

O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português

Pedro Matias Pereira

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra.

Rui Mesquita Guimarães

Advogado.

Resumo: O presente artigo analisa a questão do “valor do contrato” (ou valor da contratação) na contratação pública, relevante para a determinação dos procedimentos a adoptar (e para o conseqüente apelo a uma maior ou menor concorrencialidade). No artigo são analisados, numa perspectiva comparada entre o direito português e o direito comunitário, os elementos que devem ser considerados no cálculo daquele valor.

Palavras-chave: Contratação pública. Código dos Contratos Públicos. Directiva 2004/18. Lei n.º 8.666/93. Determinação do valor do contrato. Elementos do valor do contrato. Cálculo do valor do contrato.

Sumário: **1** A contratação pública e o valor do contrato – **2** O valor do contrato – **3** O valor estimado do contrato – **4** Os elementos objectivos: o primeiro olhar entre a Directiva e o Código dos Contratos Públicos – **4.1** O “montante total a pagar” e o “máximo benefício económico” – **4.2** A concretização legislativa do “máximo benefício económico” – **4.2.1** O preço a pagar – **4.2.2** Contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário – **4.2.3** Vantagens que decorram diretamente da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que incumbem ao adjudicatário – **5** Outros elementos que contribuem para a determinação do valor dos contratos – **5.1** Eventuais opções previstas no contrato – **5.2** Eventuais renovações – **5.3** Prémios ou pagamentos a candidatos – **6** A determinação do valor do contrato nos contratos de empreitada de obras públicas – **7** Âmbito subjetivo do valor do contrato – **8** A escolha do método de cálculo do valor do contrato

1 A contratação pública e o valor do contrato

As Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE implicaram a adoção, no âmbito do direito dos Estados-membros da União Europeia, de soluções novas no que respeita aos procedimentos de formação de contratos públicos; umas absolutamente novas e outras apenas relativamente novas, uma vez que contavam já com um certo lastro legislativo, jurisprudencial e doutrinal.

O legislador português, perante as ingentes exigências da transposição das diretivas, poderia ter optado por fazer, como acontece em alguns casos, uma,

chamemos-lhe assim, transposição ponto por ponto. No entanto, entendeu ir mais longe¹ e, em muitos aspetos, fazer diferente.

Na verdade — e basta um rápido olhar pelos textos em causa para o perceber — o legislador veio a desenvolver no Código dos Contratos Públicos português (“CCP”) uma sistematização diferente daquela que foi gizada pelo legislador comunitário e, mais importante, concretizou alguns conceitos postos nos textos comunitários de uma forma que lhes veio a conferir um âmbito diferente (embora não radicalmente diferente, claro está).²

O assunto que nos ocupará neste estudo, da determinação do valor dos contratos, constitui um exemplo claro da dinâmica que acabamos de referir. De facto, a determinação do valor dos contratos é um dos aspetos em que a convivência entre o CCP e as diretivas se reveste de particulares dificuldades, não só ao nível formal — aspeto que não levanta qualquer questão relevante —, mas sobretudo ao nível material, o que tem influência decisiva na escolha do procedimento a adotar.

A relativa novidade do assunto que nos propomos tratar neste texto e, sobretudo, as dificuldades na interpretação da lei que ele suscita, levar-nos-ão a colocar diversos problemas e questões para os quais nem sempre teremos uma resposta clara, mas apenas os tópicos essenciais da reflexão sobre elas e, mesmo aí, são, claro, teses sujeitas à infirmação da prática ou da demonstração científica.

2 O valor do contrato

O primado do direito da União Europeia sobre as legislações dos Estados-membros exige que a regulamentação adoptada por estes esteja em conexão com o sistema normativo comunitário. Por isso, revela-se importante fazer aqui uma análise comparada entre o CCP e a Diretiva 2004/18, no que diz especificamente respeito aos elementos que compõem o valor do contrato.

Na Diretiva 2004/18 o legislador comunitário optou por sistematizar autonomamente os critérios densificadores da determinação do valor do contrato, em função de cada tipo contratual,³ isto é, empreitada de obras públicas e o fornecimento

¹ Foi o que sucedeu, embora noutro plano, com a opção do legislador nacional em, avançando com a codificação da matéria da contratação pública, incluir, nesse mesmo diploma, a matéria do direito substantivo dos contratos públicos; sobre esta “necessidade de ir mais além”, v. Pedro Matias Pereira, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, p. 23-24.

² Dada a semelhança entre a Diretiva 2004/18 e a Diretiva 2004/17 no que diz respeito ao problema do valor do contrato, iremos cingir o nosso estudo à análise da primeira das diretivas enunciadas — a 2004/18 —, pelo que as referências à diretiva neste texto dirão respeito a esse diploma que regula a contratação pública nos sectores gerais.

³ Seguindo a tradição comunitária da Diretiva 92/50/CEE e da Diretiva 93/37/CE no que respeita ao método de determinação do valor dos contratos (transpostas para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho e pelo Decreto-Lei n.º 59/99, 2 de Março) a Diretiva 2004/18 também desenvolveu o método de determinação do valor do contrato a partir do tipo e da espécie contratual.

de bens e serviços.⁴ Já o legislador português, no CCP, em rutura com a Diretiva 2004/18 — e com a generalidade dos Estados-membros da UE —, desenvolveu novos conceitos e uma nova sistematização, definindo uma regra condensadora de vários conceitos, aglutinando os critérios do valor do contrato que na diretiva se encontravam definidos em função de cada tipo contratual. Ora, como veremos, a diversa abordagem sistemática gizada pelo CCP gerou momentos de distanciamento com a legislação comunitária.

3 O valor estimado do contrato

Antes de entrarmos no estudo comparado dos elementos que densificam o valor do contrato na diretiva e no CCP, impõe-se averiguar se existem (e, se sim, quais as) diferenças entre o valor do contrato no âmbito da diretiva e o valor do contrato no CCP.

Um olhar puramente formal para a epígrafe da norma relativa à determinação do valor do contrato da diretiva e do CCP, permite verificar que na legislação comunitária, o legislador optou por seguir a linha tradicional — da Diretiva 97/52/CE — e consagrou o valor do contrato como “valor estimado do contrato”. Por sua vez, o legislador português limitando propositadamente aquela referência definiu-o (apenas) de “valor do contrato”, suprimindo as referências ao cálculo por estimativa.

A razão subjacente a esta alteração consta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o CCP, no qual expressamente se refere que se aspirou a consagrar “um sistema que impeça as actuais disfunções relacionadas com o método assente nas estimativas”.

Com efeito, a formulação comunitária não é isenta de riscos, pois permite às entidades adjudicantes, quando colocadas perante situações em que realizado o cálculo estimado do contrato, os valores se encontrem no limiar da sujeição à diretiva, fazer pender esse valor para um valor abaixo dos definidos no artigo 10.º da diretiva, de forma a evitar ficar sob o seu âmbito de aplicação.^{5 6}

⁴ Relativamente aos contratos de aquisição de serviços, o legislador foi ainda mais longe e especificou para algumas espécies contratuais (seguros, bancários e financeiros) a forma de cálculo do valor do contrato.

