

ÍNDICE

DOCTRINA E COMENTÁRIO	3
A fixação de preço base abaixo do custo de mercado	5
NUNO CUNHA RODRIGUES	
A assinatura eletrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela Lei n.º 96/2015	45
LUÍS VERDE DE SOUSA	
As correções financeiras e a obrigatoriedade de reposição de Fundos Europeus por violação de regras de contratação pública	105
PAULO LINHARES DIAS	
O direito à reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos da obra: reflexões de ordem prática	135
PEDRO MELO / MARIA ATAÍDE CORDEIRO	
O preço contratual e o cálculo das percentagens dos trabalhos complementares	155
DÁRIO DOS ANJOS	
A influência da duração do contrato na implementação de políticas sociais e ambientais através da contratação pública	177
EDNALDO FERREIRA	
DOSSIER ESPECIAL SOBRE A CONTRATAÇÃO PÚBLICA PANDÉMICA	193
Procedimentos fechados no contexto de emergência e de estabilização ..	195
PEDRO MATIAS PEREIRA	
Ensaio sobre a Contratação Pública Pandémica	215
PEDRO SANTOS AZEVEDO	
Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos ..	247
MIGUEL LORENA BRITO	
SÍNTESES DE JURISPRUDÊNCIA	279

revista de contratos públicos

Dossier especial sobre a Contratação Pública Pandémica

Procedimentos fechados no contexto de emergência e de estabilização

PEDRO MATIAS PEREIRA

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Advogado

Sumário: 1. Introdução; 2. A concorrência e a sua restrição nos procedimentos fechados; 3. A contratação pública emergencial; 3.1. O regime excepcional de contratação pública (Decreto-Lei n.º 10-A/2020); 3.2. O ajuste direto emergencial; 4. A limitação dos procedimentos fechados e os interesses em causa.

Resumo: O texto aborda o tema da genérica limitação dos procedimentos fechados e as suas exceções, com especial enfoque no regime excepcional de contratação pública adotado no contexto da pandemia SARS-CoV-2. Considera-se, em particular, a premência de outros interesses, que no contexto de emergência mas também de estabilização, podem justificar a admissão mais abrangente daquele tipo de procedimentos.

Palavras-chave: *procedimentos por negociação (ajuste direto e consulta prévia); contratação pública emergencial; COVID-19; Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.*

Abstract: *In the text we address the limitation of negotiated procedures and its exceptions, focusing on the exceptional legal framework arising from the SARS-CoV-2 pandemic. We particularly considered other pressing interests (besides competition) that, in the context of emergency and stabilization, can recommend a broader acceptance of negotiated procedures.*

Keywords: *negotiated procedure without publication (direct award and prior consultation procedure); public procurement in an emergency situation; COVID-19; Decree-Law no. 10-A/2020, March 13th.*

1. Introdução

Os *procedimentos fechados* ou de *negociação direta* (no caso do ordenamento jurídico português, o procedimento de ajuste direto e, em certa medida, o procedimento de consulta prévia) não gozam de boa reputação e, essencialmente, por se reconhecer o risco de a possibilidade de escolha dos operadores a convidar (que é reconhecida às entidades adjudicantes) poder ser usada para prosseguir um fim distinto daquele que está na base da outorga de tal poder pela Lei, designadamente o do favorecimento de certos operadores económicos¹. É precisamente isso que ressoa na denominação, particularmente infeliz, do procedimento de *ajuste direto* – dela decorrem, mesmo entre os juristas, prefigurações de contratos adjudicados sem particular cuidado de verificação prévia da entidade a contratar ou da própria necessidade a satisfazer (quando não mesmo selados num corredor esconso da sede de uma entidade adjudicante com um simples e suspeito aperto-de-mão).

Aliado a esta imagética desfavorável, os procedimentos fechados têm contra si uma evolução legislativa fortemente restritiva da sua aplicação quando fundada no valor do contrato a adjudicar; a título de exemplo, um organismo de direito público poderia, na vigência da redação inicial do CCP, recorrer ao ajuste direto para adjudicar contratos de prestação de serviços até ao montante de 209.000 €²; hoje em dia, o limite aplicável é menos de 10% daquele montante: 20.000 €³.

