

X Curso de Pós-  
Graduação em  
Contratação Pública

CEDIPRE

Ajuste Direto e  
Consulta Prévia

TELLES  
TELLES DE ABREU | ADVOGADOS

Pedro Matias Pereira  
[p.pereira@telles.pt](mailto:p.pereira@telles.pt)



- 
- Noção e características gerais
  - A escolha em função do valor
  - Tramitação (geral e simplificada)

---

## ÍNDICE



# Noção e características gerais



- **Ajuste direto** é o procedimento no âmbito do qual a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade, à sua escolha, a apresentar proposta (art. 112/2.º).
- **Consulta prévia** é o procedimento em que a entidade adjudicante **convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha** a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspetos da execução do contrato a celebrar (art. 112.º/1).
- Ambos são procedimentos fechados: a que eles só acedem os *convidados*
  - Os não convidados podem *aparecer*, se constituírem um agrupamento com um convidado e os procedimentos não tiverem sido adotados com fundamento no valor do contrato.

# Noção e características gerais

- Não há procedimentos com convite a duas entidades: *it takes more than two to tango*



- A sedução e as suas dúvidas: uma *escolha pública discricionária* dos convidados

# Ajuste Direto vs. Consulta Prévia

- Revisão CCP: intenção de limitar o recurso ao ajuste direto
  - V. Recomendação do Conselho da Prevenção da Corrupção de 07.01.2015: reduzir o recurso ao ajuste direto e, se for adotado, convidar pelo menos 3 entidades



- O Ajuste Direto é um procedimento em que o **grau de concorrencialidade** ainda não é satisfatório.
- Daí o surgimento de um *concurso sem anúncio*  **Consulta Prévia**

# Ajuste Direto vs. Consulta Prévia

- Daí, também, o surgimento de um *dever geral de fundamentação da escolha do ajuste direto* (art. 115.º/1/c)
  - Apenas existia, na anterior redação, quando a escolha do ajuste direto se fundamente em critérios materiais [art. 115.º/1/c) da redação anterior]
- Acresce um novo dever de fundamentar *a escolha do ajuste direto em vez da consulta prévia* (quando a escolha do procedimento assentar em critérios materiais): art. 27.º-A.
  - “[...] sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento”
    - Ex: Critério da urgência?
  - Maior sindicância do Tribunal de Contas, atenta a tradicional desconfiança dos procedimentos de ajuste direto
  - Preferência pela consulta prévia

## A escolha em função do valor e a concorrência

- Sempre que o benefício económico resultante do contrato a celebrar não atinja determinados limites quantitativos, a lei *presume*, de modo absoluto ou *inilidível*, que o **interesse ou a necessidade de submeter as prestações contratuais à concorrência de mercado é reduzido**;



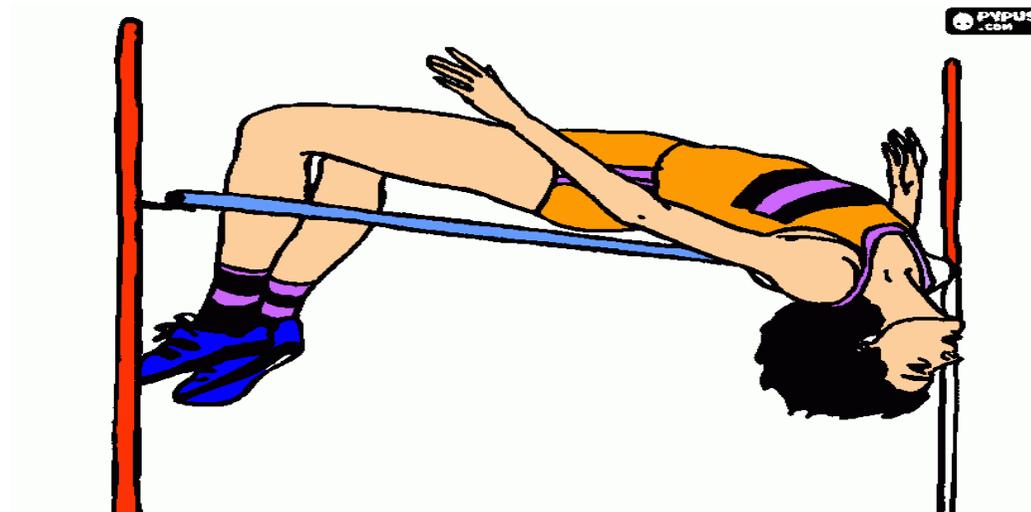
- A pressão da jurisprudência do Tribunal de Contas, do C.P.C., e a contínua desconfiança do legislador (ex: limite trienal) colocam em causa esta presunção.

