no «JOUE».

Ora as recentes alterações de redação operadas no CCP pelo DL n.º 111-B/2017 e que vieram a ter lugar em alguns dos concretos preceitos disciplinadores desta matéria mantiveram, no que à questão diz respeito, incólume o seu regime legal e, nessa medida, os eventuais problemas/dúvidas que possam vir a ser gerados em seu torno, tanto mais que continua idêntica a redação inserta nos referidos arts. 03.º, n.ºs 1, 3 e 4 e 05.º, n.ºs 4 e 5 da Portaria n.º 701-A/2008 ainda vigente.

Na verdade, se por um lado se deve entender que o prazo de apresentação das propostas no quadro de concurso público se conta desde a concreta data do envio do anúncio para a INCM e para o SPOUE, envio esse que deve ocorrer em simultâneo [cfr. art. 131.º, n.º 7, do CCP], não relevando, assim, aquela que seja ou venha a ser a concreta data da publicação nos jornais oficiais e sua eventual diversidade, temos, todavia, como perfeitamente inútil a perpetuação de eventuais “problemas” e conflitos/litígios suscetíveis de virem a ser gerados em torno da discussão quanto à data que figura como sendo a de envio do anúncio, problemas e conflitos/litígios esses que poderiam ser facilmente evitados se o regime normativo e sistema técnico viessem a ser objeto de devida correção, deixando-se de assumir automaticamente como data de envio do anúncio para publicação aquela em que o pagamento do anúncio teve lugar.

Com efeito, ainda que a entidade adjudicante haja procedido ao envio de ambos os anúncios na mesma data, cumprindo dessa forma o disposto no citado quadro normativo, temos, todavia, que uma desconformidade entre aquilo que se tem como sendo as datas de envio para publicação [à INCM e ao SPOUE], pela confusão e problemas que gera ou pode gerar, não poderá funcionar como base aceitável para uma decisão de exclusão de proposta de concorrente se e quando esta haja sido apresentada tempestivamente considerando uma contagem do prazo feita por referência à data mais tardia que foi definida num dos anúncios como sendo a data de envio do anúncio para publicação¹⁵.

¹⁵ Como sustentam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira perante uma situação em que os anúncios não hajam sido enviados em simultâneo “o prazo para apresentação de propostas, candidaturas e

Não poderá, na verdade, admitir-se uma tal desproteção dos concorrentes que numa situação como a supra descrita, fazendo fé no teor do anúncio publicado, mormente quanto à data que ali figura como sendo de envio para publicação e sem que a mesma haja sido alvo de qualquer correção ou chamada de atenção ou de alerta em qualquer local, mormente, ao nível da plataforma eletrónica, tenham adequado e conformado seus comportamentos e procedimentos a tal realidade.

E isso independentemente da culpa ou da ausência dela por parte da entidade adjudicante quanto ao sucedido, mormente, quando fruto do quadro legal [arts. 03.º, n.ºs 3 e 4 e 05.º, n.ºs 4 e 5, ambos da Portaria n.º 701-A/08] e das regras/procedimentos ao nível da programação da plataforma eletrónica e que leva ao preenchimento automático do campo da data de envio de forma que não corresponde àquela que é a efetiva data de envio para publicação levando a desconformidades nas publicações no DR e no JOUE quanto ao campo da data de envio do anúncio.

Não será, pois, de aceitar que, perante publicações em jornais oficiais que apresentam desconformidades quanto a item relevante e essencial na e para a condução do procedimento pelos seus intervenientes e pelas consequências quiçá dramáticas que tal pode implicar, o ónus de atuação e consequências recaiam sobre os concorrentes ou potenciais concorrentes/interessados, não sendo de lhes exigir que, à cautela ou pelo seguro, tenham de indagar se o concurso foi alvo de publicação ou não noutra jornal oficial e qual a data que no mesmo figura como sendo a data de envio do anúncio para, no caso de desconformidade entre publicações quanto àquela data, hajam, ainda, de deduzir e obter esclarecimento/confirmação junto da entidade adjudicante quanto àquilo que é a efetiva data de envio a considerar.

Pese embora o entendimento que acaba de se expor, firmado e tido por válido também no quadro do regime normativo definido pelo CCP na redação decorrente do DL n.º 111-B/2017 e demais regime regulamentar vigente, entendo que seria de toda a conveniência e utilidade que este regime e o sistema técnico em funcionamento em sua decorrência fossem objeto das necessárias alterações de molde a que se evitassem futuros problemas e questões como aqueles que deram origem ao litígio julgado pelo acórdão em referência, para o efeito bastando eliminar a ligação da data de pagamento do anúncio com aquilo que é da data de envio do mesmo e que é feita através duma assunção “automática”.

Em jeito de balanço final...

Muitas mudanças ficaram por enunciar e abordar:

Como a promoção da adjudicação de contratos sob a forma de lotes com vista a incentivar a participação das pequenas e médias empresas [cfr. arts. 46.º-A] e o usar como critério de desempate os fatores e subfatores a proposta que tiver sido

soluções começará a contar da data do envio mais tardio dos anúncios para publicação no Diário da República e no JOUE, como é princípio geral em matéria de contagem de vários prazos para o mesmo efeito” [in: “Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública”, 2011, pág. 873].

apresentada por empresas sociais ou por pequenas e médias empresas, por ordem crescente da categoria das empresas [cfr. n.º 6 do art. 74.º];

Ou a possibilidade de reserva de contratos para entidades que empreguem pessoas com deficiência ou desfavorecidas [cfr. art. 54.º-A];

Ou a disponibilização de forma livre, completa e gratuita das peças do procedimento, na plataforma eletrónica de contratação pública, a partir da data da publicação do anúncio [cfr. arts. 133.º, n.º 1, 240.º, n.º 3];

Ou o novo regime simplificado para serviços de saúde, serviços sociais e outros serviços específicos de valor superior a € 750.000,00 [cfr. art. 250.º-D e anexo X];

Ou a previsão da emissão da fatura eletrónica em contratos públicos [cfr. art. 299.º -B];

Ou a introdução da noção de trabalhos ou serviços complementares, que substitui os «trabalhos a mais» e os «trabalhos de suprimento de erros e omissões» [cfr., nomeadamente, os arts. 11.º, n.º 2, al. e) do DL n.º 111-B/2017, 361.º, n.º 3, 370.º a 380.º, do CCP];

Ou a introdução da consulta preliminar [cfr. art. 35.º-A e n.º 3 do art. 47.º], de modo a que, antes de um procedimento de contratação, a entidade adjudicante realize consultas informais ao mercado a fim de preparar o procedimento, fixando mecanismos para que isso não se traduza em perda de transparência ou prejuízo para a concorrência; ou ainda a consagração de um novo procedimento de consulta prévia [cfr. arts. 112.º e segs.], com consulta a três fornecedores, limitando o recurso ao ajuste direto; ou ainda a necessidade de fundamentação especial dos contratos de valor superior a 5.000.000,00 € com base numa avaliação custo-benefício [cfr. n.º 3 do art. 36.º], mas urge concluir aquilo que constituiu uma primeira abordagem ou análise à recente revisão do CCP e àquilo que são as soluções que no mesmo se mostram consagradas.

A mudança de uma lei aporta sempre para o aplicador do direito um esforço redobrado de atualização quanto aos novos comandos e às novas soluções que nela foram inscritos e consagrados, trabalho esse que exige daquele o devido balanceamento, estudo e uma reflexão aberta, cientes de que o devir legislativo sairá sempre mais enriquecido se feito em diálogo, tanto mais que o derradeiro teste quanto à bondade, suficiência e adequação das soluções que foram encontradas e adotadas ocorrerá na sua aplicação prática, no julgamento dos litígios submetidos a decisão nos tribunais administrativos e que não lograram ser prevenidos ou evitados.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2ffuab5vb9/flash.html?locale=pt>

4.

Alterações ao regime do “preço anormalmente baixo”

Ana Sofia Alves



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ALTERAÇÕES AO REGIME DO “PREÇO ANORMALMENTE BAIXO”

Ana Sofia Alves*

A. Introdução e razão de ordem

B. O modo de identificação das propostas de preço anormalmente baixo

1. O novo quadro legal
2. Implicações das alterações introduzidas

C. O preenchimento do conceito de «preço anormalmente baixo»

1. Considerações introdutórias
2. O conceito de preço anormalmente baixo: duas teses em confronto
3. Considerações sobre a formação do preço tecidas pela jurisprudência nacional
4. O texto das disposições europeias sobre «preço anormalmente baixo»
5. Os instrumentos de *soft law* europeu: a posição da Comissão Europeia
6. A teleologia do instituto do «preço anormalmente baixo»
7. As novidades da Directiva 2014/24/UE e da sua transposição
8. Conclusões

D. O subprocedimento de justificação de uma proposta anómala

1. O novo quadro legal
2. Implicações das alterações (e omissões) introduzidas

A) INTRODUÇÃO E RAZÃO DE ORDEM

A recente revisão do Código dos Contratos Públicos (doravante, “CCP”), resultante pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, introduziu relevantes inovações no regime do preço anormalmente baixo.

Essas alterações, parcialmente fruto da necessidade de transposição das Directivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, são igualmente o resultado da intenção do legislador nacional de «alteração da regra de fixação do critério do preço anormalmente baixo, eliminando a sua indexação ao preço base» (cfr. preâmbulo do referido Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto).

As implicações deste que é um novo regime do preço anormalmente baixo – em vigor no ordenamento jurídico nacional desde 1 de Janeiro de 2018 (cfr. artigo 13.º do citado diploma preambular) – operam a dois níveis: a um tempo, no modo de identificação de propostas anómalas⁽¹⁾, que agora pressupõe, de forma explícita ou implícita, uma determinada compreensão do conceito de preço anormalmente baixo; a outro tempo, no subprocedimento

* Juíza de Direito, Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra

⁽¹⁾ Recupera-se aqui a utilização indistinta das expressões “proposta anómala” e “proposta de preço anormalmente baixo” para designar a realidade que, nas tradições legislativas portuguesa e europeia, é designada por recurso exclusivo à segunda das mencionadas expressões, como sugerido por JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “As Propostas de Preço Anormalmente Baixo”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 89, n. 2.

de justificação de uma proposta de preço anómala e nas exigências procedimentais que precedem a exclusão de uma proposta com fundamento na sua anomalia.

Esses são também os dois núcleos temáticos que, de forma directa ou indirecta, têm sido objecto de tratamento na jurisprudência dos tribunais administrativos nacionais.

Importa, por isso, mapear as implicações do novo quadro legal do regime do preço anormalmente baixo, para, posto isso, reenquadrar os entendimentos jurisprudenciais em voga entre nós e aferir da eventual necessidade da sua inflexão. É esse o propósito desta apresentação que subdividimos em três secções:

– Centrando-nos, em primeiro lugar, no núcleo temático da identificação de propostas de preço anormalmente baixo, elencaremos as alterações introduzidas pela revisão do Código dos Contratos Públicos, tecendo, em seguida, considerações sobre as implicações que este novo quadro legal acarreta para o debate jurisprudencial em matéria de propostas anómalas.

– Seguindo o filão dessas implicações, abordaremos na segunda secção o conceito de proposta de preço anormalmente baixo, procurando subsídios hermenêuticos na legislação europeia, no *soft law* europeu, bem como na doutrina estrangeira e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”), que auxiliem o intérprete e aplicador da lei na densificação deste conceito.

– Por último, na terceira secção, deslocamo-nos para o núcleo temático da fase pós-qualificação de uma proposta como anómala, mais concretamente para as alterações introduzidas pelo legislador nacional em matéria de justificação do preço anormalmente baixo.

B) O MODO DE IDENTIFICAÇÃO DE PROPOSTAS DE PREÇO ANORMALMENTE BAIXO

1. O NOVO QUADRO LEGAL

As linhas de força da revisão operada nesta matéria podem resumir-se nos seguintes termos:

a) A *eliminação* do critério automático e supletivamente aplicável de determinação do limiar da anomalia, fruto da alteração introduzida na redacção do artigo 71.º, n.º 1, do CCP;

b) A *preservação* do sistema de identificação casuística de uma proposta de preço anormalmente baixo, acompanhada da necessária fundamentação (cfr. artigo 71.º, n.º 3, do CCP);

c) A *manutenção* do poder das entidades adjudicantes para definirem um critério de determinação da anomalia nas peças do procedimento (cfr. novo artigo 71.º, n.º 1, do CCP, em termos que já resultavam dos artigos 115.º, n.º 3, 132.º, n.º 2, e 189.º, n.º 3, do CCP, na redacção de 2008).

Embora habilite legalmente as entidades adjudicantes a preencherem a sua margem de livre decisão administrativa, vinculando-se nas peças do procedimento com a definição de um critério de determinação da anomalia, o legislador não deixou, no entanto, de introduzir aí duas importantes novidades.

Por um lado, *enunciou* o critério do «desvio percentual em relação à média dos preços das propostas a admitir» como critério admissível de determinação da anomalia, sem prejuízo da possibilidade de recurso pela entidade adjudicante a «outros critérios considerados adequados» (cfr. segmento final do artigo 71.º, n.º 1).

A este respeito, importa sublinhar que, não obstante o teor do diploma preambular, que anunciou a «alteração da regra de fixação do critério do preço anormalmente baixo, eliminando a sua indexação ao preço base», o texto da lei não exclui a possibilidade de previsão nas peças do procedimento de um critério dessa natureza. Neste sentido, aliás, o artigo 189.º, n.º 3, do CCP, continua a fazer expressa menção à adopção possível de um critério de definição da anomalia por indexação ao preço base.

Por outro lado, impôs *exigências de fundamentação* a dois níveis. Fez recair sobre as entidades adjudicantes o ónus de fundamentação da *necessidade* e ou *conveniência* de fixação de um critério de anomalia nas peças do procedimento em detrimento do recurso singelo ao sistema de qualificação casuística de uma proposta de preço como anómala (cfr. artigo 71.º, n.º 2, primeira parte, do CCP). Bem como, o ónus de fundamentação *do critério adoptado* para a qualificação de uma proposta como anómala, quer quanto ao *tipo de critério* escolhido, quer quanto ao *concreto limiar fixado*, quando aplicável (cfr. artigo 71.º, n.º 2, segunda parte, do CCP).

2. IMPLICAÇÕES DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS

A primeira implicação do novo quadro legal que imediatamente se anuncia é o fim do automatismo como critério esmagadoramente maioritário de qualificação de uma proposta de preço como anormalmente baixo.

Com efeito, face ao regime jurídico agora revogado, a falta de expressa previsão pela entidade adjudicante de um critério de qualificação de uma proposta de preço como anormalmente baixo dava lugar à imediata aplicação do critério supletivo previsto na versão agora alterada do artigo 71.º, n.º 1, do CCP, que enquadrava como tal qualquer preço situado abaixo de um limiar fixado por indexação ao preço base⁽²⁾. O que necessariamente implicava que, salvo nos raros casos em que as peças do procedimento não definiam um preço base⁽³⁾, vigorava em todo e qualquer procedimento de formação de contrato público um critério automático de determinação da anomalia de uma proposta.

⁽²⁾ Limiar percentual que, como é sabido, variava em função do tipo contratual em causa e que correspondia a 40% ou mais inferior ao preço base, caso estivesse em causa a formação de um contrato de empreitada de obra pública ou a 50% ou mais inferior ao preço base nos procedimentos de formação de qualquer um dos restantes contratos.

⁽³⁾ Que, na prática, correspondiam às hipóteses enquadráveis na redacção pré-alteração do artigo 47.º, n.º 2, do CCP.

No novo quadro legal, o legislador limita-se a conferir à entidade adjudicante a habilitação legal para se auto-vincular com a fixação de um critério de determinação da anomalia, fixando-o desde logo nas peças procedimentais, ou para, na pendência do procedimento de formação de contrato e depois de apresentadas as propostas, casuisticamente qualificar uma proposta de preço como anómala. Dito de outro modo: o legislador não define qualquer critério supletivo de determinação da anomalia de um preço. Sendo certo que, em determinadas circunstâncias – face a certos objectos contratuais ou em determinados segmentos de negócio –, as entidades adjudicantes encontrarão razões que justificam a necessidade e/ou a conveniência de pré-fixação de um critério de anomalia, parece possível adivinhar que, face aos ónus de fundamentação que acompanham o exercício de auto-vinculação pela entidade adjudicante, a maioria das entidades adjudicantes não seguirá essa opção.

Donde, num exercício de futurologia, dir-se-á que a qualificação (ou não qualificação) casuística de um preço como anormalmente baixo passará a ser o regime-regra vigente entre nós, quer por iniciativa directa da entidade adjudicante, que, na fase de análise das propostas, encontra indícios de anomalia, quer por iniciativa dos concorrentes que, no exercício do seu direito de audiência prévia, pretendam com esse fundamento excluir a proposta indigitada para adjudicação.

Face a este quadro, é igualmente possível prever como segunda implicação a alteração provável do foco do debate jurisprudencial que em Portugal se tem feito sobre a matéria da composição do preço.

Isto porque no quadro legal agora alterado e após alguma flutuação jurisprudencial, tornou-se entre nós dominante o entendimento no sentido da inadmissibilidade da determinação casuística de uma proposta de preço anormalmente baixo, sempre que o limiar de anomalia do preço estivesse directa ou indirectamente fixado nas peças concursais⁽⁴⁾.

E, por isso, o debate em torno da composição do preço que, por inerência, se faria no contexto do instituto do preço anormalmente baixo – instituto jurídico consabidamente erigido com o propósito de tutelar os riscos associados à adjudicação de uma proposta de preço excessivamente baixo – foi, em primeiro lugar, deslocado pelos operadores económicos para a esfera de intervenção das causas de exclusão de propostas previstas nas alíneas *f)* e *g)* do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, ou seja, a alegada violação de disposições legais e regulamentares, e a alegada existência de fortes indícios de actos, acordos ou práticas falseadoras da concorrência. Não podendo os operadores económicos discutir a qualificação de um determinado preço como anormalmente baixo – porque este se situava acima do limiar da anomalia definido nas peças do procedimento ou supletivamente pelo artigo 71.º, n.º 1, do CCP – canalizaram as suas suspeitas sobre a formação dos preços dos seus competidores para outras figuras jurídicas, procurando, na senda do sucesso concursal, integrar tais propostas de preço naquelas referidas causas legais de exclusão de propostas. E, por isso, a esmagadora maioria das

⁽⁴⁾ Cfr. o mais recente exemplo desta posição no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Junho de 2017 (processo n.º 0326/17), com voto de vencido do Conselheiro José Araújo Veloso, disponível em www.dgsi.pt. Em sentido aliás contrário ao perfilhado na doutrina por JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “As Propostas de Preço Anormalmente Baixo”, *cit.*, p. 119 a 121.

decisões dos tribunais superiores sobre a matéria da composição do preço não incidem directamente sobre o instituto jurídico do preço anormalmente baixo, mas antes sobre a alegada violação de disposições legais e regulamentares ou sobre a existência de indícios de acções falseadoras da concorrência⁽⁵⁾.