Também no plano jurisprudencial o Tribunal de Contas tem advogado a limitação dos procedimentos fechados, manifestando uma clara preferência por procedimentos abertos e concorrenciais⁴, no que é secundado pelo Conselho para a Prevenção da Corrupção (“CPC”) que recomenda, além de uma redução no recurso ao ajuste direto, que seja “fomentada a

¹ Argumentando como o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio é “ainda encarado como uma ameaça para os princípios basilares [da contratação pública]”, v. Joana Duarte Costa & Cátia Sousa, «Procedimento por Negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso», *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 13, pp. 167-168.

² Cf. alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 de 28 de janeiro.

³ Cf. alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP na redação atualmente em vigor.

⁴ Cf., entre outros, Acórdão n.º 21/2013, de 18 de julho (processo n.º 548/2013).

concorrência através da consulta a mais de um concorrente”⁵. Aliás, essa jurisprudência e a recomendação do CPC veio a tornar-se *hard law*⁶ com a consagração, na reforma de 2017 do CCP, do procedimento de consulta prévia, que obriga ao convite a três operadores económicos e, sobretudo, com a previsão de um específico dever de adotar este procedimento quando a entidade adjudicante, legitimada a adotar um procedimento de ajuste direto com fundamento num critério de natureza material, entendes-se que esse concreto fundamento é compatível com o convite a várias entidades⁷.

Assim caracterizado o ambiente jurídico desfavorável ao procedimento de ajuste direto, poderia parecer que o mesmo é mais *tolerado* do que *necessário*. Mas não é assim. A recente necessidade de adotar, também no âmbito da contratação pública, medidas de prevenção, combate e mitigação da pandemia SARS-CoV-2, veio demonstrar a efetiva valia do procedimento de ajuste direto e, ao mesmo tempo, permite suscitar a questão sobre se a limitação daquele tipo de procedimento tem resultados efetivos, no domínio da transparência e da igualdade de tratamento (ou mesmo do combate à

⁵ Cf. Recomendação do CPC de 07/01/2015, respeitante à “Prevenção de riscos de corrupção na contratação pública”.

⁶ Apontando a jurisprudência do Tribunal de Contas como origem do *desdobramento do procedimento de ajuste direto*, v. Joana Duro, «A escolha do ajuste direto em função de critérios materiais», *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 18, pp. 70-71. Apesar disso, a sujeição do procedimento a (também) apertados limites financeiros e, bem assim, a sua sujeição aos limites à escolha das entidades a convidar (artigo 113.º do CCP) denota “uma certa (para não dizer total) desconfiança da capacidade de a obrigação de convidar, pelo menos, três entidades poder ser geradora de uma efetiva concorrência entre os convidados” – cf. Luís Verde de Sousa, «Alterações em Procedimentos», in Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE, *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2016, p. 19.

⁷ Sintetizando (e esclarecendo) como só é “possível recorrer ao Ajuste Directo se o fundamento invocado não permitir ou não for compatível com o recurso a mais do que uma entidade”, v. Vasco Moura Ramos, «Consulta Prévia», in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, p. 377 e ss. O Autor critica a solução por, na prática, exigir uma *fundamentação acrescida* e, em geral, por considerar “que a «concorrência acrescida» resultante da participação de diversos operadores não só não garante uma efectiva concorrência – pois continua a ser a Entidade Adjudicante a decidir quem convida a participar no procedimento –, como pode vir a causar entraves significativos à prossecução do interesse público” – cf. *idem*, p. 392.

corrupção), isto quando tudo aponta para que a fase de estabilização subsequente à pandemia seja marcada, no âmbito da contratação pública, por uma mais abrangente admissão de procedimentos fechados.

2. A concorrência e a sua restrição nos procedimentos fechados

Os procedimentos de contratação pública são instrumentos ao serviço da satisfação de necessidades públicas, mas a sua configuração pode realizar, ela própria, importantes interesses públicos, a começar pela concorrência⁸. Pode dizer-se, a este propósito e em geral, que quanto maior for o espectro do apelo à concorrência, melhor; isto é assim porque a maximização do número de concorrentes⁹ permite às entidades adjudicantes colher, da direta competição entre concorrentes, melhores propostas (em termos de preço, qualidade ou de outras condições contratuais). A melhoria que assim é induzida nas propostas resulta na concretização do *interesse público financeiro*¹⁰, conseguindo propostas mais favoráveis a esse interesse e, por isso, mais económicas. A existência de procedimentos concorrenciais assegura, deste modo, a realização da *igualdade concorrencial* – através da igualdade de tratamento dos concorrentes – e da *economicidade na aplicação dos recursos públicos*¹¹.