# Critérios para a adoção do ajuste direto/consulta prévia

- Afigurando-se como procedimentos menos concorrenciais, a lei delimita a sua adoção de forma mais rigorosa:
  - Em função do **valor do contrato a celebrar** (cf. arts. 18.º a 20.º e 31.º/4);
  - Em função do **tipo de contrato** – nos casos de contratos de concessão de obras ou de serviços públicos e contratos de sociedade (art. 31.º) – ou do **tipo de prestações de contratos mistos**;
  - Em virtude da aplicação de **critérios materiais** (arts. 24.º a 27.º e 31.º/3).

# Limiares comunitários e critérios nacionais

- Os limiares das Diretivas fixam os montantes abaixo dos quais as Diretivas não se aplicam (i.e., dos contratos que não têm que ser sujeitos a procedimentos concorrenciais com publicidade internacional).
- Abaixo dos limiares, as Diretivas não fazem nenhuma exigência direta.
- Os critérios para o recurso ao ajuste direto/consulta prévia são, por isso, *diferentes*, mas sempre inferiores aos *limiares*.



# Limiares comunitários e critérios nacionais

Os critérios financeiros para o recurso ao ajuste direto/consulta prévia situam-se abaixo dos limiares da Diretiva (art. 474.º do CCP):

- Para contratos de empreitada: 5.548.000 €
- Para contratos de aquisição de serviços e para contratos de locação ou aquisição de móveis: 144.000 € (Estado)/221.000 € (outras entidades)
- Para contratos de serviços sociais (e outros): 750.000 €

# Limiares comunitários e critérios nacionais

- **A não aplicação das Diretivas abaixo dos limiares, não significa exclusão do direito comunitário:**
  - *Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas relativas aos contratos públicos;*
  - Basta que os contratos tenham *uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado comunitário*
    - *Ac. Telaustria*: um interesse transfronteiriço certo;
  - Se, por outro lado, tiverem um *interesse económico reduzido* (*Ac. Coname*, de 21.07.2005), não suscitarão o interesse do mercado comunitário.
    - Informalmente, esse limiar aparece traçado como sendo de 20% dos limiares comunitários.

# Limiares comunitários e critérios nacionais

- Esta jurisprudência do TJUE – apesar da exclusão das Diretivas – é alvo de críticas por força da *indeterminação* e consequente *falta de confiança* na adoção de procedimentos pré-contratuais.



# Limiares comunitários e critérios nacionais - Empreitada

- O legislador nacional só autorizou, assim, o recurso ao ajuste direto/consulta prévia em função do valor quando este se situe abaixo dos limiares comunitários:
- No caso dos **contratos de empreitada (art. 19.º)**:
  - **Consulta prévia: 150.000 €** (vs. 5.548.000 € - inferior)
  - **Ajuste direto: 30.000 €** (vs. 5.548.000 € - inferior)



# Limiares comunitários e critérios nacionais

- No caso dos **contratos para prestação de serviços e fornecimento de bens (art. 20.º)**:



- **Consulta prévia: 75.000 €** (vs. 144.000 € - no caso do Estado – ou 221.000 € - inferior)



- **Ajuste direto: 20.000 €** (vs. 144.000 € - no caso do Estado – ou 221.000 € - inferior)

# Limiares comunitários e critérios nacionais

- No casos dos Setores Especiais, os limiares (para a sujeição ao CCP) são **iguais** aos da diretiva respetiva (art. 474.º/4 e art. 11.º do CCP):
  - 443.000 €– serviços e bens;
  - 5.548.000 – empreitadas;
  - 1.000.000 € - serviços sociais e outros.
- Daí que sejam sempre aplicáveis os procedimentos concorrenciais, quando o CCP se aplica (art. 33.º/1).