Em segundo lugar, o debate sobre a composição do preço foi deslocado pelas entidades adjudicantes para a discussão em torno da legalidade de uma norma concursal que defina o limiar da anomalia do preço por recurso aos dados resultantes de um instrumento não vinculativo da Autoridade para as Condições de Trabalho que, alegadamente e num determinado segmento de negócio, fixaria os custos mínimos ou médios incorridos por um operador económico, em matéria laboral e social⁽⁶⁾.

Finda a vigência como sistema-regra de um critério pré-determinado de qualificação de uma proposta de preço anormalmente baixo, é natural que o foco do debate em torno da composição do preço se localize, agora, no instituto do preço anormalmente baixo, mais concretamente no momento de saber se uma proposta merece ou não essa qualificação. E é justamente, por isso, que – adivinha-se – uma das implicações do novo regime do preço anormalmente baixo é a focalização do debate jurisprudencial na densificação do próprio conceito de «preço anormalmente baixo».

C) O PREENCHIMENTO DO CONCEITO DE PREÇO ANORMALMENTE BAIXO

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A conclusão extraída no fim da secção anterior justifica, por si só, um olhar mais aturado sobre os contributos que de várias fontes emanam para a densificação deste conceito, sendo esse o exercício a que nos propomos⁽⁷⁾.

Para ele partimos com algumas premissas que importa anunciar.

Em primeiro lugar, a não enunciação de um conceito de «preço anormalmente baixo» na legislação europeia, com uma consequência, aliás veiculada pelo TJUE: a de que a definição desse conceito é incumbência dos Estados-membros [cfr. Acórdão do TJUE de 27 de Novembro de 2011 (processos apensos C-285/99 e C-286/99 – *Lombardini/Mantovani*), n.º 67 e, ainda, n.ºs 51 e 53, em interpretação do n.º 4 do artigo 30.º da Directiva 93/27/CEE, do Conselho, de

⁽⁵⁾ Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de Fevereiro de 2013 (processo n.º 0912/12), de 3 de Dezembro de 2015 (processo n.º 0657/15); no mesmo sentido Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, 16 de Dezembro de 2015 (processo n.º 01047/15), de 7 de Janeiro de 2016 (processo n.º 01021/15), de 28 de Janeiro de 2016 (processo n.º 01255/15) e de 20 de Junho de 2017 (processo n.º 0326/17), disponíveis em www.dgsi.pt.

⁽⁶⁾ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de Julho de 2017 (processo n.º 0328/17), com voto de vencido do Conselheiro Carlos Medeiros de Carvalho, disponível em www.dgsi.pt.

⁽⁷⁾ Sem prejuízo das actualizações posteriores, designadamente para efeitos de preparação desta intervenção, cumpre sublinhar que uma parte significativa das considerações e referências contidas nesta secção são resultado da investigação por nós realizada no contexto da elaboração de um parecer sobre o enquadramento jurídico de propostas de preço abaixo do preço de custo («As propostas de preço abaixo de custo: o seu enquadramento jurídico»), inédito e não publicado, em que colaborámos no exercício da advocacia durante o ano de 2014, antes do início da nossa formação para o exercício da magistratura nos tribunais administrativos e fiscais.

14 de Junho de 1993, cuja redacção é semelhante ao actual artigo 69.º da Directiva 2014/24/UE].

Em segundo lugar, a qualificação jurídica do «preço anormalmente baixo» como conceito jurídico indeterminado⁽⁸⁾, cujo preenchimento se insere, portanto, na *autonomia pública* ou *margem de livre apreciação administrativa*⁽⁹⁾, numa das suas muitas modalidades, a saber: uma indeterminação flexibilizadora implantada pelo legislador na previsão normativa com o propósito de conferir ao decisor administrativo uma margem de livre apreciação administrativa⁽¹⁰⁾. O que, não podendo significar que estamos perante um espaço de livre escolha extrajurídica insusceptível de fiscalização judicial, implica que o controlo jurisdicional sobre a densificação desse conceito não pode implicar uma *substituição da avaliação* casuisticamente determinada que foi realizada pelo decisor administrativo, mas antes deve cingir-se ao controlo da existência de habilitação legal para o exercício de poder discricionário e ao respeito pelas normas de competência subjectiva, bem como pelos limites imanentes ou internos da margem de livre apreciação administrativa, *i.e.*, os princípios da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares, da justiça, da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade e da boa-fé⁽¹¹⁾⁽¹²⁾.

Em terceiro lugar, a pré-compreensão de que o «preço anormalmente baixo» é um instituto jurídico específico do Direito da Contratação Pública e que a construção do respectivo regime pressupõe necessariamente uma *determinada realidade regulada*. O que opera como argumento adicional – para além do princípio da interpretação conforme ao Direito da União Europeia – a justificar que, na transposição desse regime para a legislação interna dos Estados-membros e, bem assim, no preenchimento do conceito de preço anormalmente baixo pelas

⁽⁸⁾ Cfr., no sentido da qualificação do conceito de preço anormalmente baixo como conceito jurídico indeterminado, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de Junho de 1997 (processo n.º 31087), e o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 13/09, de 24 de Março de 2009 (processo n.º 257/08), disponíveis em www.dgsi.pt.

⁽⁹⁾ Sobre o superconceito de *margem de livre decisão administrativa* ou *autonomia pública administrativa*, com a sua subdivisão em *margem de apreciação administrativa de conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa*, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 116-136 e 470 e segs. (*maxime* pp. 470, 472 e 480); idem, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lex, Lisboa, 2005, pp. 375-438; idem, “Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70 (2008), pp. 41-50.

⁽¹⁰⁾ Em sentido semelhante, cfr., por exemplo, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 534, designando a decisão a emitir como «discricionariedade de aceitação ou não aceitação de propostas anormalmente baixas»; sustentando ainda, no que respeita ao processo de identificação das propostas anormalmente baixas que serão submetidas a pedidos de esclarecimentos, que «o método para escolher que propostas serão investigadas está na discricionariedade dos Estados-Membros», *ibidem*, p. 537.

⁽¹¹⁾ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 253-262; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, *cit.*, p. 475; idem, *Direito do Contencioso Administrativo*, *cit.*, p. 387 e 402 e seguintes; idem, “Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional”, *cit.*, pp. 41-50; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral — Introdução e Princípios Fundamentais*, I, 2.ª ed., Dom Quixote, Lisboa, 2006, pp. 199, 207 e 211.

⁽¹²⁾ Sobre o reconhecimento de um espaço próprio de valoração administrativa, impenetrável à hétéro-determinação por qualquer outra função do Estado, justificado tanto pelo modo como a Constituição configurou um Estado de bem-estar – que exige a responsabilidade própria da Administração na selecção de meios de satisfação de necessidades colectivas no âmbito de um princípio de igualdade material – quanto por motivos puramente práticos – pela própria impossibilidade prática de consumpção legislativa do espaço decisório administrativo –, cfr., entre tantos, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 488-490; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, 2 vols., Lex, Lisboa, 1995, p. 356; BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 58-60.

entidades adjudicantes nacionais, as instituições em causa não podem abstrair da teleologia deste instituto jurídico e, igualmente, das coordenadas que emergem do *hard law* europeu, do *soft law* das instituições europeias e da jurisprudência do TJUE sobre esta temática. Antes de proceder ao seu estudo, importa porém começar por mapear os entendimentos dominantes sobre o conceito de preço anormalmente baixo, neles enquadrando posteriormente o entendimento jurisprudencial reinante entre nós.

2. O CONCEITO DE PREÇO ANORMALMENTE BAIXO: DUAS TESES EM CONFRONTO

Na literatura sobre o tema, emergem duas concepções distintas sobre o que é uma proposta de preço anormalmente baixo: uma primeira que qualifica como anormalmente baixas (apenas) as propostas de preço que apresentem um risco de incumprimento (aqui também designada por “perspectiva do risco de incumprimento”); e uma segunda que considera anormalmente baixas todas as propostas de preço situado abaixo do preço de custo e, ou, sem adequada margem de lucro (a “perspectiva da cobertura de custos e lucro”).

A primeira concepção é protagonizada por SUE ARROWSMITH na segunda edição do seu livro *The Law of Public and Utilities Procurement*, publicada em 2005⁽¹³⁾, depois de a Autora ter, na primeira edição publicada em 1996, aderido à segunda perspectiva citada⁽¹⁴⁾. É também a posição adoptada por ROSANA DE NICTOLIS⁽¹⁵⁾. Segundo este entendimento, uma proposta de preço anormalmente baixo é aquela que, em razão dos seus termos e condições tão favoráveis, suscita uma suspeita de que o operador económico não será capaz de executar o contrato de acordo com as condições (designadamente económicas) por ele propostas. O escopo do “risco de incumprimento” subjacente a esta concepção inclui, quer a incapacidade para executar o contrato nas condições oferecidas, quer a falta de viabilidade financeira do concorrente, quer a sua incapacidade para aderir à legislação aplicável em matéria de protecção e segurança no trabalho, mas já não o incumprimento das regras da concorrência⁽¹⁶⁾. Mais ainda, o risco de incumprimento tende a ser interpretado amplamente, levando-se em consideração não apenas os termos e o preço do específico contrato a celebrar, mas igualmente a capacidade (e a intenção) do concorrente para cumprir o contrato, tendo em conta, por exemplo, a sua composição accionista (pública ou privada), a dimensão empresarial do concorrente, a sua presença no segmento de mercado em causa, a sua reputação e *performance* em anteriores contratos.

A segunda perspectiva recebe o apoio de Autores como PETER TREPTE⁽¹⁷⁾ e GRITH SKOVGAARD ØLYKKE⁽¹⁸⁾, segundo os quais uma proposta de preço anormalmente baixo é aquela que é insuficiente para cobrir a totalidade dos custos inerentes à prestação a contratar, resultando numa prática de *dumping*. Do mesmo modo, mas procedendo a uma análise sob o

⁽¹³⁾ Cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law...*, cit., 2005, p. 532. Posição mantida na 3.ª edição da obra (2014), Vol. I, p. 802.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, 1.ª ed. (1996), p. 247.

⁽¹⁵⁾ Cfr. ROSANA DE NICTOLIS, «Le offerte anomale e i criteri di rilevanza della congruità dei prezzi», in AaVv., *Trattato sui Contratti Pubblici*, III, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2201.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, 2.ª ed. (2005), pp. 532, 535, 536 e 539.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *Regulating Procurement*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 244.

⁽¹⁸⁾ Cfr. *Abnormally Low Tenders with an Emphasis on Public Tenderers*, Djøf, Copenhagen, 2010, pp. 247-248.

ângulo económico, ALEIX CALVERAS, JUAN-JOSE GANUZA e ESTHER HAUKE⁽¹⁹⁾ observam que “proposta de preço anormalmente baixo” é um termo utilizado para designar o fenómeno em que os concorrentes propõem um preço abaixo do custo da prestação a contratar.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DE PREÇO TECIDAS PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

O primeiro aresto do Supremo Tribunal Administrativo que incide sobre a composição do preço, em 14 de Fevereiro de 2013 (processo n.º 0912/12)⁽²⁰⁾, foi tirado a propósito da apreciação da legalidade de uma norma concursal que previa o preço base de um concurso e que, segundo a alegação da autora, seria insuficiente para custear a totalidade dos encargos incorridos com os meios humanos necessários à execução da prestação contratual em causa. Pode ler-se na fundamentação da referida decisão judicial o seguinte:

«Resulta da matéria de facto contida nas alíneas (...) que o custo anual dos encargos salariais com os trabalhadores ultrapassa o valor anual do contrato posto a concurso o que acarretaria, na perspectiva da recorrente a violação de alguns preceitos, designadamente, o disposto nos art.ºs 70.º, n.º 2, al. f) do CCP, os princípios da igualdade, da transparência e da concorrências constantes do CCP (...). Como assinala o Magistrado do Ministério Público no seu parecer, ‘não é a execução de cada contrato que tem de garantir o pagamento da RMG [remuneração mínima garantida], mas os resultados económico-financeiros da contratante, no cômputo geral da sua actividade e, em última análise, todo o seu património. É claro que se em todos os contratos celebrados as remunerações obtidas fossem inferiores aos encargos assumidos, não só estes não poderiam ser assegurados, como a falência logo ficaria à vista. Mas essa não é a situação comprovada nos autos, bem podendo acontecer que razões estratégicas aconselhem a apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, sem implicarem a intenção de incumprimento de encargos legalmente impostos (...)’ Ou, como se escreveu na sentença do TAF, ‘Mas também ficou demonstrado que era possível ao proponente apresentar uma proposta de preço inferior àquele valor (custo em abstracto dos encargos sociais e com remunerações) tendo por base a gestão de pessoal com que iria realizar a prestação de serviços conjuntamente com outros contratos. Logo o que ficou demonstrado foi que algumas empresas por deterem determinadas condições (pessoal excedentário de outros contratos, proximidade de edifícios ou outras situações) conseguiam apresentar uma proposta mais vantajosa. Mas sem que isso violasse qualquer regra de concorrência. Não porque fosse abaixo do custo anual, como refere a autora, mas por que esse custo era repartido por outros contratos ou mitigado atentas as condições que essa empresa conseguia colocar o mesmo pessoal a realizar as mesmas horas de trabalho que outro proponente que não detenha essas condições».

O entendimento jurisprudencial aqui espelhado tem sido desenvolvido pelo Supremo Tribunal Administrativo, ancorando-se no princípio da legalidade das competências e no direito fundamental e constitucionalmente consagrado da livre iniciativa económica para concluir, por um lado, que as entidades adjudicantes não têm competências para fiscalizar o cumprimento

⁽¹⁹⁾ Cfr. «Gambling for Resurrection in Procurement Contracts», *Journal of Regulatory Economics*, 2004, Vol. 26, n.º 1, p. 47.

⁽²⁰⁾ Disponível em www.dgsi.pt.

de tais normas sociais, laborais e ambientais por parte dos operadores económicos que se apresentam a concorrer nos procedimentos de formação de contratos e, por outro lado, que o concorrente empresário tem a liberdade de conceber a sua estrutura de custos, bem como de formar os seus preços à luz de uma organização global da sua actividade económica.

Assim tem sido entendido que «o facto de uma proposta refletir um preço que implicaria um custo inferior aos custos que derivam da aplicação de uma série de leis do trabalho não implica que, face ao teor da proposta, a entidade adjudicatária não vá cumprir qualquer legislação vigente e nomeadamente a legislação de trabalho que vem invocada como custos fixos a considerar na proposta. Antes apenas significa que a mesma está disposta a ter certo prejuízo já que nada a impede de, a nível de estratégia de empresa, preferir obter um certo contrato, ainda que com algum prejuízo, até como política de marketing, de se dar a conhecer ao mercado. Na verdade, o princípio da liberdade de gestão empresarial [artigo 61.º da CRP] e da autonomia da estratégia empresarial não impede que o preço num concurso possa espelhar uma estratégia da empresa concorrente suscetível de levar à apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, *sem que isso determine qualquer ilegalidade, designadamente, o incumprimento das obrigações retributivas e contributivas*» [cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3 de Dezembro de 2015 (processo n.º 0657/15)⁽²¹⁾, realce nosso]]. E, do mesmo modo, que «o cumprimento, a garantia da observância das obrigações e compromissos legais e contratuais por parte dos concorrentes e dos adjudicatários não está unicamente na dependência daquilo que seja o valor apostado como preço numa proposta já que no juízo, na equação a efetuar, outros fatores e termos importam e devem ser considerados, como aquilo que seja a sua concreta e específica situação e capacidade económica e financeira, a sua estrutura de custos, aquilo que sejam as suas capacidades e condições no acesso às fontes de financiamento [bancário e/ou no mercado de capitais], aquilo que sejam os seus recursos, sua estrutura/natureza e o modo como os mesmos são geridos e estão organizados. À luz do quadro legal que se mostra vigente são os resultados económico-financeiros dum contratante no cômputo geral da sua atividade e, em última análise, todo o seu património que garantem que, nomeadamente, na execução de cada contrato se mostrem observadas e cumpridas pelo mesmo todas obrigações/deveres legais e contratuais» [cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Janeiro de 2016 (processo n.º 01021/15)⁽²²⁾, realces nossos].

Como se referiu atrás, este entendimento jurisprudencial tem sido desenvolvido entre nós a propósito da alegada violação de disposições legais e regulamentares em matéria laboral e social por parte de operadores económicos a operar em determinados segmentos de mercado. Não incidindo directamente sobre o conceito de preço anormalmente baixo.

Porém, o mais recente Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo sobre esta matéria, extraído em 20 de Junho de 2017 (processo n.º 0326/17), transpõe este entendimento jurisprudencial para o preenchimento do conceito de preço anormalmente baixo, afirmando

⁽²¹⁾ No mesmo sentido Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Dezembro de 2015 (processo n.º 01047/15), de 7 de Janeiro de 2016 (processo n.º 01021/15), de 28 de Janeiro de 2016 (processo n.º 01255/15), de 14 de Dezembro de 2016 (processo n.º 0579/16), de 19 de Janeiro de 2017 (processo n.º 0817/16), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁽²²⁾ Disponível em www.dgsi.pt.

expressamente que «para que seja anormalmente considerada baixa a proposta de preço tem de revelar um sério risco de impossibilidade de cumprimento do contrato [art.º 71.º, n.ºs 1 e 2 do CCP]: Daí que a previsão de um preço anormalmente baixo como factor de exclusão das propostas se destine *apenas* a evitar o risco de um incumprimento integral pelo adjudicatário das obrigações que assumiu perante a entidade adjudicante, *mas já não* o cumprimento pelo adjudicatário das obrigações para com entidades terceiras ao contrato, como sejam, o caso dos trabalhadores, da Segurança Social ou da Autoridade Tributária e Aduaneira, pois para estes incumprimentos, a lei prevê outros mecanismos de atuação»⁽²³⁾(realces nossos).