⁵ Por forma a evitar que as entidades adjudicantes na determinação do valor do contrato caiam na tentação de (nas situações limite) fugir ao âmbito de aplicação da diretiva, o legislador comunitário previu uma norma anti abuso na qual proíbe que o método de cálculo do valor estimado do contrato não pode ser escolhido com o intuito de excluí-lo do âmbito de aplicação da diretiva — cf. 2.º § do n.º 7 do artigo 9.º.

⁶ No ordenamento brasileiro, contrariamente ao que sucede no caso português (e mesmo na União Europeia) existe a obrigação legal de elaborar um “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários” a publicar com o edital — artigo 6.º, IX, al. f), artigo 7.º, 2.º, II e artigo 40.º, 2.º, II todos da Lei n.º 8.666, de 21 de Junho de 1993 — circunstância que inviabiliza, pelo menos teoricamente, a eventual tentação da entidade licitadora de fazer uma estimativa menos séria, por forma a afastar a realização de um procedimento pré-contratual mais concorrencial. Caso de exceção, ainda que doutrinariamente discutido, no ordenado brasileiro é o do pregão em que não há exigência de publicitação, ainda que se mantenha a exigência da realização do respectivo orçamento pela entidade licitadora conforme decorre do artigo 3.º da Lei n.º 10.520/2002 —, o que poderá conferir um menor grau de discricionariedade à estimativa realizada — cf. Marçal Justen Filho, *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*, 5.ª edição, São Paulo: Dialética, 2009, p. 99 e Joel de Menezes Niebuhr, *Pregão Presencial e Eletrônico*, 6.ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 104.

Por isso mesmo e com o intuito de acautelar esse risco, o legislador português desenvolveu um sistema de determinação do valor do contrato que permitisse afastar “as actuais disfunções relacionadas com o método assente nas estimativas”, limitando o valor do contrato a celebrar (cf. artigo 18.º do CCP) ao limite do valor permitido pelo procedimento. Isso resulta claro do n.º 1 do artigo 17.º do CCP quando se prevê que “o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto”. Assim e numa interpretação literal, o valor do contrato é igual ao valor máximo do benefício económico, que por sua vez é igual ao limiar máximo do procedimento adotado. Deste modo, o valor do contrato será sempre um valor certo, visto que corresponderá sempre ao limite máximo permitido pelo procedimento pré-contratual a adotar, isto é, será sempre igual aos limites superiores estabelecidos nos artigos 19.º, 20.º e 21.º do CCP.

A sintaxe do n.º 1 do artigo 17.º do CCP dá uma clara indicação no sentido apontado, visto que o legislador utiliza um aposto para concretizar que o valor do contrato (e portanto, do máximo benefício económico) há-de corresponder ao valor do limite máximo permitido pelo procedimento adotado.

Note-se, que o legislador não refere que o valor do contrato é o máximo benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto, o que indicaria claramente, que a determinação do valor do contrato resultaria de uma avaliação em concreto das contraprestações (*lato sensu*) que lhe caberiam — tal como sucede com a diretiva. O sistema que o legislador desenvolve pretende romper com a necessidade de realizar uma estimativa, de modo que define que o valor do contrato é o máximo benefício económico que o adjudicatário pode retirar pela execução das prestações que lhe incumbem, em função do procedimento adotado. Significa isto, que o elemento com relevância na determinação do valor do contrato é o procedimento escolhido pela entidade adjudicante para o contrato a celebrar e não o cálculo estimado dos elementos que definem a remuneração do co-contratante.

Ora, segundo esta interpretação que vimos explorando, o valor do contrato não se obteria através do cálculo do benefício máximo que o adjudicatário poderia obter pela execução do contrato, mas coincidiria com o valor máximo que o procedimento escolhido permitiria adjudicar. E bem se percebe a opção do legislador português, pois que, para efeitos de determinação do procedimento a adotar é absolutamente irrelevante aferir o valor em concreto obtido pela estimativa realizada, tão-só importando que esse valor não seja superior aos limiares definidos para cada um dos tipos de procedimentos de formação de contratos susceptíveis de serem adotados.

Esta parece constituir a melhor interpretação a conferir ao n.º 1 do artigo 17.º do CCP, o que não quer dizer que seja aquela que traduz mais fielmente os intentos

do legislador comunitário, nem sequer aquela que resolve efetiva e definitivamente o problema do cálculo do valor do contrato sem recorrer à estimativa. Efetivamente, não obstante o valor do contrato estar condicionado ao limite máximo do procedimento adotado, a solução do CCP não conseguirá evitar a realização de estimativas pelas entidades adjudicantes, já que, se por um lado reduz o valor do contrato ao limite máximo permitido pelo procedimento, por outro, ao definir no n.º 2 do artigo 17.º do CCP os elementos (preço, contraprestações e vantagens) que devem ser considerados para aferir se é ou não ultrapassado o valor máximo, está, num segundo momento, a recuperar a utilização de um critério subjectivo na avaliação dos mesmos.⁷

Estamos no entanto certos que os problemas que se colocam na determinação, melhor dizendo, na avaliação do valor de um contrato não são de fácil resolução: é que essa atividade avaliadora está notoriamente condicionada pelos elementos que compõem o valor do contrato, que hão-de estar sempre sujeitos a critérios de pendor marcadamente subjectivo.

4 Os elementos objectivos: o primeiro olhar entre a Directiva e o Código dos Contratos Públicos

Iniciando a nossa análise com o tal primeiro olhar comparativo entre a diretiva e o CCP, percebemos que a regra geral da diretiva sobre o valor dos contratos determina a inclusão no valor (estimado) do contrato dos seguintes elementos (cf. artigo 9.º, n.º 1):

- (i) montante total a pagar;
- (ii) eventuais opções;
- (iii) eventuais renovações;
- (iv) prémios ou pagamentos a candidatos.

No CCP, por seu lado, o valor do contrato é constituído pelos seguintes elementos (cf. artigo 17.º):

- (i) máximo benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem objeto do contrato (em função do procedimento adotado);
- (ii) quaisquer contraprestações a efetuar pela entidade adjudicante em favor do adjudicatário;

⁷ Na verdade, a problemática emergente de fazer assentar (ou não) a determinação do valor do contrato numa estimativa é transversal aos diversos ordenamentos jurídicos, inclusivamente, ao ordenamento jurídico brasileiro. A este respeito escreveu Justen Filho que a regra constante da lei gera um problema prático, uma vez que em determinadas situações a Administração não tem como definir, de maneira precisa, o valor da contratação. De modo que nenhuma licitação pode ser desenvolvida sem que a administração estime os custos da contratação, sendo a partir dessa estimativa, que a Administração Pública adotará a modalidade de licitação — cf. Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11.ª edição, São Paulo: Dialética, 2005.

(iii) vantagens que decorram diretamente para o adjudicatário e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.

Vejamos, então, os termos da comparação — e da correspondência — entre estes elementos.

4.10 “montante total a pagar” e o “máximo benefício económico”

Uma primeira análise das expressões utilizadas pela diretiva e pelo CCP permitem identificar, desde logo, uma diferença: a expressão “montante total a pagar” da diretiva assenta na perspetiva de quem irá realizar a despesa (ou seja, tendencialmente, a entidade adjudicante); já a expressão do CCP relativa ao “máximo benefício económico” reflecte o ponto de vista do adjudicatário, da receita que para ele decorrerá da execução do contrato.