# Critério do valor e agrupamentos de concorrentes

- No caso de ajuste direto/consulta prévia adotados em função do critério do valor, **as entidades convidadas não podem integrar agrupamentos** (art. 117.º/2/a).
  - Na consulta prévia as entidades convidadas podem agrupar-se entre si?
  - Ou isso constitui um desvio ao *caráter pessoal* do convite e coloca em causa a própria razão de ser da consulta prévia (fomentar e existência de, pelo menos, 3 concorrentes)?

# Critério do valor e contratos sem valor

- Pode adotar-se o ajuste direto/consulta prévia (e todos os outros procedimentos – art. 21.º/2), a menos que se trate de contratos de concessão de obras ou de serviços públicos ou de sociedade (artigo 31.º - remissão).
  - Contrato sem valor – critério legal: art. 17.º/9 (contrato sem valor *supletivo*?)
    - *Contrato sem valor não é contrato de valor indeterminável*
    - *Há um custo de oportunidade (do ponto de vista da entidade adjudicante) e um ganho de oportunidade (no caso do operador económico) que tem mercado e deve ser concorrencialmente atribuído.*
    - *Contrato sem valor tem, pelo contrário, que significar que não há um qualquer ganho patrimonial (pelo menos de carácter económico) na esfera jurídica do adjudicatário.*
    - *O caso dos contratos de patrocínio*

## Critério do valor e contratos mistos (art. 32.º)

- Para determinar procedimento aplicável a contratos mistos, o CCP recupera uma solução antiga: “*tipo contratual que caracteriza o objeto principal do [contrato]*” (art. 32.º/2)
  - Critérios de determinação do “objeto principal”: *valor estimado mais elevado* (art. 32.º/3)
- No caso do critério do valor: possibilidades de fraude à concorrência?
  - aproveitamento do limiar mais elevado aplicável a contratos de empreitada: aditando prestações próprias de contratos de aquisição de bens ou serviços a prestações típicas do contrato de empreitada

# Limites à escolha das entidades convidadas

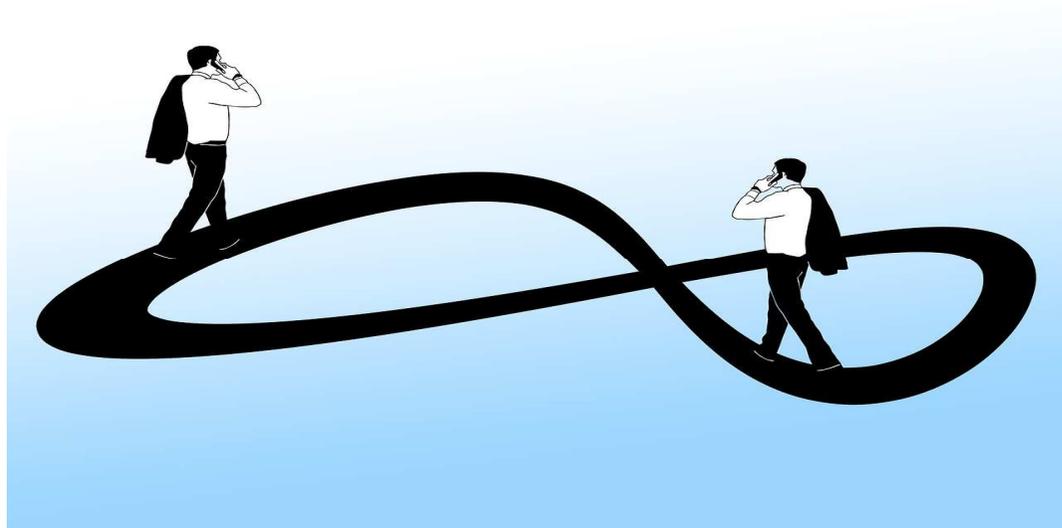
- Não podem ser convidadas entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado propostas para a celebração de contratos (art. 113.º/2):
  - no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores (1+2);
  - na sequência de ajuste direto/consulta prévia adotados ao abrigo do critério do valor;
  - cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limiares internos do ajuste direto (20.000 €) e da consulta prévia (75.000 €).