Dito de outro modo: subjacente ao entendimento dominante perfilhado pela jurisprudência nacional está uma determinada compreensão sobre essa figura jurídica, à luz da qual a *ratio* do instituto do preço anormalmente baixo é *exclusivamente* a tutela do risco de incumprimento contratual. Em termos que ressaltam explicitamente do já referido Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Junho de 2017, mas que são igualmente evidenciados pela discussão havida nas primeira e segunda instâncias de um processo judicial em que foi apreciada a legalidade de uma norma concursal que definia o limiar da anomalia do preço por recurso aos dados resultantes de um instrumento não vinculativo da Autoridade para as Condições de Trabalho que, alegadamente e num determinado segmento de negócio, fixaria os custos mínimos ou médios incorridos por um operador económico, em matéria laboral e social, processo esse que findou com o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de Julho de 2017 (processo n.º 0328/17)⁽²⁴⁾.

4. O TEXTO DAS DISPOSIÇÕES EUROPEIAS SOBRE «PREÇO ANORMALMENTE BAIXO»

Mapeadas as posições dominantes na doutrina e o entendimento reinante na jurisprudência nacional, importa então perscrutar a legislação e a jurisprudência europeias em busca de elementos que auxiliem o intérprete na densificação do conceito de preço anormalmente baixo.

Desde a década de 90 do século passado, as Directivas europeias em matéria de contratação pública têm consagrado o instituto dos «preços ou custos anormalmente baixos *para as obras, fornecimentos ou serviços a prestar*» (cfr. o artigo 37.º da Directiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992, cuja redacção é paralela ao actual artigo 69.º, n.º 1, da Directiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, para os contratos públicos em geral, e ao artigo 84.º, n.º 1, da Directiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, para os contratos públicos nos sectores ditos especiais).

Estas disposições legais têm sido objecto de interpretação pelo TJUE, entre outros, no Acórdão *SAG ELV Slovensko e.o.*, de 29 de Março de 2012 (processo n.º 599/10) e no Acórdão *Azienda Ospedaliero*, de 18 de Dezembro de 2014 (processo n.º C-568/13). Resulta do primeiro dos referidos Acórdãos que «embora a lista que consta do artigo 55.º, n.º 1, segundo parágrafo, da

⁽²³⁾ Disponível em www.dgsi.pt.

⁽²⁴⁾ Disponível em www.dgsi.pt. A decisão deste pleito em segunda instância, precursora de um entendimento do preço anormalmente baixo contrário à jurisprudência maioritária e alinhado com a designada “perspectiva de cobertura de custos e lucro” resulta do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 19 de Janeiro de 2017 (processo n.º 13540/16), também disponível em www.dgsi.pt

Directiva 2004/18 não seja exaustiva, não é no entanto meramente indicativa e *não deixa, portanto, liberdade às entidades adjudicantes* para determinar quais os elementos pertinentes a tomar em consideração antes de recusarem uma proposta com um preço anormalmente baixo»⁽²⁵⁾ (a propósito do artigo 50.º, n.º 1, da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, cuja redacção é paralela à do actual artigo 69.º, n.º 1, da Directiva 2014/24/UE; realces nossos). No segundo dos mencionados Acórdãos, o TJUE refere a propósito do artigo 37.º da Directiva 92/50/CEE, que «o legislador da União precisou nesta disposição que o carácter anormalmente baixo de uma proposta deve ser apreciado *‘face à prestação’*. Assim, a entidade adjudicante pode, no âmbito da sua análise do carácter anormalmente baixo de uma proposta, com vista a assegurar *uma concorrência sã*, tomar em consideração não só as circunstâncias enunciadas no artigo 37.º, n.º 2, da Directiva 92/50, mas também todos os elementos pertinentes *à luz da prestação em causa*»⁽²⁶⁾ (realces nossos).

Ou seja, a legislação europeia e o entendimento jurisprudencial do TJUE a seu respeito apontam para uma tendencial não consideração da situação e capacidade financeira do concorrente, da sua reputação e *performance* em anteriores contratos, da sua dimensão empresarial, do historial da sua presença e participação naquele segmento de mercado, como elementos relevantes para qualificar uma proposta de preço como anormalmente baixa, já que esses são elementos externos à prestação contratual.

E esta conclusão actua contra a prevalência da concepção de preço anormalmente baixo assente no mero risco de incumprimento, já que, como referido atrás⁽²⁷⁾, esta posição tende a avaliar esse risco amplamente, levando em consideração não apenas os termos e o preço do específico contrato a celebrar, mas também as características subjectivas do proponente, designadamente as suas estrutura, solvabilidade e capacidade para cumprir.

5. OS INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* EUROPEU: A POSIÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA

Na procura de subsídios hermenêuticos para a densificação deste conceito, importa não ignorar o *soft law* europeu. Com efeito, as posições assumidas pela Comissão Europeia e pelo Parlamento Europeu nos instrumentos de *soft law* devem forçosamente alertar o legislador nacional, bem como o intérprete e aplicador da lei. Não só estes instrumentos funcionam como actos pré-legais ou quase-legais, em relação aos quais se espera o respeito voluntário dos Estados-membros, como sinal de uma adesão espontânea às posições adoptadas, ainda que de modo ligeiro, a nível comunitário europeu⁽²⁸⁾; como, também, porque, mesmo para quem reconheça um valor mais político do que jurídico ao *soft law* europeu⁽²⁹⁾, estas interpretações «oficiais» produzem relevantes efeitos práticos⁽³⁰⁾, vindo a Comissão dar pistas (e vincular-se) sobre o modo de exercício futuro da sua função de guardiã da legalidade

⁽²⁵⁾ Cfr. n.º 30.

⁽²⁶⁾ Cfr. n.º 50.

⁽²⁷⁾ Cfr. secção C.2. *supra*.

⁽²⁸⁾ Cfr. CHIARA ALBERTI, «Appalti In House, Concessioni In House ed Esternalizzazione», in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.ºs 3-4 (2001), pp. 500-501.

⁽²⁹⁾ Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A Emergência de um Novo Direito da União Europeia da Concorrência – As Concessões de Serviços Públicos», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLII, n.º 1 (2001), p. 95.

⁽³⁰⁾ Cfr. RICARDO ALONSO GARCIA, «El *Soft Law* Comunitario», in *Revista de Administración Pública*, n.º 154 (2001), p. 80.

européia e sobre as razões que poderão fundamentar processos de incumprimento contra os Estados-Membros⁽³¹⁾.

Ora, em Dezembro de 1986, na proposta de alteração da primeira directiva comunitária destinada à coordenação dos processos de adjudicação de contratos de empreitada de obra pública – a Directiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de Julho de 1971⁽³²⁾ –, a Comissão Europeia expressou as suas preocupações pelo alastramento do fenómeno das propostas de preço anormalmente baixo e afirmou que, tipicamente, essas propostas são apresentadas por empresas que vivenciam dificuldades financeiras.

Onze anos volvidos, na Comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre a competitividade no sector da construção⁽³³⁾, de 4 de Novembro de 1997, a Comissão Europeia identificou o sector da construção como um mercado esgotado, com sobrecapacidade, o que, no entendimento deste órgão, encorajaria as empresas a submeterem propostas anormalmente baixas. Nesta ocasião, a Comissão Europeia qualificou como anormalmente baixas as propostas «*abaixo do nível necessário para cobrir os custos*» (tradução e realces nossos).

A posição adoptada pela Comissão Europeia neste instrumento de *soft law* foi perfilhada pelo Parlamento Europeu na Resolução proferida sobre a comunicação da Comissão acerca da competitividade no sector da construção. Aquele órgão parlamentar afirmou que «a falta de regulação continua a encorajar a submissão de propostas de preço anormalmente baixo, *abaixo do nível necessário para cobrir os custos*, o que mina ainda mais as estruturas industriais do sector, conduz a projectos inacabados e destrói a transparência e a competitividade do mercado»⁽³⁴⁾ (tradução e realces nossos).

Em 1999, a Comissão Europeia produziu um relatório sobre propostas de preço anormalmente baixo, como parte de uma iniciativa para melhorar a competitividade no sector da construção. Nesse relatório, foi apresentada a seguinte definição de proposta de preço anormalmente baixo: «Uma proposta é tida como anormalmente baixa se:

[i)] À luz da estimativa inicial da entidade adjudicante e de todas as outras propostas apresentadas, parece ser anormalmente baixa porque não contempla uma margem de lucro normal; e

[ii)] Em relação à qual o concorrente não consegue explicar o preço na base da economia do processo construtivo, da solução técnica escolhida, da disponibilidade de condições

⁽³¹⁾ Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A Emergência...», *cit.*, p. 95.

⁽³²⁾ Cfr. *Proposal for a Council Directive amending Directive 71/305/EEC concerning the Coordination of Procedures for the Award of Public Works Contracts* – COM (86) 679 final, de 23.12.1986, p. 10.

⁽³³⁾ Cfr. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* – «The Competitiveness of the Construction Sector» – COM (97) 539 final, de 04.11.1997, secção 4.3.

⁽³⁴⁾ Cfr. *Resolution on the Communication from the Commission on the Competitiveness of the Construction Industry* – A4/1998/147, parágrafo P., publicada no *Jornal Oficial C/152*, de 18.05.1998, p. 22.

excepcionalmente favoráveis ou da originalidade do trabalho proposto»⁽³⁵⁾ (tradução e realces nossos). Este relatório densificou adicionalmente essa definição, consolidando a concepção já adoptada em anteriores instrumentos de *soft law* e alinhando-se com aquela atrás⁽³⁶⁾ apelidada de “perspectiva de cobertura de custos e lucro”. Refere a Comissão Europeia que «uma proposta de preço anormalmente baixo priva o concorrente de uma margem normal de lucro ou, até, de uma qualquer margem de lucro e normalmente significa que a empresa desenvolverá o projecto em perda [financeira]»; ela constitui «uma forma de *dumping* ou concorrência desleal que distorce o mercado»⁽³⁷⁾ (tradução da nossa autoria).

6. A TELEOLOGIA DO INSTITUTO DO «PREÇO ANORMALMENTE BAIXO»

Como figura específica da disciplina da contratação pública, de criação europeia, o preço anormalmente baixo partilha naturalmente da mesma *ratio* que inspira e justifica teleologicamente toda a legislação europeia em matéria de contratos públicos.

O preâmbulo do Tratado da Comunidade Europeia (doravante, “TCE”) sempre fez expressa referência à necessidade de acções concertadas entre os Estados-membros com vista a garantir uma «concorrência *justa*»; e essa referência consta hoje do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), que actualmente integra as normas sobre concorrência. Por isso, as políticas comuns a promover pela União incluem o desenvolvimento de «um sistema que assegure que a concorrência no mercado interno não é *distorcida*», como se lia no artigo 3.º do TCE e como resulta hoje do Protocolo n.º 27 relativo ao Mercado Interno e à Concorrência, que se encontra anexo e faz parte integrante dos Tratados (cfr. artigo 51.º do Tratado da União Europeia).

Portanto, as coordenadas que emergem do ordenamento comunitário europeu apontam no sentido de conciliar a promoção da livre iniciativa económica como motor de um mercado altamente concorrencial com a regulação desse mesmo mercado, em termos que impeçam a distorção da concorrência gerada. E, em consequência, a disciplina jurídica da contratação pública, de inspiração europeia, não poderá deixar de ser lida em termos que a compatibilizem com essas duas directrizes da concorrência que emergem dos tratados fundadores da União.

Em linha de concordância com o que se deixa dito, a jurisprudência do TJUE tem afirmado que «o principal objectivo das regras comunitárias sobre contratação pública [é] a liberdade de movimento de serviços e a abertura dos mercados públicos à *concorrência não distorcida* em todos os Estados-membros» [cfr. Acórdãos do TJUE de 11 de Janeiro de 2005 (processo C-26/03 – *Stadt Halle*), n.º 44; de 11 de Maio de 2006 (processo C-340/04 – *Carbotermo*), n.º 58; de 18 de Dezembro de 2007 (processo C-220/06 – *Liberalisation of Postal Services*), n.º 40; de 14 de Fevereiro de 2008 (processo C-450/06 – *Varec*), n.ºs 34-35; de 19 de Junho de 2008 (processo C-454/06 – *Pressetext*), n.º 31; de 19 de Maio de 2009 (processo C-538/07 – *Assitur*), n.ºs 22-23 e 30; e de 9 de Junho de 2009 (processo C-480/06 – *Comissão vs. Alemanha*), n.º

⁽³⁵⁾ Cfr. *Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry*, relatório do III grupo de trabalho sobre propostas de preço anormalmente baixo, de 19.05.1999, disponível em <http://www.gci-uicp.eu/Documents/Reports/DG3ALT-final.pdf> (último acesso em 10.09.2014), p. 10.

⁽³⁶⁾ Cfr. secção C.2. *supra*.

⁽³⁷⁾ Cfr. *Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry*, *cit.*, p. 10.

47]⁽³⁸⁾. Bem como que «as Directivas de Contratação Pública têm por objectivo eliminar práticas anticoncorrenciais, nos processos de adjudicação de contratos públicos» [cfr. Acórdão do TJUE de 21 de Fevereiro de 2008 (processo C- 412/04 – *Comissão vs. República Italiana*), n.º 2].

No mesmo sentido, sublinham ROBERT ANDERSON e WILLIAM KOVACIC⁽³⁹⁾, que nem a referência à «concorrência efectiva» que constava do Considerando 46.º da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, apresenta qualquer relação com a adopção de mecanismos ampliativos do acesso dos interessados ao procedimento pré-contratual nem, por outro lado, a ampliação do acesso dos potenciais concorrentes aos procedimentos pré-contratuais parece ser suficiente para alcançar o objectivo do mercado único que subjaz à concepção da disciplina europeia da contratação pública. Antes, tal objectivo só é alcançado se a concorrência for efectiva – isto é, se as regras do jogo concorrencial forem efectivamente cumpridas pelos concorrentes.

Parece, assim, formar-se um consenso no sentido de que o objectivo do regime jurídico da contratação pública não reside exclusivamente na abertura dos contratos públicos à máxima concorrência de mercado, ou seja, ao maior número possível de operadores económicos (a *concorrenza per il mercato*), mas também na garantia de uma concorrência efectiva e não distorcida (a *concorrenza nel mercato*)⁽⁴⁰⁾.

E, assim sendo, este móbil da promoção de uma sã concorrência justifica, também, a emergência deste regime que habilita as entidades adjudicantes a lançarem dúvidas ou suspeições sobre a formação e a estrutura de custos dos preços propostos em procedimentos pré-contratuais, como sublinhou o Advogado-Geral RUIZ-JARABO COLOMER nas Conclusões emitidas no âmbito do processo *SECAP*⁽⁴¹⁾. Dito de outro modo: se tem sido relativamente incontroverso que o instituto do preço anormalmente baixo é feixe de interesses contrapostos, visando conciliar, por um lado, o interesse público financeiro imediato da adjudicação da proposta de mais baixo preço e o direito à livre iniciativa económico-empresarial com, por outro lado, o interesse público da tutela do risco de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato⁽⁴²⁾, cabe agora concluir que a referida figura jurídica é igualmente inspirada – e teleologicamente justificada – pela necessidade de tutela da

⁽³⁸⁾ No mesmo sentido, cfr. conclusões do Advogado-geral Poiares Maduro apresentadas em 17 de Dezembro de 2008, no processo C-250/07 – *Comissão vs. República Helénica*.

⁽³⁹⁾ Cfr., ROBERT D. ANDERSON / WILLIAM E. KOVACIC, «Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets», in *Public Procurement Law Review*, n.º 2 (2009), pp. 79 e 86.

⁽⁴⁰⁾ As expressões são de FRANCESCO GARRI, «La Giurisprudenza Amministrativa in Tema di Mercato degli Appalti», in *Rivista Trimestrale Degli Appalti*, n.º 1, 2010, p. 64; no mesmo sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa. Das Fontes às Garantias*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 185; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os Princípios Gerais da Contratação Pública», in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, I, p. 67, referindo que «é de facto no respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatários: é a ela (a concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respetivas potencialidades que se baseia o seu lançamento. E se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, isso há-de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico».

⁽⁴¹⁾ Cfr. Conclusões do Advogado-Geral no processo *SECAP* (C-147/06 e C-148/06), n.º 34.

⁽⁴²⁾ Cfr., neste sentido, ROSANNA DE NICTOLIS, «Le offerte anomale e i criteri di rilevanza della congruità dei prezzi», *cit.*, p. 2201. No mesmo sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa. Das Fontes às Garantias*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 429-430.

concorrência na referida dúplice vertente e, portanto, também a tutela de um mercado concorrencial são e efectivo⁽⁴³⁾.

É evidente que esta conclusão conduz-nos a uma questão dilemática, já que, por esta via, ocorre uma instrumentalização do regime da contratação pública à prossecução de políticas (regulatórias) nos domínios laboral e social e, portanto, uma postergação do princípio da legalidade das competências administrativas, como tem sido focado pela jurisprudência nacional. Mas é incontroverso que o ordenamento jurídico-europeu tem sido relativamente insensível a essas preocupações próprias da organização administrativa, fazendo uso do instrumento jurídico da contratação pública para a prossecução das mais diversas políticas secundárias⁽⁴⁴⁾, em termos que, aliás e como de seguida se especifica, tornam-se ainda mais evidentes com as novas directivas europeias de 2014.

7. AS NOVIDADES DA DIRECTIVA 2014/24/UE E DA SUA TRANSPOSIÇÃO

Em primeiro lugar, o artigo 18.º, n.º 2, da Directiva 2014/24/UE e o artigo 36.º, n.º 2, da Directiva 2014/25/UE, conferem expressamente às entidades adjudicantes o mandato para que, na execução dos contratos, assegurem «que os operadores económicos respeitam as normas em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional». Regista-se nesta matéria uma evolução face ao texto das anteriores directivas da contratação pública, já que, nesses instrumentos normativos, as preocupações com o incumprimento destas disposições foram espelhadas apenas no texto dos considerandos preambulares⁽⁴⁵⁾.