A realização destes objetivos está, no entanto, sujeita a um juízo do legislador quanto à que se revela ser a *medida certa* de concretização da concorrência. Quer isto dizer que, em certos casos, outros valores de interesse

⁸ A este propósito, referindo o contributo de Walter Leisner para o reconhecimento da concorrência como princípio constitucional e relembrando as concretizações legais nacionais (constitucionais e infraconstitucionais) da incumbência do Estado na promoção e preservação da concorrência, v. Pedro Costa Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 22, 23, 375 e 376.

⁹ Trata-se, nas palavras de Steven Shooner, da *maximização do uso efetivo da concorrência* – cf., do Autor citado, «Desiderata, objectives for a system of government contract law», *Public Law and Legal Theory Working Paper no. 37*, p. 4, disponível em www.papers.ssrn.com.

¹⁰ E, em geral, do interesse público subjacente ao contrato a adjudicar, designadamente nos casos em que a avaliação de propostas inclua aspetos qualitativos.

¹¹ Há, por isso, uma espécie de relação causa-efeito entre a garantia de concorrência e a eficácia e boa utilização dos dinheiros públicos.

público podem também merecer tutela e determinar soluções “menos concorrenciais”¹². Por outro lado, haverá, também, casos em que a própria *ratio* da adoção de procedimentos concorrenciais não se justifica porque a procura pública se desenrola numa área em que não há concorrência (ou não há *verdadeira* concorrência).

No primeiro conjunto de casos, são outros interesses públicos a justificar a exceção à regra da atribuição concorrencial da adjudicação. É o caso paradigmático da fixação, pelo legislador, de um critério de valor que permite a utilização de procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia¹³. Perante a oposição entre a *celeridade* e o *interesse público da concorrência*, a lei admite (algum) sacrifício do segundo para proteger o primeiro.

No segundo conjunto de casos, a dispensa da utilização de procedimentos concorrenciais radica na sua imprestabilidade para a adjudicação do contrato. Por exemplo, não faz sentido adotar um concurso público quando se sabe de antemão que – por motivos técnicos ou relacionados com a proteção de direitos de propriedade intelectual – apenas uma entidade é capaz de cumprir as prestações incluídas no caderno de encargos, pelo que a lei, coerentemente, isenta tais situações da obrigatoriedade de um procedimento que não seria mais que um *ritual*, demorado e oneroso, para adjudicar o contrato a um operador cuja identidade se conhecia antecipadamente.

¹² Defendendo que o ajuste direto pode representar a solução *mais vantajosa* para a entidade adjudicante, “nomeadamente quando existe uma clara definição de que as entidades adjudicatárias serão as mais indicadas e as mais eficientes para realizar determinado esforço pago pelo Estado”, ou “quando a entidade adjudicante são agentes do Estado em situações que envolvem montantes reduzidos, em que os custos de negociação são crescentes com a dilatação temporal e com a extensão do número de membros do grupo decisor, assim como em situações de resposta corrente a necessidades emergentes”, v. Paulo Reis Mourão e Carlos Silva, «O Ajuste Directo em Portugal – do enquadramento legislativo ao enquadramento económico», in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 625-626. Em sentido semelhante, reconhecendo que a *primazia de procedimentos abertos* (que reflete a vocação inspiradora das normas da contratação pública no princípio da concorrência) pode ceder perante a “necessidade de escolha de procedimentos que convocam uma menor participação em casos justificados”, v. Ana Raquel Gonçalves Moniz, «Princípios da Contratação Pública», *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 11, pp. 48-50.

¹³ Cf. alíneas *c* e *d*) do artigo 19.º, alíneas *c* e *d*) do n.º 1 do artigo 20.º e alínea *c*) do n.º 2 do artigo 21.º, todas do CCP.

Podemos ainda autonomizar um terceiro grupo de casos em que o universo concorrencial relevante é objeto de uma presunção: a possibilidade de adotar concursos públicos, mas sem que ao seu anúncio seja dada publicidade internacional (no Jornal Oficial da União Europeia – “JOUE”). O que acontece nestes casos é que o CCP, em cumprimento das Diretivas europeias da contratação pública, admite que os contratos cujo valor se situe abaixo dos limiares de aplicação daquelas diretivas possam ser adjudicados através de concurso público sem publicidade internacional. Subjacente a esta opção do Direito europeu, seguida pelo ordenamento jurídico nacional, está a noção de que contratos até certo montante¹⁴ têm um *interesse económico reduzido*¹⁵ e, por isso, não suscitarão o interesse dos operadores económicos de outros Estados-Membros, detendo uma “*dimensão transfronteiras limitada*”¹⁶. Deste modo e sendo o contributo que tais contratos podem dar para a consolidação de um *mercado europeu dos contratos públicos*¹⁷ quase nulo, quaisquer eventuais vantagens advenientes da publicidade internacional são presumidas irrelevantes, permitindo-se o apelo apenas com publicidade nacional.

As razões subjacentes à atual habilitação para a adoção do procedimento de concurso público sem publicidade internacional, também eram as que autorizavam o CCP a, na sua redação inicial, fazer coincidir os limites de valor para a adoção do ajuste direto (com base no valor) para parte das entidades adjudicantes (especificamente para os organismos de direito público) com os limiares de aplicação das Diretivas, algo de que o legislador do CCP se

¹⁴ Atualmente tais critérios financeiros estão refletidos no artigo 474.º do CCP:

- Para contratos de empreitada: 5.225.000 €;
- Para contratos de aquisição de serviços e para contratos de locação ou aquisição de móveis: 135.000 € (Estado)/209.000 € (outras entidades);
- Para contratos de serviços sociais (e outros): 750.000 €.

¹⁵ Cf. Acórdão *Coname*, proc. C-231/03, de 21 de julho, do Tribunal de Justiça da União Europeia.

¹⁶ Cf. considerando 114 da Diretiva 2014/24/EU.

¹⁷ Sobre a configuração deste mercado e de como a sua promoção “serviu, num primeiro momento, a realização dos objetivos de integração europeia – designadamente a criação do mercado único –, [e] é hoje, por força das difíceis circunstâncias que os países europeus atravessam (e de uma mais abrangente conceção dos efeitos económicos da contratação pública), um mecanismo de realização de políticas públicas anticíclicas”, v. Pedro Matias Pereira, «A promoção das PME na contratação pública: as novas diretivas», *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, vol. LVII, 2015, pp. 241-250.

vem afastando significativamente, como notámos no ponto anterior, com a restrição daqueles limites de valor.

Essa evolução tem por base uma ponderação que é essencialmente nacional, no sentido em que o legislador europeu não a determinou; pelo contrário, a Diretiva 2014/24/UE, relativa à adjudicação dos contratos públicos reconhece, no seu Considerando 50, que “[o procedimento de negociação sem anúncio pode ser adotado nos casos em] que desde o início seja evidente que a publicação [do anúncio] não fomentará mais concorrência nem melhores resultados do concurso, nomeadamente por só existir, objetivamente, um operador económico capaz de executar o contrato”.

3. A contratação pública emergencial

A necessidade de dotar as entidades adjudicantes de mecanismos que permitam dar resposta à emergência relacionada com a situação epidemiológica do novo Coronavírus – COVID 19 constitui um bom exemplo, teórico e prático, das virtualidades do procedimento de ajuste direto¹⁸ ou, para usar as palavras do legislador europeu, demonstra como a negociação direta pode ser a forma de obter melhores resultados para a realização dos interesses públicos subjacentes à necessidade pública a satisfazer.

3.1. O regime excecional de contratação pública (Decreto-Lei n.º 10-A/2020)

O legislador nacional avançou, logo a 13 de março de 2020, com um *regime excecional de contratação pública*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, entretanto alterado pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril. O regime centrava-se, essencialmente, nas mais amplas possibilidades de utilização do procedimento de ajuste direto e nos requisitos de eficácia dos contratos assim adjudicados.

¹⁸ Notando como o recurso ao ajuste direto – à flexibilização dos seus pressupostos – tem constituído “*padrão comum*” aos diferentes regimes excecionais de contratação pública, enumerando os referidos regimes, v. José Duarte Coimbra, Marco Caldeira & Tiago Serrão, *Direito Administrativo da Emergência*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 87.