# Limites à escolha das entidades convidadas

- Trata-se de um **impedimento de participação em novo ajuste direto**.
- Só é aplicável quando a escolha do ajuste direto/consulta prévia tenha sido determinada em função do valor.
- O valor do novo contrato que se pretenda celebrar **não é incluído no cálculo do preço contratual acumulado (o que a lei proíbe é o convite)**.
- Visa impedir que um contrato que ultrapassasse os limiares do Código seja desdobrado em mais do que um contrato por forma a permitir o recurso ao ajuste direto.

# Limites à escolha das entidades convidadas

- Impede-se a *eternização* do cocontratante;
- Única forma de o fazer é celebrar, em cada ano económico, contratos cujo valor seja metade do limiar aplicável, i.e.:
  - 9.999 € para procedimentos por ajuste direto;
  - 37.499 € para procedimentos de consulta prévia.



# Limites à escolha das entidades convidadas

- O Novo CCP trouxe novos problemas porque institui dois *novos limiares* (20.000 €/75.000 €) e um *novo procedimento sujeito ao limite* (a consulta prévia):
  - **Problema de aplicação de lei no tempo:**
    - **Novos limites para o ajuste direto** (antes era 75.000 €);
    - **Novo procedimento com um novos limites** (consulta prévia);
    - As dificuldades interpretativas
  - **Problema de conjugação dos dois limites trienais:**
    - Cada tipo de procedimento tem um limite trienal próprio?
    - Cada operador terá duas “contas-correntes”: uma para ajustes diretos e outra para consultas prévias
    - Contaminação de um limite trienal de empreitadas por um contrato de outro tipo?

# Limites à escolha das entidades convidadas

- Orientação Técnica do IMPIC 01/CCP/2018
  - A incompetência do IMPIC para emitir orientações interpretativas;
  - A desconsideração do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (*“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”*);
  - O carácter retrospectivo da solução;
  - O impacto nos programas de aquisições públicas, através de ajuste direto, das entidades adjudicantes.
- O debate doutrinal

# Limites à escolha das entidades convidadas

- Novas regras sobre o âmbito subjetivo para a aplicação do limite trienal:
  - **No Estado e Reg. Autónomas:** distinção entre *gabinetes governamentais, serviços centrais, serviços periféricos e secretarias regionais* (art. 113.º/3)
  - **Nos Municípios:** distinção por *serviço municipalizado* (art. 113.º/4)

# Limites à escolha das entidades convidadas

- Não podem ser convidadas entidades que já tenham executado obras, fornecidos bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a **título gratuito**, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores (artigo 113.º/5).
  - Destina-se a dissuadir o mercado de oferecer “almoços grátis” e impedir a entidade adjudicante de os aceitar;
  - Pretende evitar que as empresas coloquem a entidade adjudicante numa situação de dependência face aos produtos que tenham vindo a oferecer, que acabe por “obrigar” as entidades adjudicantes a comprarem mais;

# Limites à escolha das entidades convidadas

- Não se aplica a comportamentos juridicamente enquadráveis (ex: descontos em contratos).
- A liberalidade tem ser feita para a própria entidade adjudicante;
- Inclui-se o que se tenha feito por preços “simbólicos”;
- Não abrange a oferta de liberalidades ou doações feitas aos membros de uma entidade adjudicante, mas sim à própria entidade adjudicante.