Na transposição desta norma, o legislador aditou o artigo 1.º-A, n.º 2, do CCP, incluindo neste mandato a fase de *formação* dos contratos públicos, que não consta, pelo menos, da expressão literal da disposição transposta da Directiva. Dispõe a referida norma legal 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 social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional» (realce nosso). Em termos que expressamente conferem às entidades adjudicantes uma habilitação legal para verificar o cumprimento pelos concorrentes das suas obrigações em matéria laboral, social e ambiental, assim postergando o entendimento sustentado pela jurisprudência nacional assente no princípio da legalidade das competências.

⁽⁴³⁾ Neste sentido, PETER TREPTE, *Regulating Procurement*, cit., p. 244, fala no regime do preço anormalmente baixo como uma cláusula de salvaguarda contra o *dumping social*, defendendo que este é o instituto jurídico que permite proteger a concorrência contra a venda de produtos e serviços abaixo de custo, mesmo na ausência de regimes jurídicos nacionais proibitivos das práticas de *dumping*.

⁽⁴⁴⁾ Em geral, criticando esta «substituição regulatória» e de *jure condendo*, cfr. ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, «Regulatory substitution between labour and public procurement law: the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts», no prelo para publicação em 2018, no n.º 24(2) da *European Public Law*, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2958297> (último acesso em 28.11.2017), referindo-se a esta opção como «public procurement as a regulatory garbage can».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. considerando n.º 40 da Directiva 2004/18/CE: «O controlo da observância destas disposições ambientais, sociais e laborais deverá ser efectuado nas fases pertinentes do procedimento de contratação, ou seja, ao aplicar os princípios gerais que regem a escolha dos participantes e a adjudicação de contratos, ao aplicar os critérios de exclusão e ao aplicar as disposições relativas às propostas anormalmente baixas. A verificação necessária para este efeito deverá ser conduzida em conformidade com as disposições pertinentes da presente directiva, e em especial com as disposições aplicáveis aos meios de prova e às declarações sob compromisso de honra».

Em segundo lugar, o legislador europeu incluiu expressamente o cumprimento das obrigações decorrentes da legislação ambiental, social e laboral entre as justificações pertinentes para efeitos de justificação (e consequente admissibilidade) de um preço anormalmente baixo (cfr. artigo 69.º, n.º 2, alínea *d*), da Directiva 2014/24/UE, e artigo 84.º, n.º 2, alínea *d*), da Directiva 2014/25/UE). Disposições que foram transpostas pelo legislador nacional com a introdução da nova alínea *g*) do artigo 71.º, n.º 4, do CCP. E que, na prática, significam que, uma vez confrontados com suspeitas da entidade adjudicante sobre a composição do preço proposto, os operadores económicos podem justificar esse preço, demonstrando que, embora este seja qualificável como anormalmente baixo, *ainda assim*, cumprem as suas obrigações em matéria laboral, social e ambiental.

Por isso mesmo, constitui causa de exclusão de uma proposta a apresentação de um preço anormalmente baixo se decorrer das justificações apresentadas que esse preço se explica pelo não cumprimento das obrigações laborais, sociais e ambientais relevantes. É o que resulta expressamente do artigo 69.º, n.º 3, segundo parágrafo, da Directiva 2014/24/UE, e do considerando 103 da mesma Directiva, bem como do artigo 84.º, n.º 3, terceiro parágrafo, da Directiva 2014/25/UE, e do considerando 108 desta Directiva. E é também a estatuição imposta pelo artigo 70.º, n.º 2, alínea *e*), quando lido em conjugação com o preceito do artigo 71.º, n.º 4, alínea *g*), do CCP.

8. CONCLUSÕES

Face ao que se deixa dito, impõe-se extrair duas conclusões.

Em primeiro lugar que, por via da introdução do artigo 71.º, n.º 4, alínea *g*), do CCP, ocorre no ordenamento jurídico português uma alteração dos dados do debate. Já que, não sendo absolutamente líquida a adesão a uma concepção de preço anormalmente baixo alinhada com a posição da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu⁽⁴⁶⁾ – que apelidamos de “perspectiva da cobertura de custos e lucro” – parece incontestável que o instituto do preço anormalmente baixo visa, pelo menos, tutelar o risco de incumprimento *não apenas* do contrato, *mas também* da legislação laboral, social e ambiental relevante⁽⁴⁷⁾.

O que implica uma inflexão do entendimento jurisprudencial adoptado sobre o conceito de preço anormalmente baixo no quadro legal anterior, particularmente no recente e já referido Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Junho de 2017 (processo n.º 0326/17).

⁽⁴⁶⁾ Expressa nos instrumentos de *soft law* mencionados na secção C.5 *supra*.

⁽⁴⁷⁾ Importa sublinhar que o conceito de preço anormalmente baixo não se identifica plenamente com a figura do *preço predatório* própria do Direito da Concorrência. Por um lado, porque neste último âmbito, a existência de um preço predatório depende da detenção pelo concorrente de uma posição dominante no mercado [cfr. Acórdãos do TJUE de 3 de Julho de 1991 (processo C-62/86 — *AKZO*), de 6 de Outubro de 1994 (processo C-83/91 — *Tetra Pak*) e de 2 de Abril de 2009 (processo C-202/07P — *Wanadoo*)], o que já não é pressuposto da qualificação de um preço como anormalmente baixo (cfr., neste sentido, GRITH SKOVGAARD ØLYKKE, *Abnormally Low Tenders...*, cit., p. 280; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., 2011, p. 936). Por outro lado, porque, no quadro do Direito da Concorrência, um preço só é anticompetitivo se for capaz de eliminar empresas tão eficientes quanto a empresa dominante, ao passo que, para o regime do preço anormalmente baixo, é irrelevante saber qual a quota de mercado detida por cada empresa (cfr., neste sentido, GRITH SKOVGAARD ØLYKKE, *Abnormally Low Tenders...*, cit., p. 280; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., 2011, p. 936).

Em segundo lugar, que a formulação pela entidade adjudicante de juízo de anomalia de um preço com fundamento na sua insuficiência para suportar a totalidade dos custos incorridos pelo operador económico com o cumprimento das obrigações nos domínios laboral, social e ambiental, inerentes àquela prestação contratual, não afasta a possibilidade de *posterior* justificação do preço (anormalmente baixo) proposto, com base em justificações relacionadas com a «prestação em causa», designadamente, a economia do processo de prestação de serviço ou as condições excepcionalmente favoráveis de que o concorrente *comprovemente* dispõe, que lhe permitem, por exemplo, repartir os encargos sociais e com remunerações dos meios humanos empregues na prestação de serviços por vários contratos (cfr. artigo 71.º, n.º 4, do CCP).

D) O SUBPROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO DA ANOMALIA DE UMA PROPOSTA

1. O NOVO QUADRO LEGAL

As linhas de força da revisão operada nesta matéria podem resumir-se nos seguintes termos:

a) A *previsão expressa* do exercício de contraditório sobre a qualificação do preço como anormalmente baixo nos casos de determinação casuística pela entidade adjudicante: «o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar a decisão de exclusão de uma proposta com essa justificação, solicitando previamente ao respectivo concorrente que preste esclarecimentos, por escrito e em prazo adequado, relativos aos elementos constitutivos relevantes da proposta» (cfr. artigo 71.º, n.º 3, do CCP);

b) A *revogação* da alínea d) do artigo 57.º, n.º 1, do CCP, que previa a apresentação de esclarecimentos justificativos do preço anormalmente baixo quando o limiar da anomalia resultava expressa ou tacitamente das peças do procedimento;

c) A *omissão* de uma norma paralela a esse revogado artigo 57.º, n.º 1, alínea d), aplicável quando, por recurso ao poder previsto no novo n.º 1 do artigo 71.º do CCP, a entidade adjudicante defina nas peças do procedimento o critério de determinação da anomalia do preço.

2. IMPLICAÇÕES DAS ALTERAÇÕES (E OMISSÕES) INTRODUZIDAS

Face ao novo quadro, deixou de existir habilitação legal para a exclusão de uma proposta com fundamento na falta de apresentação dos esclarecimentos justificativos do preço anormalmente baixo, mesmo nas hipóteses de pré-determinação do critério da anomalia nas peças do procedimento, que até agora resultava do regime do artigo 146.º, n.º 1, alínea d), conjugado com o artigo 57.º, n.º 1, alínea d), do CCP.

Em termos práticos, esta solução normativa traduz-se na eliminação do regime do contraditório antecipado e na aplicação constante e universal do *regime-regra de exercício do contraditório sucessivo* sobre o carácter anormalmente baixo do preço previsto no novo artigo 71.º, n.º 3, do CCP.

O que implica a inflexão do entendimento jurisprudencial formado no quadro legal agora revogado, no sentido da validade de uma decisão de exclusão imediata de propostas com preços anormalmente baixos, que não estivessem instruídas com os esclarecimentos previstos no artigo 57.º, n.º 1, alínea d), do CCP de 2008, sempre que o limiar da anomalia resultasse directa ou indirectamente das peças do procedimento [cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Outubro de 2016 (processo n.º 01472/14)⁽⁴⁸⁾].

Vídeos da apresentação

I.



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1gr3m7atbb/flash.html?locale=pt>

⁽⁴⁸⁾ Disponível em www.dgsi.pt.

II.



➔ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2633o9ihks/flash.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5.

**Novidades em sede
de apreciação e
exclusão de propostas**

Bernardo Azevedo



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

NOVIDADES EM SEDE DE APRECIÇÃO E EXCLUSÃO DE PROPOSTAS**Bernardo Azevedo*****Vídeo da apresentação**

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1gr3m7atm3/flash.html?locale=pt>

*Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6.

Os critérios de adjudicação

Cláudia Viana



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

OS CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO

Cláudia Viana*

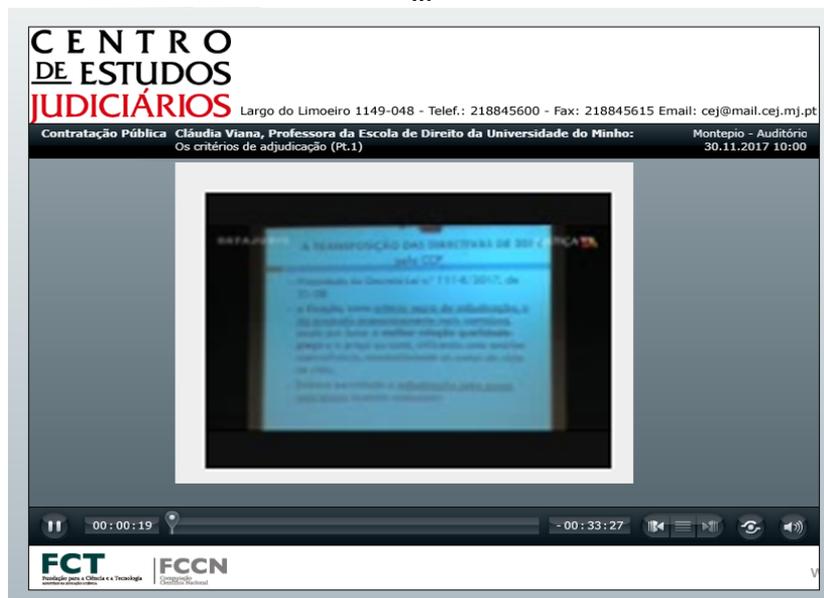
Vídeos da apresentação

I.



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/wvj2lqaiq/flash.html?locale=pt>

II.



→ https://educast.fccn.pt/vod/clips/2ffuab5w8v/link_box_h?locale=pt

*Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7.

Os (novos) trabalhos complementares

Licínio Lopes Martins



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

OS (NOVOS) TRABALHOS COMPLEMENTARES

Licínio Lopes Martins*

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2ffuab5wgs/flash.html?locale=pt>

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8.

**Acordos quadro,
centrais de compras,
sistemas de aquisição
dinâmicos e catálogos
eletrônicos**

Vera Eiró



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ACORDOS QUADRO, CENTRAIS DE COMPRAS, SISTEMAS DE AQUISIÇÃO DINÂMICOS E CATÁLOGOS ELETRÓNICOS

Vera Eiró*

Vídeos da apresentação

I.



→ https://educast.fcn.pt/vod/clips/l6lt7k9w5/link_box_h?locale=pt

II.



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/28198201te/ipod.m4v?locale=pt>

* Professora da Faculdade de Direito, Universidade Nova.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

9.

Principais novidades do regime substantivo dos contratos – invalidade e modificações objetivas e subjetivas

Raquel Carvalho



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

PRINCIPAIS NOVIDADES DO REGIME SUBSTANTIVO DOS CONTRATOS – INVALIDADES E MODIFICAÇÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS¹

Raquel Carvalho²

1. O âmbito de aplicação do regime substantivo;
2. O alcance das alterações no regime substantivo da Parte III.
3. O regime da invalidade: alcance das alterações;
 - 3.1. O artigo 283.º e a invalidade derivada;
 - 3.2. O artigo 284.º e a invalidade própria;
 - 3.3. O artigo 285.º e o regime de invalidade.
4. A revogação do artigo 283.º A e a nova redação do artigo 287.º;
 - 4.1. As questões suscitadas pela nova opção legislativa.
5. O regime das modificações do contrato: alcance das alterações;
 - 5.1. A previsão do conceito de modificação no direito europeu;
 - 5.2. Os tipos de modificação;
 - 5.3. A modificação objetiva;
 - 5.3.1. Os fundamentos da modificação objetiva;
 - 5.3.2. Os limites do artigo 313.º;
 - 5.3.3. A alteração no artigo 314.º;
6. A modificação subjetiva;
 - 6.1. A cessão da posição contratual;
 - 6.2. O novo artigo 318.º A;
 - 6.3. A subcontratação;
 - 6.4. O pagamento direto a subcontratado.

1. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME SUBSTANTIVO

1. O legislador português, após ter ultrapassado em muito o tempo de transposição das Diretivas de 2014 relativas à contratação pública, publicou a 31 de agosto de 2017 o diploma que procede à referida transposição. Pela primeira vez, as Diretivas contêm normas sobre a execução e resolução de contratos públicos, o que determinou necessariamente que a transposição se estendesse para a Parte III do Código.

2. A mera contabilização das normas alteradas na Parte III permite perceber a extensão da intervenção legislativa: 39 artigos que sofrem alterações, tendo sido acrescentados 15 novos artigos. Acresce que foram revogadas doze disposições normativas, aí se incluindo por vezes, artigos integrais.

¹ O texto resulta da apresentação feita na sessão de dia 30 de novembro de 2017, na Ação de formação pública subordinada ao tema Contratação Pública. A autora agradece à Direção do Centro de Estudos Judiciários a amabilidade do convite. Omitiram-se as palavras de circunstância. Atendendo ao tema da sessão, o texto dedica-se no essencial à descrição, análise e problematização das novidades legislativas, quando relevantes.

² Professora Associada. Universidade Católica Portuguesa, CEID - Centro de Estudos e Investigação em Direito, Faculdade de Direito – Escola do Porto, Rua Diogo Botelho, 1327, 4169-005, Porto, Portugal.

A nona revisão do Código dos Contratos Públicos (CCP) não é, por conseguinte, uma simples revisão por transposição.³

3. Se pretendemos abordar a questão das alterações legislativas no regime substantivo, importa perceber, antes de qualquer outra coisa, qual o respetivo âmbito de aplicação.

Para o efeito, torna-se necessário ter em consideração o artigo 1.º do CCP (Âmbito) e o artigo 280.º (Direito aplicável).⁴

Em rigor, o âmbito de aplicação do CCP deveria ficar imediatamente evidente no artigo 1.º do diploma, segundo a melhor técnica legislativa.

Infelizmente, não foi essa a opção do legislador.

4. Assim, o artigo 1.º do CCP estabelece a repartição da aplicação das normas da Parte II (n.º 2)⁵ – aos contratos públicos – e da Parte III (n.º 5)⁶ – às relações contratuais administrativas – ainda que comece por determinar que o Código “*estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*” (n.º 1).

Foi, portanto, opção de o legislador manter dois conceitos: contrato público e contrato administrativo (n.º 1 do artigo 1.º) e introduzir, sem dar qualquer orientação ao intérprete sobre o respetivo alcance, uma outra expressão, a de relações contratuais administrativas (n.º 5 do artigo 1.º).

Todavia, não satisfeito com as opções tomadas no artigo 1.º, o legislador decidiu igualmente, no artigo que regularia o direito aplicável aos contratos sujeitos à Parte III, tornar a pronunciar-se sobre a repartição de normas a aplicar aos contratos administrativos, aos contratos públicos e às relações contratuais administrativas.

Tendo levado a cabo a revogação do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, que antes continha os designados “*fatores de administratividade*” dos contratos, a versão revista do artigo 280.º,

³ Não nos debruçamos sequer sobre a reorganização do próprio diploma e que consta do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

⁴ Para Mário Aroso de Almeida, “o conteúdo do artigo [280.º] é novo e aponta para uma modificação estrutural do nosso Direito dos Contratos Públicos – modificação, aliás, de tal dimensão que nem o legislador da revisão parece ter-se apercebido do seu verdadeiro alcance e, por isso, das suas implicações”, (“Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 23). Sérvulo Correia é igualmente de opinião que a transversalidade que a revisão do CCP veio estabelecer (ainda que antes já existissem alguns indícios da mesma, *máxime* em alguns dos limites à modificação dos contratos que constavam do artigo 313.º) caminha “em direção à unidade de contratos públicos” (“A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, nº 2, 2017, p. 13 (<http://www.e-publica.pt/v4n2a01.html>, consultado a 3/1/2018).

⁵ “O regime da contratação pública estabelecido na parte II 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” (destacado nosso).