Estas diferentes perspetivas não são irrelevantes, uma vez que o “montante total a pagar” pela entidade adjudicante pode não ter correspondência com o “máximo benefício económico” do adjudicatário; será assim, por exemplo, nas situações em que o montante a pagar pela entidade adjudicante pela execução de um contrato não corresponda a um benefício económico na esfera do adjudicatário, mas antes de um terceiro.

A expressão “montante total a pagar” como elemento nuclear para a determinação do valor estimado do contrato no modelo traçado pelo legislador comunitário parece indiciar que o preço a pagar pela entidade adjudicante (ou por terceiros, como veremos) constitui o elemento essencial para a determinação do valor estimado do contrato. Todavia é uma visão pouco correcta. Efetivamente, a expressão “montante total a pagar”, resulta, quando tomada de forma literal, algo equívoca, pois é rapidamente associada a uma ideia de (simples) pagamento monetário. Ou seja, uma interpretação menos atenta facilmente faria corresponder o “montante total a pagar” ao “preço a pagar”. Desta forma — caindo então numa perspetiva monetária do valor do contrato —, o montante total a pagar seria, simplesmente, a quantia estimada que a entidade adjudicante se propõe a pagar pela execução de um qualquer contrato.

No entanto, esta *perspetiva monetária*, digamos assim, é em nossa opinião demasiado restritiva, uma vez que o montante total a pagar, compreendendo uma componente monetária, está (ou pode estar, em cada caso concreto) para além desta. Na verdade, parece-nos que a expressão pretende abarcar todas as prestações que tenham um carácter de *patrimonialidade*, ainda que não constituam um preço a pagar. Assim, a expressão “montante a pagar” assenta na ideia de patrimonialidade⁸

⁸ Não será de confundir a patrimonialidade das prestações, com a patrimonialidade do contrato. Com efeito, os contratos públicos serão sempre contratos patrimoniais já que tendem sempre no sentido de prover à Administração (*lato sensu*) um bem ou um serviço. Não obstante, muito embora se verifique uma necessária patrimonialidade do contrato, nem sempre se verificará a patrimonialidade bilateral, das prestações que dele decorrem.

da prestação,⁹ isto é, na necessidade de qualquer prestação a realizar pela entidade adjudicante possuir um valor económico e de ser suscetível de avaliação pecuniária.

Poder-se-ia então argumentar que existe uma certa redundância entre a expressão de “valor do contrato” e de “montante total a pagar”, visto que, tal como referimos, esta última está estreitamente relacionada com a ideia de valor económico. No entanto, mais do que qualquer redundância, a utilização destas expressões permite conferir coerência ao conceito do valor do contrato e reforçar que se deve ter em conta o carácter económico das prestações a realizar; isto é, a análise integrada do conceito de “valor do contrato”, densificado através da expressão “montante a pagar”, pretende reforçar que a determinação do valor do contrato não respeita específica ou exclusivamente a um preço, mas sim a uma avaliação económica de todas as prestações realizadas.

Estão assim compreendidas no valor do contrato todas aquelas prestações que constituem autênticas (e próprias) obrigações pecuniárias, isto é, que consistam *diretamente* numa importância monetária, mas também prestações de outra ordem, em que o fator pecuniário intervém apenas como meio de determinação do seu quantitativo ou da respetiva liquidação.¹⁰ Deste modo, com a expressão “montante total a pagar” não se limita a determinação do valor do contrato ao aspeto financeiro das prestações realizadas a favor do adjudicatário, abrangendo-se também outras prestações desde que possuam valor económico.¹¹

Assim, parece ter sido na sequência deste entendimento mais lato da diretiva que o legislador português substituiu a expressão “montante a pagar” por “máximo benefício económico”, tornando evidente que na determinação do valor do contrato não releva unicamente o aspeto financeiro da prestação a realizar em favor do adjudicatário, mas também as demais prestações com valor económico realizadas em seu favor.

4.2 A concretização legislativa do “máximo benefício económico”

Tendo em conta que a expressão acolhida no n.º 1 do artigo 17.º do CCP era ainda suficientemente lata para permitir interpretações desvirtuadoras da orientação comunitária, o legislador densificou, no n.º 2 do referido artigo, o exato sentido a dar

⁹ Por contraposição ao carácter patrimonial, característico dos elementos que densificam a expressão “montante total a pagar” (legislação comunitária) ou “máximo benefício económico” (legislação nacional), temos as prestações de carácter não patrimonial.

¹⁰ De acordo com a lição de Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 736.

¹¹ Neste sentido, referindo que, na determinação do valor dos contratos, “o pagamento não tem de ser financeiro”, de forma tal que a “palavra “montante” deve claramente ser interpretada no sentido de abarcar pagamentos não financeiros”, v. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, pp. 374 e 376 (tradução nossa).

àquela expressão, estabelecendo expressamente os seguintes elementos do valor económico de um contrato:

- (i) o preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros;
- (ii) o valor de quaisquer contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário, e;
- (iii) o valor das vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato e possam ser configuradas como contraprestações das prestações que lhe incumbem.

Vejamos, então, estes elementos concretizadores.

4.2.1 O preço a pagar

O preço é o elemento mais característico dos elementos que compõem o conceito de “máximo benefício económico”, é um elemento quase transversal, digamos assim, à generalidade dos contratos públicos. Na verdade, “contam-se pelos dedos” as situações em que é afastado o preço como forma de remuneração do cocontratante pela execução das prestações que lhe incumbem.¹²

O preço a pagar é o único dos elementos do valor do contrato que constitui uma simples obrigação pecuniária. Há obrigação pecuniária quando na “fixação da prestação se atende ao valor da moeda devida, e não às espécies concreta ou individualmente determinadas ou ao género de certas espécies monetárias, abstraindo do seu valor liberatório ou aquisitivo”, consistindo “em proporcionar ao credor o valor incorporado nas espécies monetárias ou nas notas”¹³ Estamos aqui a falar, portanto, do dinheiro a ser pago ao adjudicatário por conta da execução do contrato; o dinheiro constitui deste modo “o conjunto das coisas que por designarem um determinado valor, desempenham a função económica e jurídica de intermediário geral nas trocas”, sendo consideradas “pelo credor (e pelo devedor) como coisas representativas de um determinado valor”.¹⁴

No entanto, este “preço a pagar” apresenta características muito diferentes do “preço base”. Assim, nos termos do CCP existem duas espécies de preços a considerar na fase do procedimento: o preço enquanto factor de determinação do valor do contrato e o “preço base” enquanto preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objeto.

No entanto, é importante salientar uma particular diferença entre eles, resultante do âmbito subjetivo. Pois se na determinação do “preço base” só releva o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar, no “preço a pagar”, enquanto

¹² O *Conseil d'État* pronunciando-se, em Acórdão de 28.04.2006 (n.º 28394), sobre a relevância do preço como elemento de remuneração do cocontratante, refere, de modo impressivo, que “o afastamento do preço supõe a reunião de circunstâncias de carácter excepcional” (trad. nossa).

¹³ Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, p. 848

¹⁴ Cf. Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2011, p 367.

elemento de determinação do valor do contrato, ter-se-á em consideração quer o preço a pagar pela entidade adjudicante, quer por terceiros.