# Limites à escolha das entidades convidadas

- **Regra geral:** para que uma prestação *gratuita* escape ao 113.º/5, é necessário que a mesma **esteja prevista no caderno de encargos do procedimento e, conseqüentemente, no contrato.**
  - Ex: a obrigação de prestar formação profissional, como contrapartida da adjudicação de um determinado contrato de fornecimento de bens.
- Se a entidade adjudicante exigir ao fornecedor que, fora do contrato, efetue uma qualquer prestação gratuita e o fornecedor aceder, **ficará sujeito à proibição de ser contratado por ajuste direto nesse ano económico e nos dois posteriores.**

# Limites à escolha das entidades convidadas

- Não se aplica se:
  - A liberalidade for feita ao abrigo do Estatuto do Mecenato (DL 74/99).
  - A liberalidade tiver sido feita há mais de 2 anos económicos.
- *Ratio* da regra no ajuste direto/consulta prévia: a existência de uma *seleção pública discricionária*.
  - Mas vale para qualquer ajuste direto/consulta prévia (em função do valor ou de critério material).
- Equiparação das liberalidades feitas a favor de entidades com relação de dependência direta e determinante sobre a entidade adjudicante.

## Regime simplificado de ajuste direto (art. 128.º)

- **Âmbito:** ajuste direto relativo à formação de contratos de aquisição ou locação de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo **preço contratual não seja superior a 5.000 €**;
- E agora também: **empreitadas até 10.000 €**
- **Condições:**
  - **Prazo de vigência não superior a um ano**, nem prorrogável (exceto obrigações acessórias)
  - **Preço insuscetível de revisão**

# Regime simplificado de ajuste direto (art. 128.º)

- Adjudicação “sobre fatura” – ausência de formalidades (incluindo publicitação da ficha)
  - Conta para efeitos do “**limite trienal**” (art. 113.º/2)
  - Há um “limite anual”: como o contrato não pode ter duração superior a um ano, isso é geralmente interpretado como um impedimento a celebrar novo contrato (com objeto idêntico) com a mesma empresa nos 12 meses subsequentes ao primeiro contrato/fatura.

# Tramitação – Regime em caso de apresentação de uma única proposta (art. 125.º)

**Adoção de um procedimento simplificado quando tenha sido apresentada uma única proposta:**

- Os serviços da entidade adjudicante pedem (podem pedir) esclarecimentos sobre a proposta
- Submissão do projeto de decisão de adjudicação ao órgão competente para a decisão de contratar

**Características:**

- Desnecessidade de júri
- Não há lugar à fase de negociação
- Não há lugar a audiência prévia
- Não há lugar à elaboração dos relatórios preliminar e final
- Possibilidade de convite ao melhoramento da proposta – art. 125.º/2, *in fine*.
- Manutenção da obrigação de publicitação (art. 127.º)

# Tramitação – conteúdo do convite

- Conteúdo do convite em geral (ajuste direto/consulta prévia) – *as diversas alíneas do n.º 1 do artigo 115.º*
- Conteúdo do convite no caso de consulta prévia – *acrescem as diversas alíneas do n.º 2 do artigo 115.º*

+

Indicação se as propostas apresentadas serão **objeto de negociação** e, neste caso:

- Quais os aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante não está disposta a negociar;
- Se a negociação decorrerá, total ou parcialmente, por via eletrónica e os respetivos termos;
- O critério de adjudicação e eventuais fatores/subfactores que o densificam (dispensando-se o modelo de avaliação)

# Tramitação – convite

- **Modo de formular o convite – artigo 115.º, n.º 4:** deve ser formulado por escrito
- **Para o convite e para a entrega da proposta não é obrigatória a utilização de plataforma eletrónica – artigo 115.º, n.º 4**
  - Os procedimentos poderão continuar a decorrer via fax ou por e-mail: pode ser fixado um modo diferente do previsto no artigo 62.º, n.º 1, através de qualquer meio de transmissão escrita e eletrónica de dados (art. 115.º/1/g)
  - Deve continuar a assegurar-se, no caso da consulta prévia, o envio simultâneo a todos os operadores;