⁶ “A parte III do presente Código contém o regime substantivo aplicável à execução, modificação e extinção das relações contratuais administrativas”

começa precisamente por estabelecer os ditos critérios, estabelecendo a aplicação aos contratos públicos das disposições da Parte III, melhor descrita no n.º 3 do referido artigo.^{7/8}

Importa, portanto, para a análise das alterações do regime substantivo ter em mente o que resulta do n.º 3 do artigo 280.º que determina a aplicação aos contratos sujeitos à Parte II, ainda que não configurem relações contratuais administrativas (não sejam por isso e, em simultâneo, contratos administrativos) o seguinte conjunto de disposições relativas:

- (i) À defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação;
- (ii) Aos regimes de invalidade;
- (iii) Aos limites à modificação objetiva; e
- (iv) Aos limites à cessão da posição contratual e subcontratação.

5. O que concluir, ainda que brevemente, da conjugação destas disposições?

O legislador parece ter escolhido trabalhar apenas com o conceito de contrato público (artigo 1.º), embora utilize o conceito de contrato administrativo logo na parte final do n.º 1. Contudo, só nos indica o que pretende que seja um contrato administrativo no n.º 1 do artigo 280.º; introduz um conceito que aparentemente é novo: o de relações contratuais administrativas, o qual, na nossa opinião, se destina apenas a designar aqueles contratos que comungam em simultâneo da natureza de público (porque se sujeitam às regras da Parte II) e de administrativo (porque se enquadram nos fatores de administratividade agora previstos no n.º 1 do artigo 280.º).

Existem, por conseguinte, à luz das opções atuais do legislador português, os seguintes tipos de contratos e respetivos regimes:

- a) Contratos públicos que não geram relações contratuais administrativas que estão sujeitos à Parte II (artigo 1.º, n.º 2) e aos regimes resultantes do n.º 3 do artigo 280.º;
- b) Contratos administrativos que não estão sujeitos à Parte II, pois não preenchem os critérios do artigo 1.º, n.º 2, mas preenchem os critérios do n.º 5 do artigo 1.º;

⁷ Importa relembrar que o Anteprojeto sujeito a discussão pública não previa a revogação do n.º 6 do artigo 1.º Sêrvulo Correia critica esta opção (*in* “A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, nº 2, 2017, p. 16, <http://www.e-publica.pt/v4n2a01.html>, consultado a 3/1/2018).

⁸ Já ao tempo da discussão pública do Anteprojeto, a doutrina entendia que as disposições contidas no então 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”) deveriam estar no artigo 1.º (Pedro Gonçalves/Licínio Martins, “Reflexões Gerais sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos”, *in Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2016 (documento online em pdf), p. 5; Ana Gouveia Martins, A modificação dos contratos no anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, *in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, e-book, ICJP, 2016, p. 295.

c) Contratos públicos que revestem em simultâneo a natureza de contratos administrativos, dando origem a relações contratuais administrativas e por isso estão sujeitos simultaneamente às Partes II (por serem contratos públicos) e III (por serem administrativos), conforme resulta das disposições conjugadas dos n.ºs 1 do artigo 1.º, n.º 1 do artigo 280.º.

Não é, assim, muito fácil perceber a pretensão do legislador ao consagrar um novo conceito nem se afigura razoável a “distribuição” das normas que definem o respetivo âmbito de aplicação das duas partes do CCP.

2. O ALCANCE DAS ALTERAÇÕES NO REGIME SUBSTANTIVO DA PARTE III.

6. O n.º 3 do artigo 280.º estabelece ser de aplicar aos “*contratos sujeitos à parte II ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas*” as disposições dos regimes da invalidade e das modificações objetivas e subjetivas.

No que respeita ao regime da invalidade, a nona revisão do CCP levou a cabo alterações nos artigos 283.º, 284.º, 285.º e revogou o artigo 283.º A. Ainda com relevância para este domínio, importa chamar a atenção para o facto de também o artigo 287.º ter sofrido alterações.

Já no que respeita aos regimes de modificação do contrato, há que salientar alterações legislativas nas disposições sobre modificação objetiva e subjetiva do regime comum e alterações a propósito dos regimes substantivos dos contratos em especial. Neste contexto, importa ainda sublinhar a introdução, quer no regime geral quer nos regimes dos contratos em especial, de novos artigos⁹.

3. O REGIME DA INVALIDADE – ALCANCE DAS ALTERAÇÕES¹⁰

3.1. O artigo 283.º e a invalidade derivada

7. No domínio do regime da invalidade derivada, o legislador optou por manter inalterável o princípio do paralelismo de formas de invalidade, quando o desvalor jurídico é o da nulidade. Todavia, o n.º 2 do artigo 283.º agora revisto estabelece que “*os contratos são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração, devendo demonstrar-se que o vício é causa adequada e suficiente da invalidade do contrato, (...)*”.¹¹ O legislador introduziu, assim, a propósito do desvalor jurídico da anulabilidade uma condição e impôs a necessidade de prova (demonstração) ao julgador quanto à suficiência e adequação do vício do ato em que assenta a celebração do contrato

⁹ Daremos particular atenção às disposições contidas nos artigos 312.º, 313.º, 318.º, 318.º A, 319.º e 321.ºA, para além de pontualmente nos referirmos às disposições dos regimes substantivos dos contratos em especial.

¹⁰ NOTA DA AUTORA: já tivemos oportunidade de escrever sobre as alterações ao regime substantivo de invalidade num artigo em vias de publicação nos Cadernos de Justiça Administrativa. Por razões de cortesia com o convite endereçado pelo Conselho de Direção da referida publicação, a abordagem do tema será aqui adaptada.

¹¹ Corresponde, com uma ou outra adaptação, ao que constava do anteprojecto.

para gerar a anulabilidade do contrato. Pela nossa parte, esta opção apenas peca em dois aspetos: restringe-se ao desvalor da anulabilidade e é relativamente desvirtuada pelo incisivo final do mesmo n.º 2 que, pretendendo auxiliar o intérprete, lhe “arranja” uma complicação ao estabelecer “*designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial*”.¹²

A introdução desta condição altera em termos que nos parece significativos a opção fundamental do legislador quanto ao paralelismo de formas de invalidade, em particular no que respeita à anulabilidade.¹³ Assim, agora o desvalor jurídico da nulidade parece continuar a aplicar-se sem sujeição a qualquer demonstração de suficiência ou adequação, mas a anulabilidade do contrato, ainda que o ato em que assenta a sua celebração seja anulado, só ocorrerá se for demonstrado que o vício que está na origem da anulação do ato é suficiente e adequado para tornar o contrato anulável.¹⁴

Já nos merece alguma perplexidade os exemplos que o legislador dá e que só percebemos por nos parecer resultar da movimentação do segmento normativo do n.º 4 para o n.º 2: quer uma modificação subjetiva quer a modificação de conteúdo essencial do contrato (seja lá o que isso consubstanciar) configuram situações demasiado graves para conduzirem apenas a anulabilidade do contrato.¹⁵

8. O n.º 3 do artigo 283.º, que previa as situações de consolidação dos atos anuláveis como circunstância impeditiva da aplicação do n.º 2, foi revogado. Era já o que se previa no anteprojeto e que se compreende, dada a dependência da invalidade do contrato da invalidação dos atos em que tivesse assentado a sua celebração. Não esqueçamos que a invalidade derivada do contrato é uma invalidade suspensa até efetivação da invalidade do ato, pelo que, se este se consolidou e, por conseguinte, não pode ser invalidado, também o contrato não o poderá ser¹⁶. A revogação operada não conduz, parece-nos, a que se deixe de aplicar o regime que a norma instituía, por funcionamento das regras e princípios de direito administrativo.

9. Por fim, a revisão do artigo 283.º também restringiu a redação do n.º 4 ao retirar a parte final “*ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial*”. Como já

¹² O legislador parece ter retirado este segmento do anterior n.º 4 do artigo 283.º que regula o afastamento do efeito anulatório.

¹³ Referindo-se a esta opção como uma nova perspetiva da própria “invalidade contratual”, Ana Raquel Moniz, “A Invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 825.

¹⁴ Continua, na nossa perspetiva, a não ser uma comunicação automática. Vide, na doutrina e de forma exemplificativa, Mário Aroso de Almeida, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 324, Raquel Carvalho, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 87 e ss.

A jurisprudência, em regra, também tem decidido neste sentido [por exemplo, Acórdão do TCA (N) de 15/4/2010, Proc. n.º 01480/09.4BEERG, relator: José Augusto Araújo Veloso], ainda que muito recentemente tenha surgido um Acórdão divergente [Acórdão do TCA (S) de 30/08/2017, Proc. n.º 1512/16.OBELSB, relatora: Cristina dos Santos].

¹⁵ Aliás, o legislador deveria ter tido mais cuidado com esta “movimentação” na medida em que ela se conexiona com possíveis limites às modificações admitidas no âmbito das Diretivas.

¹⁶ Raquel Carvalho, *As Invalidades Contratuais...*, cit., p. 120; Mário Aroso de Almeida, *Anulação de Actos Administrativos...*, cit., p. 324

dissemos, este segmento normativo foi parcialmente movido para o n.º 2, deixando, por conseguinte, a ponderação ser fator para afastar o efeito anulatório para passar a funcionar como fator de ponderação para operar a comunicação da invalidade.¹⁷

3.2. O artigo 284.º e a invalidade própria

10. A alteração legislativa mais significativa que o legislador operou nas causas de invalidade própria referem-se ao n.º 2 do artigo 284.º¹⁸

De acordo com a revisão, os contratos poderão ser nulos se:

- a) Se verificar algum fundamento de nulidade previsto no CCP;
- b) Se verificar alguma das causas de nulidade previstas no artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA);
- c) Se verificar alguma causa de nulidade prevista em legislação especial;
- d) Se verificar designadamente (i) *“alteração dos elementos essenciais do caderno de encargos e da proposta adjudicada que devessem constar do respetivo clausulado”*; (ii) *“aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites”*.

11. A nova redação do n.º 2 do artigo 284.º introduz um conjunto de causas de nulidade que poderá levantar alguns problemas ao intérprete.

O primeiro desses problemas relaciona-se com a determinação do conteúdo das outras causas de nulidade previstas no CCP. Uma vez que estamos nas causas de invalidade própria, parece ser evidente e coerente com o sistema, entender que tais causas não poderão ser as causas que caibam no n.º 1 do artigo 283.º, pois este artigo regula as causas de nulidade derivada do

¹⁷ É interessante referir que a jurisprudência administrativa aplica com relativa frequência o n.º 4 do artigo 283.º, quando chamada a pronunciar-se sobre a invalidade derivada do contrato, sendo vários os Acórdãos neste sentido. É, todavia, interessante mencionar um Acórdão recente em que o Tribunal, reafirmando a orientação jurisprudencial de que o n.º 4 concede uma ampla discricionariedade judicial, aí inclui consideração do “que aconteceu após a adjudicação do contrato” (Acórdão do STA de 20/06/2017, Proc. n.º 267/17, relatora: Maria Benedita Urbano: “À apreciação do afastamento do efeito anulatório, de acordo com a condição prevista na primeira parte do n.º 4 do artigo 283.º do CCP, deve presidir uma ampla discricionariedade jurisdicional, cabendo ao julgador efectuar uma ponderação de todos os interesses em presença, devendo o mesmo ter em conta uma realística relevância da gravidade do vício e considerar não apenas o ocorrido na fase de formação do contrato, mas, de igual forma, o ocorrido já após a adjudicação do contrato”).

¹⁸ A versão que acabou por vingar na revisão é distinta da que se propunha no Anteprojeto, em particular no que respeita aos exemplos de causas de nulidade: *“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: a) Os contratos que careçam em absoluto de forma legal; b) Os contratos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível ou constitua ou seja determinado pela prática de um crime; c) Os contratos que ofendam o conteúdo essencial de direito fundamental; d) Os contratos celebrados sob coação física ou coação moral; e) Os contratos que ofendam casos julgados; f) Os contratos celebrados com alteração dos elementos essenciais das peças do procedimento que devessem constar do respetivo clausulado; g) Os contratos celebrados com aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites”*.

contrato. O que, se pensarmos bem, reduz significativamente as hipóteses de causas de nulidade: todas as que, na consideração do legislador conduzam, por razões procedimentais, à nulidade de atos em que assente a celebração do contrato, estarão excluídas. Mesmo aquelas que, por exemplo, digam respeito ao caderno de encargos [que não se reconduzem à previsão da alínea d)] e que, na nossa perspetiva, deveriam ser consideradas de outra forma.¹⁹ Ficarão disponíveis as causas de nulidade ocorridas em fase pós-adjudicatória, como por exemplo, aquelas associadas à forma.

12. No que diz respeito à remissão para o artigo 161.º do CPA, preferíamos uma remissão mais inócua e para as causas de nulidade de direito administrativo, uma vez que a remissão para artigos identificados sempre conduzirá, no futuro, à necessidade de interpretações atualistas e à manutenção de vigilância quanto a alterações legislativas. Além disso, a remissão simplista para o artigo 161.º desconsidera o lugar normativo do artigo em causa que se refere às causas de nulidade de atos administrativos. Que são atuações administrativas estruturalmente distintas das dos contratos. Acresce ainda que a disposição em causa se poderá aplicar a contratos que não geram relações contratuais administrativas, isto é, lembre-se, a contratos públicos e não administrativos. Por isso, a aplicação das causas de nulidade previstas no artigo 161.º, quer seja a contratos administrativos quer seja a contratos públicos (aqui por maioria de razão) deve ser feita com “as devidas adaptações”.

Além disso, é preciso ter muita cautela na aplicação das normas constantes do artigo 161.º do CPA, pois algumas podem vir a contender com a construção da invalidade derivada e própria do CCP. Apenas como exemplo, a alínea l) do n.º 2 do artigo 161.º estabelece como causa de nulidade “*salvo em estado de necessidade, [a] preterição total do procedimento legalmente exigido*”. Recorde-se que a jurisprudência firme do Tribunal de Contas tem vindo a sustentar, antes do CPA de 2015, com fundamento ora assente na falta de elemento essencial da adjudicação ora na preterição absoluta de forma legal, a nulidade da adjudicação quando não é seguido o procedimento pré-contratual devido e conseqüentemente a nulidade – derivada – do contrato.

¹⁹ Reproduzimos aqui o que já dissemos no texto que está para publicação nos Cadernos de Justiça Administrativa (referido na nota 10 deste texto), na nota 14 do respetivo texto: “Sempre sustentamos que há causas de invalidade de atos procedimentais, designadamente da adjudicação, mas que deverão ser igualmente consideradas como causas de invalidade própria comuns ao contrato, uma vez que, se não existisse o procedimento pré-contratual, inequivocamente seriam causas de invalidade própria do contrato. É o caso das cláusulas contratuais propostas pela entidade adjudicante/contraente público. A existência de procedimento pré-contratual obrigatório impõe que a definição do clausulado se faça em momento cronologicamente anterior ao acordo. Mas não fora essa obrigação, ninguém teria dúvidas que uma cláusula inválida, proposta por um contraente, conduz a uma invalidade própria do contrato. No caso de contratos públicos (e administrativos), a invalidade é comum ao ato procedimental e ao contrato. Além de nos parecer uma construção mais rigorosa, é igualmente aquela que melhor tutela os interesses públicos e privados em presença. Na verdade, a consideração apenas como causa de invalidade derivada significa que a não impugnação atempada ou a não impugnação de todo do ato procedimental em que assenta a celebração do contrato, inviabiliza a invalidação do contrato (a invalidade derivada do contrato, recorde-se, depende da invalidação do ato procedimental). O que, no limite, permite a manutenção do contrato com cláusula inválida. A consideração da hipótese como sendo uma causa de invalidade própria, comum a ato procedimental, desliga a conexão e permite a impugnação autónoma do contrato, assim se tutelando os interesses públicos e privados em presença (sobre esta construção, vide o nosso *As Invalidades Contratuais...*, cit.)”.

13. No que respeita à remissão para legislação especial, trata-se de prever regimes especiais, em particular de contratos típicos, pelo que a resolução das questões se deverá fazer casuisticamente à luz dos princípios gerais de aplicação de regimes gerais e regimes especiais.

14. Por fim, o legislador acaba por apenas enunciar expressamente dois exemplos de nulidade:

(i) *“alteração dos elementos essenciais do caderno de encargos e da proposta adjudicada que devessem constar do respetivo clausulado”;*

(ii) *“aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites”.*

A primeira questão relaciona-se com o advérbio “designadamente”. Quis o legislador concretizar o corpo do n.º 2? Todo ele ou, em vez disso, acrescentar mais dois fundamentos? Atendendo à diversidade de cláusulas precedentes, entendemos que o legislador terá querido acrescentar. Em rigor, as previsões constantes das duas alíneas relacionam-se com situações de modificações não permitidas. E se melhor se reparar, relacionam-se com aspetos decididos procedimentalmente e que o n.º 2 do artigo 284.º acolhe como causas de invalidade própria.

15. Por último, cabe dar conta da incompreensível restrição que o adjetivo “públicos” acrescentado ao nome “contratos” no n.º 3, e que já era proposto no Anteprojeto. Deixando de lado a crítica à aplicação, sem mais, do direito estatutário dos sujeitos jurídicos privados aos contratos celebrados por entidades não privadas, a restrição operada pela revisão só pode ser considerada um lapso de revisão formal.²⁰

3.3. O artigo 285.º e o regime de invalidade

16. O Código mantém a remissão para o regime da invalidade do ato administrativo em relação aos contratos com objeto passível de ato administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos, remetendo depois no n.º 2 para o regime do Código e da legislação especial o regime dos contratos públicos.

Ainda antes de analisar as implicações de se referir restritivamente a contratos públicos, importa determinar que regime (ou que mais regime) contém o Código. Existem de facto algumas normas que se referem a situações de invalidade e que se situam na Parte II do Código:

a) Nulidade do caderno de encargos prevista no n.º 8 do artigo 43.º, passível de sanção nos termos do artigo 164.º do CPA, *ex vi* n.º 9 do mesmo artigo 43.º;

b) Regime de substituição de cláusulas nulas prevista no n.º 2 do artigo 299.º A

²⁰ Referindo-se a esta opção como sendo um alargamento da aplicação das regras do Código Civil aos contratos públicos, Madalena Mendes, “Modificação e Invalidade do Contrato”, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Grupo de Contratação Pública, 17 setembro 2016, p. 87 (documento pdf).