4.2.2 Contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário

Com a inclusão do elemento relativo às contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário, o CCP pretende incluir as prestações realizadas em espécie, que podem consistir na entrega de um bem, na prestação de um serviço ou na disponibilização de um direito como forma de pagamento pela prestação que cabe ao adjudicatário. Enfim, pretende-se incluir todas as vantagens que a entidade adjudicante se vincule a proporcionar ao adjudicatário no âmbito do contrato, pois elas servirão aí como *pagamento (rectius, contraprestação)*.¹⁵

Assim, existem dois requisitos para que as contraprestações concretamente em causa se possam considerar incluídas no valor contratual a esse título: (i) tem que constituir uma contraprestação da entidade adjudicante e (ii) tem de ser efetuada em favor do adjudicatário.

A contraprestação sendo característica dos contratos sinalagmáticos, tem, no entanto, de ser entendida de forma mais restrita daquela que comumente se considera no âmbito do direito das obrigações.¹⁶ Efetivamente, de acordo com a teoria geral do direito das obrigações, a contraprestação abrange todas as prestações, monetárias (ou não), patrimoniais (ou não), a que o devedor está obrigado, em razão da prestação realizada. Ora, uma vez que o Código separou em três os elementos que constituem o valor do contrato (preço, contraprestações e vantagens), a noção de contraprestação avançada no CCP nunca poderá ter a mesma abrangência que aquela que nos é dada pelos quadros gerais do direito das obrigações.

Desta forma, a definição de contraprestação, tal como consta do n.º 2 do artigo 17.º do CCP, compreende as contraprestações patrimoniais, não pecuniárias e que não

¹⁵ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira (*in: Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, p. 631) dão como exemplos deste tipo de vantagens a permissão para a fixação de publicidade ou a cedência, durante a execução da obra, de armazéns necessários à guarda dos materiais e utensilagem que vai ser utilizada na realização da obra. Tendemos a discordar, pelo menos de *iure condendo*; é que, em nossa opinião, prestações deste tipo (concretamente, a cedência, durante a execução da obra, de armazéns necessários à guarda dos materiais e utensilagem que vai ser utilizada na realização da obra) deveriam estar abrangidas pelo n.º 3 do artigo 17.º do CCP. Em boa verdade, só deveriam ser contabilizadas, para efeito de contraprestações a favor do adjudicatário, aquelas que possam constituir para este um benefício. Ora, naquela situação, a cedência dos armazéns não constitui um benefício do adjudicatário, mas sim da entidade adjudicante, uma vez que, caso não fossem cedidos os armazéns, os concorrentes iriam incluir o arrendamento dos armazéns necessários no preço da proposta (o mesmo para a locação de máquinas ou outro qualquer elemento necessário à execução do contrato). Desta forma, não decorre deste tipo de cedências uma verdadeira vantagem para o adjudicatário; aliás e bem pelo contrário, caso o adjudicatário tivesse oportunidade de arrendar o armazém, poderia ainda incluir aqui mais alguma margem para seu lucro. Donde, qualquer vantagem que possa emergir deste tipo de cedências, será uma vantagem necessariamente para a entidade adjudicante, pois poderá reduzir o preço base e, eventualmente, o preço contratual, pelo que não deveria, por isso, fazer parte do benefício económico do adjudicatário.

¹⁶ No âmbito do direito das obrigações a contraprestação é sempre entendida em termos mais amplos, abarcando o preço, vantagens decorrentes da execução do contrato e a atribuição de direitos — cf., a título ilustrativo, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 140 a 141.

constituam vantagens que decorram diretamente das contraprestações a que a entidade adjudicante está obrigada pela execução do contrato.

4.2.3 Vantagens que decorram diretamente da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que incumbem ao adjudicatário

Por fim, temos as “vantagens que decorram diretamente da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que incumbem ao adjudicatário” e que constituem uma hipótese mais complexa que as anteriores que vimos analisando.

Em primeiro lugar — e dividindo a hipótese nos seus requisitos cumulativos — temos que contabilizar aquelas “vantagens que decorram diretamente da execução do contrato”. A questão aqui é a de saber quais serão as vantagens *diretas* e quais serão as *indiretas* — e isso poderá significar uma significativa variação no valor do contrato, dependendo do concreto juízo que a entidade adjudicante faça sobre elas.¹⁷ É matéria certamente controversa esta das vantagens diretas mas, mesmo que não se concorde com um ou outro exemplo, percebe-se bem que é difícil aferir com segurança se determinadas vantagens existem e se elas decorrem diretamente (ou indiretamente) da execução do contrato.

Em segundo lugar, é necessário que as vantagens diretas do adjudicatário “possam ser consideradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem”. Aqui, o apelo da interpretação da norma é para a sinalagmaticidade das prestações que incumbem às partes, compreendendo portanto aquelas vantagens que podem ser vistas como contrapartidas das prestações contratuais.

Sintetizando, temos que, para poderem ser consideradas como integrantes do valor dos contratos as vantagens dele decorrentes, elas terão que advir diretamente da execução do contrato e terá também que existir uma corresponsabilidade entre as contraprestações em causa e as prestações que incumbem ao adjudicatário.¹⁸

¹⁷ Tomemos, como exemplo, as vantagens que decorrem para as empresas de construção da realização de uma empreitada cujo objeto é uma obra que constitui um verdadeiro marco arquitetónico. Trata-se de obras, em regra, muito complexas e que, uma vez concluídas e com sucesso, permitem às empresas que ficaram encarregues da sua construção usufruírem de uma publicidade muito positiva. Ora, neste tipo de casos, poderia considerar-se incluído nas vantagens diretas a publicidade gerada e que decorreu diretamente da execução do contrato. Na vigência do Decreto-Lei n.º 59/99 a questão tomava contornos mais claros, uma vez que, no âmbito dos procedimentos de contratação de empreitadas, era frequente a exigência concursal da realização de uma obra pública do mesmo tipo e com pelo menos 60% do valor do contrato concursado; assim, uma empresa que ganhasse o concurso para uma qualquer empreitada retiraria daí uma vantagem pela execução desse contrato, uma vez que isso a habilitaria a concorrer a outras empreitadas de valor superior.

¹⁸ Cf., neste sentido, João de Matos Antunes Varela, *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, 1955, p. 223.

Incluindo o valor do contrato todos estes elementos — e representando o conjunto deles o máximo benefício económico que o adjudicatário pode obter com a execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato —, conseguir-se-á estimar um valor que permite perceber qual deverá ser o nível de concorrencialidade que o contrato suscitará.¹⁹

5 Outros elementos que contribuem para a determinação do valor dos contratos

Há ainda outros elementos eventuais que podem afetar o valor de um contrato, devendo, apesar de dependerem da execução do contrato (e também da forma como decorre o próprio procedimento pré-contratual), ser incluídos na sua determinação. Falamos das (a) eventuais *opções*, (b) *renovações* previstas no contrato e (c) também dos *prémios ou pagamentos a candidatos e concorrentes* ao procedimento.

5.1 Eventuais opções previstas no contrato

Na definição das regras gerais a atender para a determinação do valor estimado dos contratos públicos o legislador comunitário inclui aquilo a que chama de “eventuais opções”. Interessa, assim, densificar o que são estas *opções*.

Esta expressão já não é nova na legislação comunitária ou mesmo no direito português, uma vez que constava da Diretiva 97/52/CE, que foi transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 197/99. Previa-se o n.º 4 do artigo 23.º daquele Decreto-Lei que, “quando se preveja expressamente o recurso a opções, deve ser tomado como base para o cálculo do valor do contrato o total máximo possível, incluindo o recurso a opções”.