# Tramitação – negociações

- Só existe no caso de haver mais do que uma proposta e a negociação tiver sido prevista no convite
- Objeto das negociações
  - As negociações devem incidir sobre os atributos das propostas, ou seja: sobre aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos:
    - Preço;
    - Prazo;
  - A distinção entre atributos das propostas e termos e condições
  - O direito dos concorrentes à negociação e o dever (dos mesmos) de negociar
  - Negociar e não transacionar (transação)

# Tramitação – negociações

## **Formalidades a observar – artigo 120.º:**

- convocatória – artigo 120.º, n.º 1;
- formato adotado para as negociações – artigo 120.º, n.º 2;
- elaboração de atas – artigo 120.º, n.º 3;
- dever de sigilo durante a fase de negociação – artigo 120.º, n.º 4

## **O modo de realização das negociações – artigo 120.º, n.º 2: trata-se de um critério discricionário da entidade adjudicante**

- Podem decorrer em separado, ou
- Em conjunto com os diversos concorrentes

# Tramitação – negociações

- **O princípio da alterabilidade das propostas:** os concorrentes devem ter idênticas oportunidades de propor, de aceitar e de contrapor modificações das respectivas propostas durante as sessões de negociação – artigo 120.º, n.º 4
- **Modo de representação dos concorrentes nas negociações – artigo 119.º:** os concorrentes podem fazer-se representar, bem como fazer-se acompanhar de técnicos nas sessões de negociação

# Tramitação – negociações

**Apresentação das versões finais integrais das propostas em prazo fixado pelo júri – artigo 121.º.** A existência de um duplo limite:

- Da proposta provisória (ou parcialmente provisória) à proposta definitiva: uma nova proposta ou apenas uma proposta (parcialmente) alterada/modificada?
  - As propostas não podem conter atributos diferentes dos constantes das respetivas versões iniciais no que respeita aos aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante tenha indicado não estar disposta a negociar (causa de exclusão – artigo 122.º, n.º 2)
- Depois de entregues as versões finais das propostas, não podem as mesmas ser objeto de quaisquer alterações: só aqui (ou só a partir daqui) vale o **princípio da inalterabilidade/intangibilidade das propostas.**

# Tramitação – audiência prévia e júri

- **Momento em que ocorre:**

Depois da elaboração, pelo júri, do Relatório Preliminar, no qual reflete a análise das versões iniciais e finais das propostas e a aplicação do critério de adjudicação, ordenando as propostas ou propondo a sua exclusão - artigo 122.º, conjugado com o artigo 146.º, n.ºs 2 e 3

- **Prazo da audiência – artigo 123.º:** não inferior a três dias (úteis) – **NOVO**

- **Novidade:** na consulta prévia passa a ser possível não ter júri (art. 67.º/3):

- Os procedimentos são conduzidos pelos serviços da entidade adjudicante
- O serviços assumem a função de júri
- Tem que ser decidido pelo órgão competente para a decisão de contratar

## Tramitação – Relatórios e eficácia

- **Elaboração do Relatório Final (art. 124.º):** possível exclusão de propostas ou reordenação das propostas, caso em que tem de existir uma nova audiência prévia
- **Envio do Relatório Final ao órgão competente para a decisão de contratar** – artigo 124.º, n.ºs 3 e 4
- **+ uma fase integrativa da eficácia** – artigo 127º, n.ºs 1 e 3:
  - A celebração de qualquer contrato na sequência de consulta prévia/ajuste direto deve ser publicitada no portal da Internet dedicado aos contratos públicos (base.gov), sob pena de ineficácia do contrato, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos (ineficácia financeira)

# Novidades na tramitação geral – minuta de contrato

- **Encurtamento do prazo para reclamar da minuta do contrato**
  - No ajuste direto e consulta prévia, são **dois dias** após a notificação da minuta (art. 101.º/*in fine*);
  - A notificação da minuta do contrato é, agora e em regra, feita com a decisão de adjudicação (art. 98.º/1)



Obrigado,

Pedro Matias Pereira

[p.pereira@telles.pt](mailto:p.pereira@telles.pt)