17. A distração do legislador voltou a manifestar-se, ao restringir (?) a aplicação “do presente Código e o previsto na legislação administrativa” (no n.º 2 do artigo 285.º) e a suscetibilidade de aplicação dos institutos da conversão e redução, independentemente do desvalor jurídico (n.º 3 do artigo 285.º) aos contratos “públicos”.²¹ Se não se colocarem problemas de maior quando estes contratos públicos gerarem relações contratuais administrativas, isto é, forem, em simultâneo, contratos administrativos, já o caso mudará de figura quando assim não seja. Em dois cenários:

(i) Nos contratos “meramente” públicos, por que razão se haverá de aplicar, no regime que regula a relação jurídica emergente do contrato, o direito administrativo?

(ii) Nos contratos administrativos, as respetivas relações jurídicas emergentes não deverão, por maioria de razão – a estatutária – ser reguladas pelo direito administrativo?

(iii) Os contratos “meramente” administrativos deixam de poder ser reduzidos ou convertidos?²²

Na verdade, parece existir uma contradição entre as normas constantes do artigo 280.º e estas, a que nos temos vindo a referir como contendo “distrações” do legislador. Repare-se que nos termos do n.º 1 do artigo 280.º, “a parte iii aplica-se aos contratos sujeitos à parte ii que configurem relações jurídicas contratuais administrativas” e o n.º 2, por sua vez, explicita que “as demais relações contratuais administrativas, incluindo as estabelecidas entre contraentes públicos, são regidas pela legislação especialmente aplicável, sem prejuízo da aplicação subsidiária do regime da parte iii, quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa.” As eventuais razões a que se refere o legislador na parte final dirão respeito, por exemplo, a normas que tutelam o valor da concorrência e que não fazem sentido em contratos administrativos que não estavam sujeitos à Parte II. Mas o inverso não é verdadeiro. Em regra, os contratos públicos estão sujeitos à Parte II (n.º 2 do artigo 1.º) e a Parte III aplica-se, em regra, “à execução, modificação e extinção das relações contratuais administrativas” (n.º 5 do artigo 1.º) que podem ou não nascer de contratos públicos.

Ora, o regime da invalidade está na Parte III, pelo que a redação redutora dos n.ºs que temos vindo a apontar só pode significar uma derrogação àquele regime legal, mas, na nossa opinião, sem justificação visível.

18. A referida distração tem, contudo, mais implicações na justa medida em que, no n.º 2, tal opção limita a aplicação do regime da invalidade previsto no Código e “o previsto legislação

²¹ “Distração” que já se evidenciava no anteprojeto.

²² Mas não serão todos: os que forem substitutivos de atos administrativos ou sobre o exercício de poderes públicos, como estão sujeitos ao regime do ato, sê-lo-ão na mesma medida. Mas o que justifica que os contratos públicos geradores de relações jurídicas contratuais administrativas sejam passíveis de redução e conversão e os meramente administrativos não? Ou será que o legislador entende que só existem duas categorias de contratos: os públicos que podem ou não gerar relações contratuais administrativas e os de substituição de atos administrativos e sobre o exercício de poderes públicos? A grande objeção a esta construção encontra-se no âmbito de aplicação da Parte II: podem existir contratos que, por diversas razões, não fiquem sujeitos à Parte II, mas gerem relações contratuais daquela natureza. Qual será então o seu regime substantivo?

administrativa” (!?) aos contratos públicos. Quer esta norma significar a exclusão daquele âmbito dos contratos administrativos que não sejam contratos públicos?

Acresce que o legislador altera também uma opção inicial do CCP de fazer aplicar os institutos da redução e da conversão, independentemente do desvalor jurídico, aos contratos administrativos. A levar como opção querida esta restrição, os contratos administrativos que não sejam públicos não poderão ser convertidos nem reduzidos (exceção feita aos contratos que se enquadrem no n.º 1 do artigo 285.º, por se lhes aplicar o “regime de invalidade previsto para o ato administrativo”).

19. Impõe-se de seguida compatibilizar esta última opção legislativa com a que resulta do n.º 4 do artigo 285.º

O n.º 4 parece apontar uma preferência pela aplicação dos institutos da redução e da conversão, em situações de anulabilidade, devido ao segmento normativo “e o efeito anulatório”. Todavia, o teor literal do n.º 4, que já não se refere a “contratos públicos”, mas apenas a “contratos”, não pode olvidar a definição de âmbito de aplicação contida no n.º anterior.

Esta sequência merece-nos os seguintes comentários²³:

«(i) Apesar de o n.º 4 se referir apenas a “contratos”, como se trata de regime sequencial, uma vez que a norma se inicia por “caso não seja possível a redução ou a conversão, o n.º 4 também só terá aplicabilidade aos contratos públicos;

(ii) O legislador claramente prefere a redução/conversão do contrato anulável, concretizações do princípio geral do aproveitamento da atuação administrativa, uma vez que só admite a ponderação do afastamento do efeito anulatório se aqueles institutos não forem possíveis;

(iii) Ao contrário do que sucede para a não comunicação da anulabilidade, em que o legislador não se pronuncia sobre a instância que fará a ponderação, no n.º 4 do artigo 285.º o legislador permite que o afastamento do efeito anulatório possa resultar de decisão arbitral ou judicial, insistindo no critério da “gravidade do vício”, agora para efeitos de regime.²⁴ Esta opção permite concluir que não pode ser um vício de invalidade derivada, porque esse terá o tratamento jurídico do n.º 2 do artigo 283.º».²⁵

4. A revogação do artigo 283.º A e a nova redação do artigo 287.º

20. Ao contrário do que se previa no Anteprojeto, o legislador optou por revogar o artigo 283.º A e transferir as respetivas prescrições para os n.ºs 5 a 8 do artigo 287.º do CCP.

²³ Contido já na publicação a que nos referimos na nota 10.

²⁴ No Anteprojeto, apenas se permitia o afastamento por decisão judicial.

²⁵ Tentando conciliar as duas disposições, considerando-as sobreponíveis, Ana Raquel Moniz, “A Invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 857.

Como se sabe, a transposição da Diretiva Recursos (Diretiva 2007/66) foi feita pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, sendo que uma das novidades então introduzidas no CCP foi a do artigo 283.º A. As prescrições normativas aí contidas diziam respeito às situações de não publicação de anúncio obrigatório e ao incumprimento do prazo *standstill*, tendo o legislador entendido que ambas se reconduziam a exemplos de invalidade derivada.

No diploma de revisão, o legislador alterou a sua conceção acerca desta questão, convertendo as duas situações de invalidade em situações de ineficácia.²⁶

Pessoalmente, não concordamos com esta alteração legislativa porquanto nos parece que resulta de uma leitura “apressada” do conceito de “privação de efeitos” a que se refere a Diretiva. Ambas as situações que impõem, ao abrigo do artigo 2.º D da Diretiva a consequência da privação de efeitos, reconduzem-se, na nossa opinião, a situações de invalidade, uma vez que traduzem o incumprimento de obrigações procedimentais: uma antes da adjudicação (a publicação de anúncio), a outra pós-adjudicatória, mas anterior à celebração do contrato (o prazo de celebração deste). Aliás, se bem se atentar na própria literalidade da Diretiva, parece ser essa também a conceção do legislador europeu a propósito da natureza das situações. Na verdade, o considerando 19 estabelece “em caso de violação de outras exigências formais, os Estados-Membros poderão considerar inadequado o princípio da privação de efeitos” (destacado nosso). O legislador entende que as duas situações que impõem a privação de efeitos são “violação de exigências”, senão não se referiria a outras como tal. Ora, a expressão “privação de efeitos” é uma expressão neutra, como muitas que o legislador europeu utiliza amiúde, para poder abarcar as soluções específicas de cada Estado Membro. Assim, na nossa perspetiva, uma solução interna que tenha como efeito a privação de efeitos tem de ser aquela que se relaciona com o incumprimento de requisitos (ainda que formais). E essa solução é a invalidade.

4.1. As questões suscitadas pela nova opção legislativa

21. A opção pela solução da ineficácia coloca algumas dúvidas sobre a dimensão judicial da tutela.

Deixando de lado a inicial impossibilidade de aplicação do artigo 287.º aos contratos públicos porque a redação do n.º 3 do artigo 280.º se referia apenas a capítulo e que foi corrigida pela Declaração de Retificação, importa contudo precisar que a aplicação do artigo 287.º se fará por aplicação do segmento normativo “*as disposições do presente capítulo que têm por objetivo a defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação*”. Uma vez que as prescrições dos n.ºs 5 a 8 do artigo 287.º se ligam inexoravelmente a questões de concorrência e igualdade de tratamento.

22. Mais complexa se revela a tarefa de resolver as questões de legitimidade processual para arguir a agora ineficácia do contrato com aqueles fundamentos.²⁷

²⁶ Alguma doutrina vinha sustentando que a Diretiva se referia a ineficácia: “Pena é também que não se aproveite para deslocar para o regime da ineficácia do contrato – em consonância com o Direito Europeu – o que tem vindo a ser tratado como causa de invalidade (por exemplo, os casos de inobservância do período de *standstill* ou de publicação obrigatória no JOUE)”, Maria João Estorninho, “Uma oportunidade perdida...Breve apreciação crítica do anteprojeto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos”, Maria João Estorninho/ Ana Gouveia Martins (coord), Atas da Conferência *A revisão do código dos contratos públicos* (ebook), cit., p. 26.

Repare-se que qualquer outra questão de incumprimento de requisitos formais/materiais do procedimento de contratação pública, encontrará resposta no regime de invalidade e nas correspondentes regras adjetivas de legitimidade. Podemos por isso encontrarmo-nos perante situações menos graves (pelo menos na perspetiva do legislador europeu da Diretiva Recursos) de incumprimento de requisitos formais de procedimento que gerem invalidade e estes, mais graves (mereceram dedicação específica pelo legislador) são apenas de ineficácia.

23. O n.º 1 do artigo 77.º A do Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) regula hoje o leque das pessoas legitimadas para arguir a invalidade total ou parcial do contrato. Trata-se de uma disposição com um vasto número de pessoas com legitimidade e que se destina a dar uma ampla possibilidade de tutela judicial efetiva a todos quantos poderão ser prejudicados por situações de incumprimento de regras que afetem a validade do contrato.

Regula depois no n.º 3 a legitimidade para as ações sobre execução do contrato, com dimensão significativamente mais reduzida. Parece ser de entender que as questões de ineficácia do contrato se reconduzem a questões sobre execução, determinando então o n.º 3 do artigo 77.º A quem pode propor a ação com esse fundamento. Da brevíssima e necessariamente não profunda análise do elenco constante do n.º 3 do referido artigo, podemos de imediato concluir que apenas a previsão da alínea d) (*“Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato”*) tem alguma relação com os fundamentos que agora constam do artigo 287.º do CCP. Mas exclui, por exemplo, quem não se apresentou a concurso, por não ter sequer sabido do mesmo, por não ter sido publicado o anúncio.²⁸ Porque este nem sequer se pode entender ter sido preterido....

Compare-se agora, num pequeno exercício académico, esta situação com uma de incumprimento de exigência formal (não considerada como das mais graves pelo legislador europeu) mas que caiba nas previsões do artigo 283.º. O contrato poderá ser invalidado por ação de uma das pessoas legitimadas ao abrigo do n.º 1 do artigo 77.º A, numa hipótese de menor gravidade jurídica...

A questão que se evidencia é a de saber se a solução substantiva, conjugada com a atual solução adjetiva, cumpre o espírito da Diretiva Recursos de dar proteção judicial efetiva àqueles que, pelo incumprimento de requisitos reputados de importantes em sede de contratação pública, veem a sua esfera jurídica atingida.²⁹

5. O REGIME DAS MODIFICAÇÕES DO CONTRATO: ALCANCE DAS ALTERAÇÕES

²⁷ Ana Raquel Moniz enuncia uma questão anterior que é a de saber se é necessária uma declaração judicial, uma vez que as disposições normativas não o esclarecem (*in ob. cit.*, pp. 859-860) Tratando-se de questão atinente à execução do contrato, parece-nos, o n.º 1 do artigo 307.º coloca-a no âmbito das declarações negociais. Acresce que a Diretiva Recursos aponta para a não automaticidade do funcionamento da consequência de privação de efeitos, insistindo na intervenção de um organismo. Por fim, o próprio artigo 287.º, no seu n.º 7, ao prever a imposição de medidas alternativas para a hipótese de afastamento da privação de efeitos, refere expressamente a decisão judicial ou arbitral, heterónoma, portanto, à Administração.

²⁸ Ou por quem preenchesse a alínea f) do n.º 1 do artigo 77.º A, caso se tratasse de um caso de invalidade.

²⁹ Importa ainda chamar a atenção para uma questão, que extravasa a nossa reflexão, que é a de saber se a solução de ineficácia não inviabiliza também a possibilidade de indemnização aos lesados no procedimento concursal.

24. A revisão do CCP introduziu alterações significativas em várias disposições normativas relacionadas com a modificação dos contratos, em virtude das novas disposições sobre execução dos contratos públicos estabelecidas no artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU³⁰, no artigo 89.º da Diretiva 2014/25/EU e no artigo 43.º da Diretiva 2014/23/EU.

As disposições relevantes alteradas, em sede de regime comum, foram as constantes dos artigos 312.º, 313.º, 314.º, 315.º, 318.º, 319.º, tendo ainda sido adicionadas, com relevância, os artigos 318.º A e 321.º A pelo que será essencialmente sobre elas que nos debruçaremos. Contudo, dadas as conexões relevantes, resultantes das opções de revisão, poderemos igualmente incluir nas nossas reflexões, ainda que *per accidens*, de disposições sobre modificação nos contratos em especial.³¹

5.1. A previsão do conceito de modificação no Direito da União Europeia

25. As Diretivas de 2014 sobre contratação pública incluíram pela primeira vez disposições dedicadas sobre a execução dos contratos.³² Trata-se da primeira consagração em legislação europeia ainda que não seja uma novidade nas preocupações europeias, designadamente na jurisprudência. Aliás, terá sido o impulso desta que terá levado o legislador a consagrar normas sobre execução, ainda que não tenha traduzido *quale tale* o pensamento pretoriano.

Embora o que importe seja analisar o modo como o legislador português levou a cabo a transposição das disposições sobre a modificação de contratos públicos, é importante perceber o caminho percorrido pelo legislador europeu até à efetiva consagração para melhor entender o alcance do que é hoje, em Direito da União Europeia da Contratação Pública, uma modificação do contrato público.

26. O impulso da jurisprudência, iniciado significativamente com o Acórdão *Pressetext*,³³ saldou-se, de forma sucinta, nos seguintes aspetos:

- a) Reconhecimento de uma certa “opacidade” da execução de contratos públicos celebrados na sequência de procedimentos de contratação pública fortemente desenhados e enformados pelos princípios da concorrência, igualdade, não discriminação e transparência;

³⁰ O artigo 71.º regula a questão da subcontratação que, sendo uma alteração na relação contratual, não consubstancia exatamente uma modificação subjetiva no contrato, uma vez que não há alteração das partes no contrato.

³¹ Designadamente as disposições contidas nos artigos 370.º, 372.º, 378.º, 380.º, 420.º A, 454.º do CCP.

³² Como já tivemos oportunidade de sustentar, em rigor, as Diretivas de 2004 continham já algumas regras sobre modificação, designadamente quando regulavam os trabalhos complementares nos contratos de empreitada de obras públicas e de serviços, a propósito de recurso a procedimento de negociação sem publicação de anúncio [cfr. o disposto na alínea a) do n.º 4 do artigo 31.º da Diretiva 2004/18]. *Vide* Raquel Carvalho, “As Novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos Contratos Públicos”. *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, 19, pp. 225-250.

³³ Acórdão C-454/06, de 19 de junho de 2008 – daqui em diante sempre designado como Acórdão *Pressetext*. Existem decisões judiciais anteriores sobre esta temática: Acórdão Comissão/França, C – 337/98, de 5 de outubro de 2000; Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA, C – 496/99, de 29 de abril de 2004; Acórdão ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano, C – 347/06, de 17 de julho de 2008.

- b) Reconhecimento de que tais princípios não se esgotavam no momento da celebração do contrato, mas que permaneciam como valores importantes na execução dos contratos públicos, em particular naqueles de execução duradoura;
- c) A percepção de que descurar as questões de concorrência na fase de execução dos contratos públicos estaria também na origem de fenómenos de corrupção;³⁴
- d) Criação, em sequência daquelas asserções, de um conceito operativo fundamental: o de alteração substancial do contrato;
- e) Identificação consequente de um conjunto de requisitos que concretizam a referida alteração e que a tornavam inadmissível.³⁵

5.2. Os tipos de modificação

27. Compulsando o artigo 72.º da Diretiva sobre Contratos Públicos (tomada como exemplo) e os considerandos (107 e ss.), podemos com relativa segurança estabelecer que o conceito de modificação do contrato inclui, na Diretiva, um espectro amplo de situações.

Assim, haverá modificação quando existir:

- (i) alterações materiais ao contrato inicial,
- (ii) âmbito de aplicação,
- (iii) ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes,
- (iv) identidade das partes.³⁶

Teve o legislador europeu o cuidado de estabelecer as hipóteses de modificação admissível, reservando para o último n.º do artigo 72.º o estabelecimento da prescrição normativa que parece ser a regra: as modificações devem, em regra, implicar a abertura de um novo procedimento: *“As modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 obrigam a novo procedimento de contratação nos termos da presente diretiva.”*³⁷

³⁴ Gimeno Feliú chama precisamente à atenção para o facto de “uma das principais portas da corrupção... tem sido a generosa interpretação do direito de modificar contratos, não só por imprevisibilidade, mas por novas necessidades ou conveniências políticas, alterando o preço final até percentagens superiores a 200%”, La Reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridade, p. 21, [Online] Available at: www.aepda.es/pdf.

³⁵ Trata-se de alteração que “introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite” (Ponto 35 do Acórdão Presetext); “quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos” (Ponto 36); “modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial” (Ponto 37).

³⁶ Cfr. considerando (107) e considerando (110).