Ora, apesar de encontrarmos uma referência idêntica na atual diretiva — cf. 2.ª parte do n.º 1 do artigo 9.º —, o CCP não tem a mesma concretização que constava do Decreto-Lei n.º 197/99.

Importa assim determinar o que pretendeu o legislador comunitário ao incluir a expressão “eventuais opções”. Considera-se *opção* a possibilidade que uma das partes tem de requerer ou vender mais do que estava inicialmente previsto (ainda que estivesse prevista essa possibilidade); está em causa, portanto, a previsão da mera possibilidade de o contraente público²⁰ adquirir mais bens ou serviços do que aqueles que estão previstos *ab initio* no clausulado contratual.

¹⁹ Neste sentido, referindo impressivamente que, com esta solução, se percebe o “quanto o procedimento ‘seduzirá’ a concorrência”, v. Mário Esteves de Oliveira / Rodrigo Esteves de Oliveira, ob. cit., p. 631.

²⁰ Não se exclui, no entanto, a possibilidade de esse direito poder ser exercido também pelo cocontratante — cf. Sue Arrowsmith, cit., pp. 377, nota 70.

Nestas situações e de acordo com a diretiva, o cálculo do valor do contrato deve ter em “consideração o montante total estimado, incluindo as eventuais opções”, ou seja, ter-se-á em conta o montante máximo que poderá vir a ser contratado ao abrigo daquele contrato. Assim, se a entidade adjudicante celebra um contrato para o fornecimento de 10 computadores pelo preço contratual de 5.000, e se desse contrato resultar que o contraente público tem a opção de, ao abrigo do mesmo, adquirir mais três computadores por 1.500, deve considerar-se, para efeito da determinação do valor do contrato, o valor contratual de 6.500.²¹

Isto posto, na determinação do valor estimado do contrato, a entidade adjudicante tem de ter em conta o que vai efetivamente contratar, bem como também qualquer outra prestação adicional (ainda que condicional) que decorra daquele contrato.

Referiu-se já que não se encontra expressamente prevista na legislação portuguesa uma norma idêntica à comunitária, que salvaguarde estas “eventuais opções” (melhor dizendo, *opções eventuais*). No entanto, elas estão inequivocamente incluídas na ideia de “máximo benefício económico”, restando saber em que parte, dentro dos vários elementos que o constituem de acordo com o n.º 2 do artigo 17.º, elas podem ser reconduzidas.

Assim, subsumindo a categoria comunitária das “eventuais opções” aos elementos que, segundo o CCP, constituem o valor do contrato, e não fazendo esta categoria parte do preço a pagar pela entidade adjudicante (pelo menos tal como se configura o contrato *ab initio*), ao mesmo tempo que não é uma mera contraprestação por parte da entidade adjudicante, parece então que as *eventuais opções* se incluem no conceito daquelas vantagens que resultam diretamente da execução do contrato, visto que decorre do contrato que o cocontratante pode vir a usufruir de uma modificação contratual, que lhe permita vender (ou construir) mais (e à entidade adjudicante obter e pagar mais por isso) do que inicialmente contratado.

5.2 Eventuais renovações

Do mesmo modo que a diretiva prevê que devem ser contabilizadas para efeito de determinação do valor do contrato as “eventuais opções”, também e de modo coerente, considerou que devem ser tidas em conta na determinação do valor dos contratos públicos as “eventuais renovações” neles previstas (cf. artigo 9.º, n.º 1, §1.º, *in fine*).

²¹ Este entendimento é já claro na jurisprudência comunitária; no Acórdão *Presstext* (Acórdão do TJUE de 19.6.2008, p. C-454/06), o Tribunal de Justiça veio admitir a alteração substancial do caderno de encargos quando a possibilidade de introduzir alterações ao contrato naquele estiver prevista em termos precisos. Ora, uma vez que a *opção* já está prevista no caderno de encargos, ela foi tida em conta para efeitos de determinação do valor do contrato e, bem assim, da abertura à concorrência do procedimento pré-contratual.

Por outro lado, também quanto a esta hipótese, o CCP não consagrou uma norma que refira de modo claro a consideração desta parte do valor dos contratos. É discutível, por isso, se este valor deverá ser considerado no âmbito da determinação do valor do contrato.

Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira tratam esta questão sobretudo a propósito do preço contratual e da interpretação a dar ao n.º 2 do artigo 97.º do CCP, mas não deixam de notar que poderá haver aqui — no âmbito da determinação do valor do contrato — a necessidade de incluir todos os valores suscetíveis de avaliação económica antecipada e, do mesmo modo, também os “valores correspondentes às prorrogações admitidas no caderno de encargos, pelo menos, quando de realização certa e valor determinado”.²² Parece ser este, de facto, o melhor entendimento, ou seja, as prorrogações/renovações devem ser incluídas no valor do contrato quando previstas desde início pela entidade adjudicante de um modo (quase-)certo quanto à sua ocorrência — através de uma cláusula de prorrogação/renovação automática, sem qualquer condição que não seja a da vontade das partes (manifestada de forma tácita ou expressa) — e quando tenham um valor determinado — o que também sucede nas renovações automáticas, quando o prazo e o preço são iguais aos do contrato inicial.

Por isso, nestas condições de *certeza e determinabilidade do seu valor*, as prorrogações (ou as “eventuais renovações”, nas palavras da diretiva) deverão ser incluídas no conceito do benefício máximo que pode ser obtido com a execução do contrato.

Idêntica orientação é seguida na ordem jurídica brasileira, de acordo com o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 8.666/93 que determina que a programação da execução de obras ou serviços deve ter em conta os “custos atual e final e considerados os prazos de sua execução” o que, de acordo com a Orientação Normativa n.º 10, da Advocacia — Geral da União, de 1 de abril de 2009, significa que a “definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações”.

Com efeito, é compreensível que a hipótese de se fazerem renovações contratuais tenha que ser tida em conta no momento de determinar o valor estimado do contrato (ou o valor da contratação), sob pena de se estar a subtrair à concorrência os contratos considerados em toda a sua extensão, procurando incluir em renovações o que podia perfeitamente ser colocado de novo à concorrência, circunscrevendo-se indevidamente o apelo inicial à concorrência.²³

²² Cf., dos Autores citados, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, p. 632.

²³ Assim, se uma entidade adjudicante lança um concurso para a prestação de serviços de segurança para um ano, no valor de 40.000, renovável de modo certo para o ano seguinte, pelo mesmo preço e pelo mesmo prazo, terá que se computar o valor da renovação, resultando num valor do contrato que ascenderá a 80.000.

5.3 Prêmios ou pagamentos a candidatos

Questão diferente das até aqui abordadas é a dos prêmios ou pagamentos a candidatos. Estas figuras estão previstas no CCP, estando especificamente relacionadas com os denominados concursos de conceção,²⁴ não constituindo, de resto, uma novidade quer no direito comunitário, quer na legislação portuguesa. Efetivamente, o Decreto-lei n.º 197/99 e a diretiva que lhe deu origem continham menção expressa da possibilidade de atribuição de prêmios ou pagamentos a candidatos.

A Diretiva 2004/18, no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 9º, prevê que “sempre que a entidade adjudicante preveja prêmios ou pagamentos a candidatos ou proponentes, tomá-los-á em consideração ao calcular o valor estimado do contrato”. Assim, nas situações em que a entidade adjudicante considere a atribuição de montantes a esse título, deverá incluir no valor do contrato o valor máximo dos prêmios ou pagamentos a realizar aos candidatos ou proponentes.

Desta forma, segundo a diretiva, se no âmbito de um concurso de conceção para a realização de um trabalho no domínio artístico, a entidade adjudicante definir que pagará 25.000 aos cinco primeiros trabalhos que forem selecionados, deverá considerar aquele valor para efeitos do procedimento pré-contratual.

Este modelo foge um pouco aos cânones normais dos procedimentos em que os pagamentos (ou até mesmo os prêmios) são atribuídos unicamente aos cocontratantes e em função da execução do contrato. Nesta hipótese do pagamento a meros concorrentes, pretende compensar-se a apresentação de uma ideia ou projeto e não a execução do contrato, uma vez que o benefício (e a necessidade) da entidade adjudicante está naquela mera apresentação de ideias.

No CCP está, como dizíamos, expressamente prevista essa possibilidade,²⁵ nada se referindo, no entanto, quanto à necessidade de os incluir na determinação do valor dos contratos.

Neste caso — ao contrário do que vimos acontecer para as “eventuais renovações” —, o artigo 17.º não permite uma leitura que faça incluir no valor do contrato o valor dos prêmios ou pagamentos a candidatos. É que, por um lado, o âmbito subjetivo daquele artigo 17.º circunscreve-se, de forma clara, ao adjudicatário (ou co-contratante), i.e., é o benefício que resulta para aquele concreto sujeito que é contabilizado para apuramento do valor do contrato. Por outro lado, no âmbito objetivo dos vários elementos que podem constituir o benefício económico resultante

²⁴ Cf. artigos 219.º e ss. do CCP. Nos termos da alínea (m) do n.º 1 do artigo 226.º, os termos de referência devem indicar “o valor do prémio de consagração a atribuir a cada um dos concorrentes seleccionados”.

²⁵ Cf., a este respeito, o artigo 221.º, n.º 1, onde se estabelece a competência para a autorização da despesa relativa aos prêmios a que os concorrentes tenham direito.

do contrato também não se poderá enquadrar a hipótese de pagamentos de prémios que não decorram da execução do contrato.

Assim e em nossa opinião, o CCP, no que concerne à questão do pagamento de prémios, não logrou transpor, de modo integral, a exigência comunitária da consideração dos prémios a pagar a concorrentes.

6 A determinação do valor do contrato nos contratos de empreitada de obras públicas

Já referimos que o CCP rompe com a sistematização seguida nas diretivas — e que acabou por ser seguida pela maioria dos Estados-membros — no que diz respeito à determinação do valor dos contratos, uma vez que aquela o faz por referência ao tipo de contrato em causa (se empreitada, fornecimento ou serviços); já o legislador português, por seu lado, entendeu criar um critério que pudesse servir a generalidade dos tipos contratuais, mas abriu, como veremos de seguida, uma exceção para o contrato de empreitada de obras públicas.

Com efeito, no n.º 4 do artigo 9.º da diretiva, o legislador comunitário delineou dois critérios para a determinação do valor dos contratos: (i) o custo da obra²⁶ e (ii) o valor estimado dos fornecimentos necessários à execução da obra. O CCP seguiu aquele comando, determinando que, no caso do contrato de empreitada de obras públicas, o máximo benefício económico inclui ainda “o valor dos bens móveis necessários à sua execução e que a entidade adjudicante ponha à disposição do adjudicatário”.²⁷

De acordo com estas previsões e tomando em conta o carácter excecional da norma, parece que os fornecimentos necessários à execução do contrato e postos à disposição dos co-contratantes só têm de ser contabilizados nos contratos de empreitada de obra pública, não devendo relevar nos restantes tipos contratuais abrangidos pela diretiva (e pelo CCP).

Mas, como podemos facilmente ver a formulação da diretiva é diferente da do CCP: ali, determina-se a inclusão dos “fornecimentos necessários à execução da obra”, ao passo que a legislação nacional se refere aos “bens móveis”. A formulação utilizada pelo CCP tem duas virtudes: por um lado, afasta as dúvidas sobre se apenas deveriam ser incluídos os fornecimentos a aplicar efetivamente na obra (v.g., tijolos ou cimento), resultando claro que também se têm em consideração outros

²⁶ Também o conceito de custo deve ser entendido nos termos amplos definidos para a expressão “*montante total a pagar*”, isto é, que inclui não só o preço a pagar, mas também outras prestações em favor do adjudicatário — v. neste sentido Sue Arrowsmith, ob. cit., p. 377.

²⁷ Criticando esta norma pelo seu efeito exponenciador da diferença entre o valor do contrato e o preço do contrato, v. Gonçalo Guerra Tavares /Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos Anotado*, p. 144.

fornecimentos e máquinas disponibilizadas;²⁸ por outro lado, afasta também qualquer questão que se pudesse colocar sobre a contabilização do valor dos bens imóveis (melhor dizendo, da sua disponibilização em favor do adjudicatário).

Deve ainda salientar-se que no n.º 7 do artigo 5.º da Diretiva 2013/14/EU do Parlamento e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 (que procede à revisão da actual Diretiva 2014/18), o legislador comunitário prevê, para além dos fornecimentos, também a inclusão dos serviços prestados pela entidade adjudicante em favor da execução do contrato, alargando-se o âmbito dos elementos a ter em conta na determinação do valor o contrato.

7 Âmbito subjetivo do valor do contrato

Analisado que está o âmbito objetivo do conteúdo da determinação do valor do contrato, importa agora fazer uma incursão pelo seu âmbito subjetivo. Para o fazer é necessário atender a dois momentos diferentes do procedimento pré-contratual: o primeiro é o da determinação da entidade competente para definir o valor estimado do contrato; num segundo momento há que averiguar a que sujeitos correspondem as prestações que deverão ser contabilizadas na determinação do valor estimado do contrato.

A identificação da entidade competente para definir o valor estimado do contrato é muito clara no n.º 1 do artigo 9.º da diretiva que refere que o valor estimado de um contrato público se baseia no montante total a pagar “estimado pela entidade adjudicante”.²⁹ Assim, de acordo com a diretiva, é à entidade adjudicante que cabe definir o cálculo estimado do valor do contrato.

Menos óbvia é, no entanto, a definição dos sujeitos que deverão ser considerados de modo a aferir de quem são as prestações que devem ser contabilizadas para a determinação do valor estimado do contrato, isto é, a que sujeitos correspondem as prestações que influenciam a determinação do valor do contrato. Quanto a este aspeto o legislador comunitário não estabeleceu qualquer regulação; no entanto, vem sendo assente que na determinação do valor estimado do contrato se deve atender

²⁸ Esta é uma questão que, no âmbito do direito comunitário, foi resolvida pela doutrina no sentido de que deveriam ser incluídos quer os bens incorporados na obra (como os materiais de construção), quer bens para serem utilizados na sua execução (máquinas, entre outras) — cf. Sue Arrowsmith, *ob. cit.*, pp. 374 e 375. Entre nós, também Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira consideram que estão incluídos meios de auxílio à execução da empreitada, como sejam bulldozers, escavadoras, camiões, o estaleiro — cf. a obra citada destes Autores, p. 631.

²⁹ Na formulação da diretiva é a entidade adjudicante que determina o valor estimado do contrato. Deve notar-se, no entanto, que a diretiva não previu a situação de serem várias as entidades adjudicantes. Do mesmo modo, também o legislador nacional, apesar de mencionar que na determinação do valor do contrato se atende ao preço a pagar “pela entidade adjudicante”, aponta para o afastamento da pluralidade de entidades adjudicantes. No entanto, a expressão do artigo 17.º “entidade adjudicante” tem de ser lida de modo integrado com o artigo 39.º do CCP (que define os limiares a observar pelo agrupamento de entidades adjudicantes), dando uma clara indicação de que aquela expressão abrange também os agrupamentos de entidades adjudicantes.

tanto ao montante pago pela entidade adjudicante, como por terceiros (privados ou não).³⁰ A questão seguinte é, claro está, a de saber qual a amplitude a conferir à palavra *terceiros*, mais concretamente saber quais as prestações de terceiros que devem ser tidas em consideração na determinação do valor dos contratos e também quais os terceiros relevantes para essa determinação.

Na verdade, não sendo evidente a resposta a dar, a doutrina mais reconhecida nesta matéria³¹ vem apontando as concessões como sendo o exemplo em que devem ser contabilizadas as prestações a realizar por terceiros/utilizadores. Com efeito, compreende-se a razão de se tomar em consideração, nessas situações, as prestações realizados por terceiros, pois tais prestações efetuadas em favor do concessionário seriam realizadas — não fosse a intermediação do contrato de concessão — em favor da entidade adjudicante, de forma que deve ser contabilizada a *perda de rendimentos* que a entidade adjudicante irá ter com a adjudicação da concessão.

Por nós, sempre será de considerar como excecional a contabilização das prestações realizadas por terceiros para a determinação do valor dos contratos, ainda que não pareçam subsistir dúvidas que, quando esses terceiros sejam entidades públicas (em abstracto, adjudicantes), então terão invariavelmente de ser contabilizadas as remunerações por elas realizadas, atendendo à despesa pública que está aí inerente.³²

Colocando o acento tónico na análise do que deve ser tido em consideração na determinação do valor dos contratos do ponto de vista subjetivo, em especial do que devem ser considerados terceiros para o efeito, existem ainda duas questões a sublinhar: (i) por um lado, a exigibilidade de que os contratos em que terceiros participem nas contrapartidas em favor do adjudicatário estejam sujeitos a procedimentos de contratação pública; (ii) por outro, a contabilização da prestação dos terceiros para a determinação do valor do contrato.

Quanto à primeira questão, a resposta sempre será afirmativa, quando, além da participação dos terceiros, exista financiamento de entidades adjudicantes. Isto

³⁰ Na definição de terceiros devem ser considerados, por um lado, os privados (pessoas singulares ou coletivas), mas também devem ser consideradas outras entidades públicas, ainda que não adjudicantes no procedimento de formação de contrato em causa. Como bem se compreende, assim como existem projetos privados financiados com dinheiros de entidades públicas, também os projetos públicos podem ser financiados por entidades públicas que não são, para efeito daquele projeto, entidades adjudicantes.

³¹ V. Sue Arrowsmith, ob. cit., p. 376.

³² Questão mais duvidosa será a situação do apoio a projetos públicos com financiamento comunitário, situações em que entidades públicas, gestoras de fundos comunitários, financiam projetos públicos nacionais. Poderá equacionar-se tratar de forma diferenciada a situação em que os projetos têm financiamento comunitário, das demais situações em que existe um financiamento direto de uma entidade pública. Com efeito, nesta situação, as entidades públicas gestoras de fundos comunitários funcionam como entidades veículo, não se refletindo aquele financiamento numa qualquer despesa pública (nacional). A consideração de que o que releva é a despesa pública (nacional) poderá conduzir a que este tipo de financiamento não seja considerado na determinação do valor do contrato.

é, sempre que se esteja na presença de um contrato público em que uma entidade adjudicante seja parte na relação contratual e contribua para o pagamento (*lato sensu*) pela execução do contrato, então ter-se-á de verificar a sujeição daquela compra pública a um procedimento de contratação pública. Já não deverá ser assim naquelas situações em que o financiamento do contrato seja integralmente realizado pelos terceiros, ainda que o contrato a celebrar, do ponto de vista objetivo, esteja sujeito ao CCP. Efetivamente, só fará sentido submeter os contratos aos procedimentos pré-contratuais do CCP quando estejam em causa participações públicas (que se podem consubstanciar numa remuneração ou na perda de uma receita). Nas demais situações — em que a remuneração é realizada na totalidade por terceiros, sem que tal circunstância importe a perda de um ganho para a Administração —, não parece que seja exigível impor à entidade adjudicante a realização de um procedimento pré-contratual público.

Questão diferente é a de saber se deve ser tomada em consideração a prestação do terceiro para efeitos da definição do procedimento a observar, isto é, se deve ser tomada em consideração a remuneração do terceiro na determinação do valor do contrato com as consequências ao nível do tipo de procedimento a adotar. A resposta deverá ser, quanto a nós, negativa; com efeito, não há justificação bastante para se sujeitar a determinação do valor do contrato e, conseqüentemente, a escolha do procedimento de contratação pública às prestações realizadas por terceiros — reiterar-se, que não importem uma perda de um ganho para a Administração — para levar a cabo interesses públicos, ou necessidades públicas.

A principal razão de ser da posição adotada está nos fundamentos que norteiam toda a procedimentalização dos processos de compras públicas, designadamente a exigência de *good value for money* (público), concretizada através de critérios de concorrência, transparência e imparcialidade —, uma moralização que, em nossa opinião, não deve ser feita às custas de um terceiro. Na verdade, no *background* da criação de procedimentos públicos de contratação está subjacente a ideia de boa gestão dos dinheiros públicos (além de princípios como concorrência, transparência e imparcialidade), de forma que só nessa medida se torna exigível a procedimentalização pré-contratual das compras públicas: é a realização de uma despesa pública (e não a satisfação de necessidade pública) a razão para a adoção de procedimentos de contratação pública.³³

Existe ainda uma segunda razão para esta limitação à contabilização das remunerações de terceiros que se relaciona com o altruísmo que está associado à

³³ Assim (e adoptando um exemplo de acordo com os limiares de adopção de procedimento não concorrenciais portugueses), quando uma entidade adjudicante pretende realizar uma empreitada na qual vai despender €149.999,00, está sujeita a realizar um procedimento mais concorrencial se houver a participação de um privado que contribua com €2 para a realização daquela empreitada; por outro, lado, se não houver a participação de um qualquer terceiro, se o valor do contrato for de €149.999,00, então poderá ser adotado um procedimento menos concorrencial (como o ajuste direto).

participação de terceiros na realização do interesse público. Incluir as participações de terceiros na determinação do valor do contrato e, conseqüentemente, exigir (eventualmente) um procedimento mais concorrencial do que aquele que existiria sem a remuneração do terceiro, poderá constituir um desincentivo dos terceiros a participar na prossecução das tarefas públicas.

Mais ainda, uma interpretação que levasse a uma inclusão, sem mais, dos valores pagos por terceiros na determinação do valor dos contratos, não seria sequer coerente com o artigo 8.º da diretiva e com o artigo 275.º do CCP, relativo aos contratos subsidiados em mais de 50% por entidades adjudicantes. Com efeito, em contratos em que não esteja em causa uma específica concretização de uma necessidade pública, mas que sejam financiados por entidades adjudicantes, o legislador comunitário admite a adjudicação, através de procedimentos sem publicidade internacional, de contratos de empreitada cujo valor seja inferior a €5.000.000,00. Ora, se o legislador admite a possibilidade de excluir da concorrência, uma empreitada privada de valor inferior a €5.000.000,00, ainda que uma entidade adjudicante o financie em €4.000.000,00, não fará qualquer sentido, por manifesta incoerência, pretender contabilizar as prestações dos privados nos projectos verdadeiramente públicos.³⁴

Passando à questão dos terceiros relevantes, entendemos que se exige razoabilidade nessa definição. De facto, será razoável subordinar os contratos em que a participação pública financeira é absolutamente residual, a um procedimento público de contratação, exigindo-se um formalismo maior do que o que decorre de um ajuste direto?

A resposta é obviamente negativa, já que estamos convencidos que o que deverá ser ponderado especialmente é a participação económica pública. Assim, na determinação do tipo de procedimento, será de atender unicamente ao valor a pagar pela entidade pública.

O CCP, ao contrário da diretiva, é muito claro quanto à contabilização dos montantes a pagar por terceiros, já que, de acordo com o n.º 2 do seu artigo 17.º, o valor do contrato é definido pelo preço a pagar pela “entidade adjudicante ou por terceiro”.³⁵

Assim, se no caso da diretiva nos temos de socorrer de uma interpretação extensiva (uma vez que o legislador não o refere expressamente), no caso do CCP a

³⁴ Na verdade, a transposição da diretiva no âmbito dos contratos subsidiados, não parece ter uma integração coerente no CCP, pois esta legislação abandonou os limites propostos pela diretiva para a adoção de procedimentos concorrenciais diminuindo-os (e bem), de modo a torná-lo mais adequados ao mercado português. Ao não proceder da mesma forma nos contratos subsidiados, gerou uma disparidade, criando limites mais largos para os investimentos privados que sejam subsidiados por entidades adjudicantes, do que nos seus projectos (quando financiados por privados).

³⁵ Apesar da utilização da conjunção “ou” — que apontariam para uma impossibilidade de contribuição conjunta, entendemos que se a realizar uma interpretação extensiva do âmbito de aplicação da norma, pois só fará sentido a interpretação no sentido de admitir que as remunerações deverão ser consideradas alternativa ou cumulativamente.

abrangência com que o legislador nacional se refere aos terceiros é de tal forma lata que exigirá, antes, uma interpretação restritiva.

Assim, na linha do que referimos, julgamos que deve realizar-se uma análise casuística das situações em que devam ser contempladas as remunerações de terceiros para efeitos da definição do valor do contrato e, conseqüentemente, para efeitos do procedimento pré-contratual a observar pela entidade adjudicante, atendendo desde logo à despesa pública (ainda que signifique abdicar de uma receita) que está (ou não) envolvida no contrato a celebrar.

Por fim, uma última interrogação: a contribuição dos terceiros só é relevante para o cálculo do preço ou abrange também os restantes elementos que compõem o critério do “máximo benefício econômico” do adjudicatário (nomeadamente as contraprestações e vantagens que decorram para o adjudicatário diretamente da execução do contrato)?

Revisitando a letra da lei (do n.º 2 do artigo 17.º do CCP) não é absolutamente claro que devam ser contabilizadas demais contraprestações e as vantagens quando estas sejam realizadas por terceiros. Apesar da letra da lei não dar indicações muito seguras, não seria de afastar a solução de as contribuições dos terceiros em contraprestações e vantagens serem também contabilizadas, tendo em conta, já se sabe, um critério de *autêntica relevância econômica* dos contratos.

8 A escolha do método de cálculo do valor do contrato

O legislador comunitário, pretendendo evitar que fossem subvertidos os métodos de cálculo definidos para determinar o valor do contrato com o intuito de afastar do âmbito de aplicação da diretiva, consagrou, no parágrafo segundo do n.º 7 do artigo 9.º da Diretiva 2004/18, que o “método de cálculo do valor estimado de um contrato público não pode ser escolhido com o intuito de o excluir do âmbito da presente directiva”. A inserção sistemática da diretiva não é a mais feliz, pois surge no segundo parágrafo do número relativo aos contratos públicos de fornecimento e de serviços que tenham carácter regular, ou se destinem a ser renovados durante um determinado período.³⁶

Aquela norma surge, assim, algo descontextualizada do âmbito global do artigo, uma vez que não é plausível que esta verdadeira *cláusula antiabuso* só se aplique aos contratos de fornecimento e de serviços de carácter regular e que se renovem. Por várias razões.

³⁶ Na quase totalidade dos códigos dos contratos públicos dos ordenamentos dos Estados-Membros da União — ainda que dispostos de forma diversa sistematicamente (ou se encontram num número do artigo, ou mesmo num artigo autonomizado) — encontramos esta cláusula autonomizada de modo a tornar-se aplicável em todos os tipos contratuais.

Em primeiro lugar, aquela norma reconduz-se a um verdadeiro princípio geral, orientador de todos os procedimentos pré-contratuais de todos os contratos públicos. Em segundo lugar, a verdade é que, um pouco por todas as legislações internas dos Estados-membros da União Europeia, esta norma foi sendo autonomizada (umas vezes num número de um artigo, outra vez respeitando a um artigo próprio) e alargada para aplicação a todos os tipos contratuais.³⁷ Em terceiro lugar, no n.º 3 do artigo 5.º da Diretiva 2013/14/EU do Parlamento e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 está prevista a alteração desta equívoca inserção sistemática, passando a conferir-se àquele preceito uma relevância própria e erigindo-o a princípio geral aplicável à determinação do valor de todos os contratos, e não só aos contratos de fornecimento e serviços de carácter regular ou que se renovem.

Assim, a leitura possível — mas ainda *de iure condendo* — é que se trata de uma verdadeira norma geral, aplicável a todos os contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da diretiva.³⁸

Abstract: This paper examines the issue of “contract value” (or procurement value) in public procurement, which is relevant to the ascertainment of the procedures to be followed (and to the consequent appeal to a greater or lesser competitiveness). In the paper we examine — in a comparative perspective between Portuguese law and Community law — the elements that should be considered in the estimation of that value.

Key words: Public procurement. Public procurement code. Directive 2004/18. Law N. 8,666/93. Ascertainment of contract value. Features of contract value. Estimation of contract value.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Pedro Matias; GUIMARÃES, Rui Mesquita. O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos portugueses. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 157-177, mar./ago. 2014.

Recebido em: 30.07.2014
Aprovado em: 20.08. 2014

³⁷ V., por exemplo, o n.º 1 do artigo 27.º do *Code des Marchés Publics*.

³⁸ Uma norma do tipo de cláusula geral anti abuso no CCP teria especial relevância no caso dos contratos sem valor, uma vez que, nos termos do n.º 2 do artigo 21.º do CCP “Para a formação de contratos sem valor, [...], pode ser adoptado qualquer um dos procedimentos nele [CCP] referidos”; assim, uma tal norma evitaria que se fugisse à aplicação de um procedimento mais concorrencial através do expediente de considerar um contrato sem valor (quando, na verdade, o teria).