³⁷ No sentido de que este n.º 5 do artigo 72.º configura a regra geral sobre modificação dos contratos públicos, cfr. Miguel Assis Raimundo, “Uma Primeira Análise das Novas Diretivas (Parte II)”, *Revista de Contratos Públicos* nº 10, 2014, pp.164-165. Em sentido não coincidente, Steen Treumer, “Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive”, PPLR 3, 2014, pp. 148-149. Manifestando-se contrária ao entendimento

De seguida, embora a técnica legislativa seja a inversa, podemos encontrar na Diretiva o seguinte conjunto de situações em abstrato:

- a) Modificações não substanciais, que são admissíveis;
- b) Modificações substanciais admissíveis;
- c) Modificações substanciais proibidas;
- d) Modificações permitidas em função do valor.

28. De forma rápida, que requisitos estão previstos para cada uma delas?

(a) Modificações previstas na alínea e) do n.º 1 do artigo 72.º e que não forem substanciais na aceção do n.º 4, isto é, as que tornarem “o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente” ou preencham um ou mais dos requisitos seguintes:

- (i) “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”;
- (ii) “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”;
- (iii) “A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro”;
- (iv) “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)”.

b) Modificações consideradas substanciais, mas admissíveis porque:

- (1) Previstas nas peças do procedimento, em cláusula de revisão ou opção claras, precisas e inequívocas, independentemente do seu valor, desde que não alterem natureza global do contrato [alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º];
- (2) Que se traduzam em prestações adicionais ou complementares, não previstas caso a celebração de um contrato autónomo com outro operador não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, por se revelar altamente inconveniente ou provocar uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante, de

de que a norma não será exaustiva quanto às situações de modificações admissíveis, em particular, as que não foram tratadas pela jurisprudência, como sustenta Sue Arrowsmith (*The Law of Public and Utilities Procurement – regulation in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3ª edição, 2014, p. 602), Ana Gouveia Martins, A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., p. 287.

valor inferior a 50% do valor e com publicação de um anúncio da modificação no JOUE [alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º];

(3) Ditadas por:

(i) circunstâncias imprevisíveis por uma entidade adjudicante diligente, desde que

(ii) não alterem a natureza global do contrato,

(iii) não excedam 50% do valor do contrato,

(iv) publicação de um anúncio da modificação no JOUE [alínea c) do n.º 1 do artigo 72.º];

(4) Porque relacionadas com alteração subjetiva [alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º];

c) Não admissíveis as modificações que não respeitem as condições estabelecidas nos n.ºs 1 e 2 e respetivos parágrafos;

d) São admissíveis modificações fundadas apenas em critério quantitativo, desde que o valor da modificação respeite os limiares comunitários fixados para a adjudicação dos contratos, seja inferior a 10% /15% do valor do contrato (consoante o contrato) e se mantenha a natureza global do contrato (n.º 2 do artigo 72.º).

5.3. A modificação objetiva

5.3.1. Os fundamentos da modificação objetiva

29. O artigo 312.º do CCP contém os fundamentos da modificação objetiva dos contratos: um, fundado no interesse público e associado ao exercício do poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações [alínea b)]; outro, assente na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias associadas a inexigibilidade das prestações à luz do princípio da boa-fé e à não verificação dos riscos próprios do contrato.

Pretendendo transpor as disposições europeias, o legislador apenas alterou o proémio do artigo 312.º, introduzindo a referência a “condições” previstas no próprio contrato. Se, com esta alteração, o legislador quis transpor a previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU, tê-lo-á feito de forma insuficiente. Na verdade, o que o legislador europeu pretende, mais do que uma vez sublinhado não só pela própria letra da norma, pelo considerando, bem como pela jurisprudência e doutrina, é que seja evidente, desde o procedimento pré-contratual em que circunstâncias pode ocorrer a modificação. Daí que se se preveja:

a) Ou “nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços)”;

b) Ou “opção claras, precisas e inequívocas”, sendo que elas devem “indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas”.

Ora, quanto à previsão nos documentos do concurso, o n.º 4 do artigo 42.º alude, brevemente, às condições de modificação do contrato.³⁸

Já no que respeita à previsão constante do artigo 312.º, ela poderá ser insuficiente face à exigência enunciada em b). Contudo, há que conciliar esta previsão com a que resulta expressamente da alínea j) do n.º 1 do artigo 94.º, que refere, como fazendo parte do contrato escrito, “as eventuais condições de modificação do contrato expressamente previstas no caderno de encargos, incluindo cláusulas de revisão ou opção, claras, precisas e inequívocas”.³⁹

5.3.2. Os limites do artigo 313.º

30. O artigo 313.º, conquanto já contivesse prescrições normativas que tutelavam a concorrência, muito antes das Diretivas assim o imporem⁴⁰, é alvo de revisão significativa.⁴¹

Há dois domínios importantes a registar quanto a estas alterações.

O primeiro respeita à limitação de aplicação objetiva das disposições do artigo 313.º aos contratos públicos, na justa medida em que tal limitação é introduzida no n.º 1, tendo depois relevância para a aplicação dos n.ºs 2 e 5. O outro respeita ao confronto das alterações introduzidas com as imposições das Diretivas.

31. Começando então pelo primeiro domínio.

O n.º 1 do artigo 313.º passa a estabelecer que “a modificação de qualquer contrato público, com os fundamentos previstos no artigo anterior, encontra-se sujeita aos seguintes limites”. Consequentemente, os limites a seguir enunciados apenas serão de aplicar a contratos que sejam qualificados como públicos, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 1.º do CCP. O que, *a contrario*, permite, pelo menos, perguntar se não se poderão aplicar a contratos que não o sejam.⁴²

³⁸ “4 - Os parâmetros base referidos no número anterior podem dizer respeito a quaisquer aspetos da execução do contrato, tais como o preço a pagar ou a receber pela entidade adjudicante, a sua revisão, o prazo de execução das prestações objeto do contrato ou as suas características técnicas ou funcionais, bem como **às condições da modificação do contrato**, devendo ser definidos através de limites mínimos ou máximos, consoante os casos, sem prejuízo dos limites resultantes das vinculações legais ou regulamentares aplicáveis” (destacado nosso).

³⁹ Em qualquer caso, nunca poderão ser previstas modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro.

⁴⁰ Cfr. Raquel Carvalho, “As novas diretivas da contratação pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos”, *Revista Concorrência e Regulação*, n.º 19 (data 2014, mas efetivamente publicada em 2016), pp. 243-244).

⁴¹ A doutrina converge no entendimento de que o legislador português consagrou uma restrição grave na possibilidade de modificação dos contratos, para além do que decorre das Diretivas. *Vide* Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 29.

⁴² Criticando novamente esta opção do legislador, até porque a delimitação objetiva, faz-se a partir das prescrições do artigo 280.º, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos

Significa igualmente que então os fundamentos se de modificação devem relacionar com os aspetos procedimentais que preocupavam o legislador europeu. Dos cinco fundamentos enunciados, apenas um já existia na redação anterior e é o que de forma expressa se relaciona com a proteção da concorrência [alínea b)].

32. As demais alíneas, com exceção da alínea e), preveem inequivocamente situações associadas à tutela de valores concorrenciais:

(i) *“não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato”* – consagração do princípio da intangibilidade do objeto e com a expressão utilizada no n.º 4 do artigo 72.º da Diretiva [relevante para a alínea e) do n.º 1 do mesmo artigo];

(ii) proibição de *“alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas”* – parece relacionar-se com a previsão da alínea a) do n.º 4 do artigo 72.º (alteração substancial);

(iii) alterações quantitativas aqui relacionadas com os fundamentos da modificação e não com o tipo de contrato como se prevê no n.º 2 do artigo 72.º ou com o limite absoluto de 50% previsto no n.º 1 do artigo 72.º;⁴³

(iv) não pode alterar o equilíbrio do contrato colocando o cocontratante em situação mais favorável do que a que resulta do equilíbrio inicial.⁴⁴

Apesar de o n.º 1 do artigo 313.º prever cinco limitações, a verdade é que mesmo assim não parece o legislador ter transposto adequadamente as normas das Diretivas:

a) Não estabelece a possibilidade de modificação em função do valor (respeitando os valores dos limiares, com respeito da natureza global do contrato) e que resulta do n.º 2 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE;⁴⁵

b) A alínea d) surge como limite absoluto, numa opção que não resulta como tal das Diretivas.⁴⁶

Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., p. 309.

⁴³ Criticando a exigência dos limites quantitativos, até por se referirem a “limites inexistentes nas diretivas”, por não se perceberem as razões que levam ao estabelecimento dos limites de 10% para a modificação não imputável a alteração das circunstâncias e 25% à imputável aquela alteração, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 314 e ss..

⁴⁴ Para Mário Aroso de Almeida, “as alíneas c) e e) do n.º 1 do artigo 313.º parecem encontrar correspondência na previsão das alíneas a) e b) do n.º 4 da Diretiva 2014/24 (devendo, por isso, a alínea c) ser lida em conformidade com esta última alínea b))”, (in , “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 30).

⁴⁵ Existe apenas a previsão da alínea d) do n.º 1 mas que não contempla a transposição do referido n.º 2 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU.

⁴⁶ Neste sentido, Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 30

33. Apesar de não estar obrigado a transpor todas as formas de modificação objetiva do contrato, o legislador tinha todavia de incluir «“modificação [que] alarga[sse] consideravelmente o âmbito do contrato ou acordo-quadro” (cfr. art. 72º, n.º 4, alínea c) da Directiva n.º 2014/24/UE), um dos três critérios concretizadores de alteração substancial que constam da Directiva e cuja relevância fulcral já decorreria da jurisprudência comunitária». ⁴⁷ O que não sucede expressamente ainda que se possa interpretar a alínea a) como contendo essa possibilidade (Ana Gouveia Martins) ou da alínea b) (Mário Aroso de Almeida). ⁴⁸

34. A delimitação operada pela expressão “contrato público” releva depois para o âmbito de aplicação do n.º 2: não se aplicam aos contratos (públicos) dois limites, desde que os contratos sejam duradouros e a não aplicação dos limites se justifique pelo decurso do tempo: passam a ser permitidas modificações que configurem “*uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência*” (???) e ; modificações que, “*se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas*”.

A mera leitura literal dos preceitos evidencia a necessidade imperiosa de encontrar um sentido útil da remissão para a alínea b), na economia do preceito, dirigido, no essencial a tutelar o valor da concorrência. Mário Aroso de Almeida sustenta que “a previsão do n.º 2 do artigo 313.º, (...), ao afastar a aplicabilidade da alínea b) do n.º 1, não terá, naturalmente, o propósito de permitir modificações que configurem formas de “impedir, restringir ou falsear a concorrência”, mas o de admitir que não terão tal configuração as modificações que, sendo, à partida, excluídas pela alínea b) do n.º 1, por tornarem os contratos materialmente diferentes, alargando consideravelmente o respetivo âmbito ou o respetivo período de duração, devam ser admitidas por “result[ar]em da natureza duradoura do vínculo contratual, desde que o decurso do tempo as justifique”. Só encontra um sentido útil a este n.º 2 quando o relaciona com uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, salvando assim uma prescrição normativa à primeira vista incoerente. ⁴⁹

35. A delimitação é ainda relevante – ou pode sê-lo – para encontrar a extensão normativa da previsão do n.º 3. O legislador estabelece que para os contratos regulados no Título II da Parte III valem os limites aí previstos. A dúvida que se coloca é a de saber se tais contratos só estão sujeitos a esses limites ou, sendo também contratos públicos, estão igualmente sujeitos aos limites previstos no artigo 313.º

Pela nossa parte, se os contratos especialmente regulados na Parte III forem sujeitos aos procedimentos da Parte II, por se verificarem os respetivos requisitos, são contratos públicos. Por conseguinte, as razões que fundamentam os limites que temos vindo a enunciar estão presentes, logo, aplicar-se-ão também os limites previstos no artigo 313.º

⁴⁷ Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 320.

⁴⁸ Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 30.

⁴⁹ Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 30.

Importa, no entanto, verificar se há ou não necessidade de conciliar regimes jurídicos, sendo que o legislador deverá ter reservado para a regulamentação especial, limites associados especificamente ao tipo de contrato e não limites associados aos mesmos interesses públicos que pretende tutelar no artigo 313.º ou, ainda que referidos aos mesmos interesses públicos, configuram normas especiais. Caso em que, então, se aplicam as normas especiais obviamente.⁵⁰

É então útil verificar a propósito da regulamentação do contrato de empreitada de obras públicas e do contrato de concessão, que também sejam contratos públicos, que disposições contêm limites à respetiva modificação objetiva.

36. No que respeita à empreitada de obras públicas, a revogação dos artigos 376.º e 377.º eliminou, para efeitos de modificação do contrato, que não de responsabilidade, a distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais.⁵¹

Encontramos algumas regras sobre as modificações:

a) O n.º 2 do artigo 370.º prescreve o seguinte: *“Quando os trabalhos complementares resultem de circunstâncias não previstas, pode o dono da obra ordenar a sua execução ao empreiteiro desde que, de forma cumulativa: a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra; b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias não previstas, não exceda 10 % do preço contratual; e c) O somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos complementares não exceda os limites previstos na alínea d) do artigo 19.º, quando o procedimento adotado tenha sido o ajuste direto, na alínea c) do mesmo artigo quando o procedimento tenha sido o da consulta prévia ou na alínea b) do artigo 19.º quando o procedimento adotado tenha sido o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação sem publicação do respetivo anúncio no Jornal Oficial da União Europeia”.*

b) O n.º 4 do mesmo artigo prescreve: *“Quando os trabalhos complementares resultem de circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, pode o dono da obra ordenar a sua execução desde que, de forma cumulativa: a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra; e b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não exceda 40% do preço contratual”.*⁵²

⁵⁰ No mesmo sentido, sublinhando que as normas especiais regulam apenas as modificações associadas a trabalhos complementares e, por conseguinte, os limites associados a modificações fundadas em alterações anormais e imprevisíveis de circunstâncias se aplicarão a contratos regulados em especial, Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 31.

⁵¹ Cfr. o disposto no artigo 378.º do CCP. Relembre-se que, na linha do que estabelecem as diretivas, o legislador português reúne agora sob a mesma designação os trabalhos ordenados após a celebração do contrato de empreitada na designação de trabalhos complementares (cfr. as epígrafes dos artigos 370.º e ss.).

⁵² Estas normas devem aplicar-se aos contratos de aquisição de bens móveis, por força do disposto no artigo 438.º do CCP.

Esta última disposição não é coincidente com a previsão da alínea d) do n.º 1 do artigo 313.º que se refere a um limite de 25%, no caso de circunstâncias imprevisíveis. Sendo o artigo 370.º previsão especial, constando do regime substantivo e atendendo ao que se estabelece no n.º 2 do artigo 313.º, o limite quantitativo a aplicar deverá ser o de 40%.⁵³

37. No que respeita às concessões, o legislador português introduziu um novo artigo – o artigo 420.º A – que no seu n.º 2 estabelece: “*Quando a modificação do contrato se fundar em circunstâncias imprevisíveis, o valor da modificação não pode ultrapassar 50% do valor do contrato*”.⁵⁴ De novo, há norma especial face à previsão do artigo 313.º, devendo aplicar-se a norma especial.⁵⁵

38. Há um aspeto do regime das modificações objetivas que o artigo 313.º não esclarece e que se relaciona com a previsão constante do último parágrafo da alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º e que respeita à consideração aí “não cumulativa” de cada modificação. Como sustentava Ana Gouveia Martins, ao tempo referindo-se ao anteprojeto, «é crucial, por razões de segurança jurídica, que se explicita se os limites quantitativos máximos previstos valem para cada modificação per se, tal como permitem as Directivas (salvo fraude à lei) ou se, no caso de sucessivas modificações, se deve proceder ao cálculo do valor acumulado, tal como indicia a redacção do art. 313º, alínea d) quando se refere ao “aumento total de preço originado pelas eventuais modificações”». ⁵⁶

39. Este aspeto é igualmente importante por causa das obrigações de publicidade das modificações. Na verdade, as Diretivas impõem que “*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. Os anúncios incluem as menções previstas no Anexo V, parte G, e são publicados em conformidade com o artigo 51.º*”.⁵⁷

O regime da publicitação no CCP consta do artigo 315.º e levanta algumas questões.

Em primeiro lugar, o n.º 1 do referido artigo refere que “*modificações objetivas do contrato que representem um valor acumulado superior a 10 % do preço contratual*” (destacado nosso) devem ser publicitadas no portal dos contratos públicos.

O que significa desde logo que as modificações que fiquem abaixo desse valor, designadamente as que são fundadas em interesse público [alínea b) do artigo 312.º em

⁵³ Julgamos que o mesmo raciocínio se deverá fazer a propósito dos serviços complementares, cuja previsão de modificação por circunstâncias imprevisíveis, está regulada no n.º 3 do artigo 454.º do CCP.

⁵⁴ Pretende transpor o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/EU. O n.º 1 do artigo 420.º A pretende regular as modificações não previstas no contrato, não esclarecendo se os requisitos são cumulativos ou não.

⁵⁵ Sustentando, ainda perante a previsão do Anteprojeto (mas que se manteve na redacção da revisão) que o artigo 313.º, na alínea d) deveria ser revisto, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos, cit., pp. 321-322.

⁵⁶ Ana Gouveia Martins, A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos, cit., pp. 323-324.

⁵⁷ Parágrafo da alínea e) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU.

conjugação com a parte final da alínea d) do n.º 1 do artigo 313.º] não o serão.⁵⁸ E este aspeto é igualmente relevante para os contratos em especial, sempre que as modificações tenham o limite de 10%⁵⁹

Dir-se-á que o regime introduzido é mais exigente por comparação com o que resultava do anterior artigo 315.º que se referia a 15%, mas fica por perceber se não satisfaria melhor os princípios da concorrência e da transparência não existir o limite quando a modificação resulta do exercício do poder de modificação unilateral (ou acordo) com fundamento em interesse público.

É introduzido um novo número, o n.º 3, que impõe que as modificações previstas na regulamentação especial a propósito das empreitadas de obras públicas (artigo 370.º, n.º 4), contratos de serviços (artigo 454.º, n.º 3) e concessões (artigo 420.º A, n.º 2), desde que estes contratos tenham sido precedidos de anúncio no JOUE, também devam ser aí publicitadas.⁶⁰

É, portanto, necessário distinguir entre as obrigações de publicitação no portal dos contratos públicos e as da publicação no JOUE. As normas expressamente referidas no artigo 315.º a propósito dos contratos especificamente regulados dizem respeito a modificações fundadas em “circunstâncias imprevisíveis”. Ora, nas Diretivas a previsão de publicação de modificações no JOUE não distingue a obrigação em função do tipo de modificação. Repare-se: “Depois de modificarem um contrato nos casos previstos nas alíneas b) [trabalhos complementares] e c) [circunstâncias imprevisíveis] do presente número, as autoridades adjudicantes publicam um anúncio da modificação ou modificações no Jornal Oficial da União Europeia”.⁶¹

40. Em relação aos contratos sobre poderes públicos, foi corrigida a remissão para o fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. Na verdade, sob pena de ocorrer violação do princípio da separação dos poderes, o juiz não pode impor modificações a contratos (ou atos) à luz de uma leitura do interesse público administrativo.⁶²

41. O n.º 5 do artigo 315.º impõe a adopção de novo procedimento caso a modificação não se contenha nos limites definidos no Código (e não apenas no artigo 313.º).

5.3.3. A alteração no artigo 314.º

⁵⁸ Referindo-se precisamente a esta questão, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 335.

⁵⁹ É o caso das previsões dos artigos 370.º, n.º 2; 454.º, n.º 2 e 420.º A n.º 1.

⁶⁰ Esta previsão normativa é mais um argumento de que aquelas normas são especiais face às regras da alínea d) do n.º 1 do artigo 313.º.

⁶¹ Cfr. o n.º 2 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU. No sentido de que a restrição contida no n.º 3 do artigo 315.º, ao tempo da prescrição do anteprojecto (que também não contemplava os dois fundamentos de modificação) violava o Direito da União Europeia e sustentando que a remissão se devia fazer apenas para os artigos, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 339-340.

⁶² Cfr. o disposto na parte final do n.º 1 do artigo 3.º do CPTA, como primeira enunciação dos limites ao poder judicial e que ao longo do Código é, a propósito de outras disposições, reforçado (cfr. o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 71.º, no n.º 5 do artigo 95.º, no n.º 1 do artigo 179.º do CPTA).

42. Não foi apenas o artigo relativo aos limites à modificação que foi alterado. Também as prescrições relativas às consequências das modificações objetivas sofreram alterações.

O artigo 314.º sofreu uma alteração no corpo do n.º 1 do artigo e foi introduzido um número 3.

No que respeita à nova redação do n.º 1, que agora prevê a reposição do equilíbrio financeiro *“sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja, para além de outras especialmente previstas na lei: (...)”*, importa perceber qual terá sido a intenção do legislador. Estará a referir-se a outras previsões legais (de fundamento) para além das previstas nas duas alíneas desse artigo? Não constituiria qualquer problema não fosse a existência da prescrição normativa contida no n.º 1 do artigo 282.º do CCP que, regulando a reposição do equilíbrio financeiro, estabelece que *“há lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excepcional, no próprio contrato”*. Ou seja, o n.º 1 do artigo 282.º apenas admite, excepcionalmente, a previsão no contrato de outros fundamentos. Quer o legislador que mesmo esta previsão tenha fundamento na lei? Ou, ao contrário do que parece, está a referir-se a outro tipo de modificações?

43. Já no que respeita à introdução do n.º 3, qual terá sido a razão para o legislador reproduzir no n.º 3 do artigo 314.º o n.º 2 do artigo 282.º?

Repare-se na redação do n.º 2 do artigo 282.º: *“Sem prejuízo do disposto no número anterior, 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 nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.”* O n.º 3 do artigo 314.º estabelece: *“Quando a modificação do contrato tenha por fundamento as circunstâncias previstas na alínea a) 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.”*

O alcance normativo não é integral, sendo o n.º 3 do artigo 314.º mais restrito, na medida em que a condição legal para operar o equilíbrio financeiro se circunscreve ao fundamento da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

Para além deste “embate de redações”, em rigor é difícil conciliar este n.º 3 com o n.º 2 do mesmo artigo. Senão, repare-se: *“Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.”* Em que ficamos? Há reequilíbrio financeiro ou apenas modificação ou compensação? Ou quis o legislador permitir, além da modificação e/ou compensação, a possibilidade de reequilíbrio financeiro, mas apenas 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.”*? Caso em

que, então, havendo alteração anormal e imprevisível das circunstâncias a consequência poderia ser:

- a) Modificação do contrato ou compensação financeira se o facto invocado como fundamento (alteração anormal e imprevisível) altere os pressupostos com base nos quais se determinou o valor das prestações, mas o contraente público não conhecia nem devia conhecer esses pressupostos (será possível este cenário)?
- b) Reposição do equilíbrio financeiro se o facto altere os pressupostos e estes fossem ou devessem ser conhecidos pelo contraente público.

A única leitura razoável e conciliável possível é a de que o legislador, quando no artigo 314.º se refere à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, se queria referir particularmente à dimensão em que tal alteração é imputável ao contraente público.⁶³

6. A MODIFICAÇÃO SUBJETIVA

44. No domínio da modificação subjetiva, há que ter em consideração que o legislador português encontrava mandato de transposição em dois artigos da Diretiva 2014/24/UE:

- a) No artigo 71.º; e
- b) Na alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º.⁶⁴

O artigo 71.º da Diretiva regula aspetos da subcontratação que, em rigor, mantém intacta a dimensão subjetiva do contrato público e apenas altera alguns aspetos da execução do mesmo, fazendo intervir, em certas condições, uma terceira parte.

O n.º 3 (e também o n.º 7) do artigo 71.º permite que os Estados Membros consagrem os pagamentos diretamente aos subcontratados, o que sucedeu entre nós com a introdução do artigo 321.º A. A estas disposições regressaremos mais tarde.

As demais disposições normativas do artigo 71.º referem-se às cautelas com a utilização do instituto da subcontratação, designadamente no que respeita:

⁶³ Sustentando ao tempo do anteprojeto (cuja redação era esta) que o legislador ou abdicava do n.º 3 do artigo 314.º ou a remissão se devia fazer para a alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º (que se refere à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público), Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 332-333. Lendo assim, à luz da efetiva revisão, o n.º 3 do artigo 314.º, Rui Medeiros, “Stress tests à revisão do CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 51, nota 7.

⁶⁴ Não devendo esquecer-se a importância dos considerandos, designadamente quanto a esta questão, o considerando 110: “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. Todavia, o adjudicatário responsável pela execução do contrato pode, em particular quando o contrato tenha sido adjudicado a mais do que uma empresa, sofrer algumas alterações estruturais durante essa execução, nomeadamente reestruturações puramente internas, OPA, fusões e aquisições ou falências. Tais alterações estruturais não deverão exigir automaticamente novos procedimentos de contratação para todos os contratos públicos executados pelo adjudicatário em causa”.

- (i) À previsão da possibilidade nas peças do procedimento (n.º 2);
- (ii) Sujeição aos requisitos de não impedimento pelos subcontratados e verificação dos mesmos (n.º 5).

Na alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º encontra-se a previsão da cessão da posição contratual, forma genuína de modificação subjetiva, admissível se se preencher um dos seguintes requisitos:

- a) Previsão antecipada nos documentos do procedimento da possibilidade de substituição do adjudicatário inicial, em cláusulas de revisão ou opções, claras inequívocas e precisas [subalínea i da alínea d) conjugada com a alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º]; ou
- b) Transmissão total ou parcial do operador económico [subalínea ii da alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º]; ou
- c) Assunção pela entidade adjudicante das obrigações assumidas pelo contraente principal com os subcontratantes, se tal estiver previsto, nos termos do disposto no artigo 71.º [subalínea iii da alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º].

Fora destas hipóteses, ocorrerá uma modificação substancial, não admitida pelas Diretivas.

45. Do conjunto de disposições sobre “modificação subjetiva”, expressão não adotada pelo legislador nacional, que incluem os artigos do Capítulo VI (artigos 316.º a 324.º), apenas foram modificados os artigos 318.º e 319.º e introduzidos os artigos 318.º A e 321.º A.

É sobre estas disposições que nos iremos debruçar.

6.1. A cessão da posição contratual

46. O artigo 318.º regula aspetos comuns quer à cessão da posição contratual quer à da subcontratação. Foi um dos artigos alterados no sentido de acomodar as disposições das Diretivas sobre o assunto.

As alterações respeitam apenas à cessão da posição contratual. A partir de janeiro de 2018, a cessão deve estar prevista no contrato “*em cláusula de revisão ou opção inequívoca*”⁶⁵, exceto se verificar uma de duas possíveis situações:

- a) “*Quando haja transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante, na sequência de reestruturação societária, nomeadamente, oferta pública de aquisição, aquisição ou fusão, a favor de cessionário que satisfaça os requisitos mínimos de habilitação e de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira exigidos ao cocontratante*”; ou
- b) “*Quando o próprio contraente público assume as obrigações do cocontratante para com os subcontratados*”.

Duas observações a esta propósito:

⁶⁵ Cfr. o disposto na alínea j) do n.º 1 do artigo 96.º do CCP.

a) A previsão de cessão da posição contratual surge agora com regime mais rigoroso, exigindo-se que haja previsão no contrato, ainda que o n.º 2 do mesmo artigo se refira a autorização e acrescente “ainda” a necessidade de verificação de outros requisitos.⁶⁶ O corpo do n.º 1 pretende por isso transpor a subalínea i) da alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º, ainda que não tenha sido estabelecido o travão da “alteração da natureza global”. A norma do artigo 318.º necessita de ser conciliada com as regras contidas no artigo 316.º, que se manteve inalterado, e que estabelece que “*na falta de estipulação contratual ou quando outra coisa não resultar da natureza do contrato, são admitidas a cessão da posição contratual e a subcontratação, nos termos do disposto nos artigos seguintes*”. Parece, portanto, admitir o legislador genericamente a possibilidade de cessão e a nova redação do artigo 318.º vem contrariar essa indicação genérica ao ser imperativo na prescrição do n.º 1.⁶⁷ Por outro lado, parece resultar do n.º 2 do mesmo artigo 318.º e da novel alínea e) do n.º 1 do artigo 307.º, que a cessão é igualmente possível através de autorização, que configura um ato administrativo;

b) Das duas situações excecionadas que o n.º 1 do artigo 318.º consagra, a alínea a) corresponde parcialmente à subalínea ii) da alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º, na medida em que a norma portuguesa não estabelece como hipótese a considerar a insolvência, como resulta da norma da Diretiva nem se referindo novamente à ressalva das modificações substanciais e defesa das normas das diretivas relativas à concorrência;⁶⁸ a alínea b) apenas não menciona a previsão da hipótese de cessão na legislação nacional.

No que respeita à omissão relativa à insolvência, parece claro, e nisso acompanhamos a posição de Miguel Lorena de Brito, que o legislador português é claramente contrário à admissibilidade da hipótese para efeitos de modificação subjetiva. Na verdade, a insolvência surge como impedimento [alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º], é causa de caducidade da adjudicação (n.º 1 do artigo 87.º A), é fundamento para a resolução sancionatória [alínea h) do n.º 1 do artigo 333.º]. Divergimos de Miguel Lorena de Brito quanto à sua posição de ser admissível a cessão com este fundamento, se prevista nas opções claras e inequívocas do contrato pelas mesmas razões que o próprio apresenta como justificativas da posição do legislador.⁶⁹ Se este não consagra a insolvência como uma das hipóteses, na linha do que se

⁶⁶ A versão inicial do artigo 318.º referia-se a o “contrato poder autorizar” a cessão da posição contratual. Tornando-se obrigatória a previsão contratual, o advérbio “ainda” introduzido no corpo do n.º 2 é estranho. Referindo-se a salto lógico, fruto, na nossa opinião, mais uma vez, da falta de revisão integral do texto, Miguel Lorena de Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 904.

⁶⁷ Que leva Miguel Lorena Brito a descrever a situação de cessão da posição contratual como “de genericamente admissível a contratualmente condicionada” (in “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 900.

⁶⁸ “transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva”. Para uma análise dedicada a cada um dos aspetos da alínea a) do n.º 1 do artigo 318.º, vide Miguel Lorena Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 910 e ss.

⁶⁹ Miguel Lorena Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 923.

previa nas Diretivas, assumindo a recusa, e já sendo dada importância à situação em outras disposições, designadamente na resolução, parece-nos contrário ao espírito do legislador entender que a mera decisão da entidade adjudicante, ao prever essa hipótese no contrato, é justificação bastante para permitir a modificação com esse fundamento. Quando o legislador europeu previu a hipótese de cláusulas contratuais e, de seguida, prevê situações que não necessitam dessas previsões, deixa claramente para as primeiras o espaço para previsão de situações distintas e relacionadas especificamente com o contrato.

6.2. O novo artigo 318.º A

47. O legislador português introduziu uma forma de cessão da posição contratual motivada pelo incumprimento do cocontratante no artigo 318.º A.

Para o efeito, devem mostrar-se preenchidos os seguintes requisitos (n.º 1):

- a) Previsão contratual;
- b) Requisitos de incumprimento que podem justificar a resolução;
- c) Cessão da posição a concorrente do procedimento que conduziu à adjudicação ao cocontratante;
- d) Indicação do cessionário, pelo contraente público, respeitando a ordem sequencial do procedimento pré-contratual..

O enunciado linguístico permite a conclusão de que esta forma de modificação subjetiva surge em alternativa a uma resolução por incumprimento.

A questão que se coloca é, por conseguinte, a de saber esta opção pode excluir, de todo, toda e qualquer resolução por incumprimento ou se pode ser prevista apenas para certas circunstâncias de incumprimento.

Além disso, como se trata de previsão contratual, ela reflete um acordo integrante do sinalagma ou trata-se de exercício discricionário do contraente público em relação ao poder de resolução que fica vertido no contrato?

48. Quanto à forma de proceder, o n.º 2 estabelece a interpelação gradual, mas, em lado algum, se refere que existe adjudicação, o que até se pode perceber, atendendo que estamos perante uma nova forma de cessão da posição contratual.⁷⁰ Refere-se a lei apenas, no n.º 4, a ato do contraente público. De todo o modo, a parte final do n.º 2, enigmaticamente refere “novo contrato para a adjudicação da conclusão dos trabalhos”. Que novo contrato, se estamos perante uma cessão da posição contratual, ainda que imposta?^{71/72}

⁷⁰ Daí que também se compreenda que o cessionário fica obrigado a executar o contrato “nas mesmas condições já propostas pelo cedente no procedimento pré-contratual original” (n.º 3).

⁷¹ Cfr. o disposto no n.º 4 do artigo 318.º A.

⁷² Interrogando-se também, Miguel Lorena Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 927.

49. Por fim, nem uma explicação sobre os efeitos da cessão, em particular no que respeita às relações satélite que o cedente possa ter estabelecido por causa do contrato nem sobre os efeitos do incumprimento.⁷³

6.3. A subcontratação

50. A subcontratação não foi alterada no mesmo sentido que a cessão da posição contratual. Desde logo, continua a ser possível de forma inequívoca a subcontratação mediante autorização.⁷⁴

A revisão de 2017 tornou, no entanto, o artigo 319.º aplicável apenas à subcontratação. O regime agora aí instituído é o que já antes resultava do mesmo artigo, ainda que inicialmente se aplicava também à cessão. O n.º 4 acrescentado ao artigo 319.º parece ser uma medida de agilização da subcontratação, presumindo a lei que a ausência de resposta expressa é uma rejeição de autorização.

6.4. O pagamento direto a subcontratado.

51. A previsão do pagamento direto aos subcontratados é a novidade mais relevante nesta sede e que resulta do n.º 3 do artigo 71.º da Diretiva 2014/24/EU.

Está estipulado no n.º 1 do artigo 321.º A que *“o subcontratado pode reclamar, junto do contraente público, os pagamentos em atraso que lhe sejam devidos pelo cocontratante, exercendo o contraente público o direito de retenção sobre as quantias do mesmo montante devidas ao cocontratante por força do contrato principal”*.⁷⁵

Apenas uma observação: o teor do n.º 6, excluindo as concessões e contratos que configurem parcerias público-privadas não faz sentido se apenas se referir a si própria, caso em que se excluiria de aplicação (?). Querirá o legislador excluir o pagamento direto a subcontratado nas concessões? Parece ser esse o sentido útil da norma.

7. Conclusão

52. A revisão levada a cabo em 2017, relativa à Parte III, no que respeita ao regime da invalidade e das modificações dos contratos é extensa e levanta algumas questões importantes de conciliação de regimes substantivos e adjetivos.

⁷³ Com esta crítica, Pedro Leite Alves, “Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 937.

⁷⁴ Os n.ºs 3 e ss. do artigo 318.º mantiveram-se inalterados.

⁷⁵ O ordenamento jurídico português já teve disposição semelhante, precisamente com prescrição com a epígrafe, direito de retenção, no artigo 267.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março: “1 - Os subempreiteiros podem reclamar junto do dono da obra pelos pagamentos em atraso que sejam devidos pelo empreiteiro, podendo o dono da obra exercer o direito de retenção de quantias do mesmo montante devidas ao empreiteiro e decorrentes do contrato de empreitada de obra pública. 2 - As quantias retidas nos termos do número anterior serão pagas directamente ao subempreiteiro, caso o empreiteiro, notificado para o efeito pelo dono de obra, não comprove haver procedido à liquidação das mesmas nos 15 dias imediatos à recepção de tal notificação.”

Além de inúmeras “distrações” do legislador que têm implicações na aplicação dos regimes substantivos, designadamente com a utilização da expressão “contratos públicos”, os regimes instituídos levantam questões de conformidade com as Diretivas (as de 2014 e a Recursos, nos aspetos teleológicos), de conciliação entre normas revistas e normas não revistas.

A entrada em vigor do diploma revisto e a sua aplicação pelos operadores jurídicos e judiciários poderá ajudar a melhor compreender um regime substantivo que é, na verdade, mais profundo do que pareceria, a começar pelo próprio paradigma do “contrato”.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/yfni8rdkb/flash.html?locale=pt>

Título:

Contratação Pública

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-12-4

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt