



Ana Maria Filipe dos Santos Dias

**CONTRATAÇÃO PÚBLICA – RELEVÂNCIA DOS CRITÉRIOS
DE ADJUDICAÇÃO NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS
PÚBLICOS, NO PRESENTE E NUMA ANÁLISE DE FUTURO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses / Menção em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins.

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANA MARIA FILIPE DOS SANTOS DIAS

**CONTRATAÇÃO PÚBLICA – RELEVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE
ADJUDICAÇÃO NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, NO
PRESENTE E NUMA ANÁLISE DE FUTURO**

PUBLIC PROCUREMENT – RELEVANCE TO THE AWARD CRITERIA FOR
PUBLIC PROCUREMENT TRAINING IN THE PRESENT AND THE FUTURE

Orientador: Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses / Menção em Direito Público.

Coimbra, 2017

Agradecimentos

A elaboração desta dissertação é o resultado de uma forma de estar na vida, determinada e resiliente.

Com família, carreira profissional e formação académica tardiamente iniciada, só mesmo uma grande dedicação, esforço, e paixão, fez com que eu chegasse a este patamar.

Tratou-se assim de um percurso solitário e solidário que muito contribuiu o apoio de diversas pessoas.

Assim, agradeço: ao Jorge, companheiro de uma vida, pela presença e apoio constante, à Carla Alexandra, à Ana Carolina e ao Jorge Filipe, pilares da minha existência, pelo amor e atenção que me dedicam.

Por último, agradeço ao meu pai, que muito contribuiu para eu ser a pessoa que sou.

“ Só as pessoas com formação são livres.”

Epicteto

RESUMO

A Contratação Pública, ao nível da formação dos contratos públicos, assume importância relevante nos quadrantes socioeconómicos do Estado, sendo merecedora de uma abordagem relativamente aos procedimentos adjudicatórios em vigor, concretamente no que respeita aos critérios de adjudicação na formação dos contratos públicos, tendo em conta a dinâmica contratual entre entidades adjudicantes, operadores económicos e sociedade em geral.

Atendendo às alterações em curso no contexto legislativo nacional, na sequência da publicação de três Directivas no JOUE, em 28/03/2014, em matéria de Contratação Pública, pretende-se fazer a ligação dos critérios de adjudicação no âmbito da formação dos contratos públicos em vigor, enunciando as alterações plasmadas nas ditas Directivas, e as consequências decorrentes da transposição destas, para o Direito Português, segundo uma perspectiva pessoal.

No âmbito do direito comparado, faz-se alusão, ainda que de forma breve, sobre os procedimentos adjudicatórios ao nível da Contratação Pública, bem como em alguns casos, ao enquadramento histórico dos contratos públicos. As regras jurídicas, e preceitos normativos implementados, a forma como se realiza a Contratação Pública nos Estados mencionados, as quais, e em alguns deles, espelham a primazia de factores políticos que estão subjacentes a tais tomadas de posição, em detrimento, a factores socioeconómicos, e ambientais, apesar de terem suporte na legislação portuguesa vigente.

O Estado, na qualidade de autoridade adjudicante, e no exercício da sua actividade de prossecução do interesse público deve, com a abertura do procedimento concursal ter presente que lhe assiste o dever legal de proceder à adjudicação. A adjudicação firma-se em critérios, critérios estes que foram alvo de alterações legislativas no âmbito do Direito Comunitário, concretamente com o Directiva 2014/24/UE.

Com os critérios de adjudicação efectivam-se as relações contratuais entre as entidades públicas e os operadores económicos (privados), no âmbito dos contratos públicos.

Actualmente são dois os critérios de adjudicação em vigor, conforme preceitua o art.º 74º do CCP, os quais são objecto de alteração, cfr. pontos 89 e 90 do preâmbulo da Directiva e art.ºs 67º e 68º da Directiva 2014/24/UE, consistindo a alteração mais visível,

na concreta forma como se irá proceder à escolha por parte da entidade adjudicante, sobre qual o critério a lançar no procedimento adjudicatório.

Nesta medida, os critérios da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante e da proposta do mais baixo preço, são substituídos, predominantemente, pelo da proposta economicamente mais vantajosa, em termos económicos segundo o ponto de vista da entidade adjudicante, designadamente, ponderando uma abordagem custo-eficácia, custos do ciclo de vida, podendo, nessa medida, aferir-se a melhor relação qualidade-preço.

No decurso de todo o processo de análise, podem/devem estar subjacentes outros critérios que incluam aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objecto do contrato público em causa.

Cabe à entidade adjudicante especificar a ponderação atribuída a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa, excepto se esta for escolhida com base no preço.

A Directiva 2014/24/UE deixa, no entanto, ao critério dos Estados-Membros o poder de decisão quanto à proibição ou restrição da utilização exclusiva do preço ou custo como critério avaliador da proposta economicamente mais vantajosa, se assim considerarem adequado.

ABSTRACT

Public procurement, and especially writing public contracts, is of great importance in socio-economic sectors of the State, so careful attention should be given to current procedures for awarding contracts, and in particular to the criteria for awarding contracts, taking in to account the contractual dynamic between contracting authorities, economic operators and society at large.

Given the changes currently being made in the context of Portuguese legislation since the publication of the three directives on public procurement in the OJEU of 28/03/2014, the aim of this work is to make a link between the criteria used in awarding public contracts already in force, the alterations in the aforementioned directives, and the consequences for Portuguese law resulting from the changes they bring, from a personal

prospective.

In comparative law, mention is made, even if only briefly, of procedures for awarding contracts for public procurement as well as, in some cases, the historical context of public contracts. The legal rules, legislative provisions implemented and the way public procurement is carried out in the States mentioned, often reflect the pre-eminence of underlying political factors, rather than socio-economic and environmental factors, despite there being legislation in force to support these issues in Portuguese law.

As the contracting authority, the State, which has the responsibility for acting in the public interest, should, at the time of opening tender procedures, remember its legal duty in awarding contracts. Awarding a contract is based on criteria, and these criteria have been subject to legal changes under EU law, specifically from Directive 2014/24/EU.

Using the award criteria, contractual relationships are established between public entities and (private) economic operators in the guise of public contracts.

There are currently two award criteria currently in force, according to article 74 of the CCP (Portuguese Code of Public Contracts), which are subject to change, cf. points 89 and 90 of the preamble of the directive and articles 67 and 68 of the Directive 2014/24/EU. This is the most visible alteration regarding which criterion is used in the procurement process, and will have a direct effect on the procedure for how the contracting authority will choose contract winners.

With these new measures, the criteria for the most economically advantageous proposal for the contracting authority and the lowest price proposal are replaced, predominantly, by criteria seeking the most economically advantageous proposal in economic terms from the standpoint of the contracting authority, which means looking at cost-efficiency and life-cycle costs to assess which is the best proposal in terms of price-quality.

During the process of analysis, other underlying criteria can and must be accounted for, including qualitative, environmental and/or social factors linked to the public contract in question.

The contracting authority is responsible for specifying the thinking behind how and what criteria are chosen to determine the most economically advantageous proposal, except where the choice is based solely on price.

Directive 2014/24/EU does, however, leave it to the discretion of member states

as to whether there is a prohibition or restriction on using price or cost as the sole criterion in evaluating the most economically advantageous proposal, should they consider that to be sufficient.

PALAVRAS – CHAVE:

Contratos Públicos; Contratação Pública; Procedimentos de Adjudicação; Critérios de Adjudicação; Novas Directivas Comunitárias; Directiva 2014/24/UE; Transposição para o Direito Nacional.

KEYWORDS:

Publics Contracts; Public Contracting; Procurement Procedures; Award criteria; New Community Directive; Directive 2014/24/EU; Transposition into National Law.

SIGLAS E ABREVIATURAS

BCE	Banco Central Europeu
BOT	Build, Operate, Transfer
BM	Banco Mundial
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
CE	Comissão Europeia
CEDIPRE	Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
DBFO	Design, built, finance and operate
DCMF	Design, Construct, Maintaint and Finance
FMI	Fundo Monetário Internacional
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LCPA	Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso
LOE	Lei do Orçamento do Estado
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
PIB	Produto Interno Bruto
PME	Pequenas e Médias Empresas
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal de Contas
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Documento Organizador do funcionamento da União, o qual determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências.
TRÓICA	Originária da palavra russa troika, que designa um comité de três membros. É composta por uma equipa de consultores, analistas e economistas (FMI, BCE, CE), responsáveis pela negociação com os países que solicitaram um pedido de resgate financeiro de forma a consolidar as suas contas públicas.
UE	União Europeia

INDICE

INTRODUÇÃO	Pág. 10
DISPOSIÇÕES GERAIS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	Pág. 12
1. Análise histórica dos contratos públicos	Pág. 12
2. Breve retrospectiva da Contratação Administrativa em Portugal	Pág. 13
3. O Direito Europeu em matéria de Contratação Pública	Pág. 14
4. As Directivas comunitárias e a Contratação Pública em Portugal	Pág. 19
PRINCÍPIOS GERAIS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	Pág. 25
ENQUADRAMENTO JURÍDICO	Pág. 34
1. Contratos com regulação no CCP	Pág. 34
1.1. Contratos Públicos	Pág. 34
1.2. Contratos Administrativos	Pág. 36
DIRECTIVA 2014/24/EU E OS CONTRATOS PÚBLICOS	Pág. 40
A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO COMPARADO	Pág. 44
1. Análise em contexto restrito	Pág. 44
ADJUDICAÇÃO DOS CONTRATOS versus DESPESA PÚBLICA	Pág. 49
1. Procedimento de adjudicação	Pág. 49
2. Critérios de Adjudicação	Pág. 57
3. Proposta economicamente mais vantajosa	Pág. 62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	Pág. 68
BIBLIOGRAFIA	Pág. 71
JURISPRUDÊNCIA	Pág. 74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho¹, base da dissertação de mestrado em Ciências Jurídico Forenses (modelo pós-Bolonha), surgiu da ideia de realizar um estudo cujo tema assenta nos procedimentos de adjudicação no âmbito da celebração dos contratos públicos, o qual se encontra plasmado na Parte II, Título II, Capítulo VII do Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº18/2008 de 29 de Janeiro, e alterado pelo Decreto-Lei nº149/2012, de 12 de Julho. De salientar ainda a abordagem às Directivas comunitárias, concretamente à Directiva 2014/24/UE, as quais encontram-se em análise pelo legislador português, cujo anteprojecto já foi objecto de consulta pública.

Todo o processo de pesquisa e de investigação doutrinal e jurisprudencial subjacente ao tema “ critérios de adjudicação” a que nos propomos desenvolver, estará assente numa análise temática ao nível da Contratação Pública, e nos contratos públicos em particular.

A ideia de associação do particular à realização do interesse público parece ter-se desenvolvido verdadeiramente na Europa a partir do século XIX, apesar de as raízes da actividade contratual da Administração Pública serem muito antigas.

A reforma no contencioso administrativo que se verificou com as alterações em 2004, reflectiram-se profundamente ao nível da Contratação Pública, originando uma verdadeira noção de contrato público, de inspiração comunitária.

O recurso ao contrato como instrumento normal de actuação administrativa enquadra-se numa lógica de gestão pública que conduz, entre outras consequências, à “substituição do ato de autoridade unilateral da administração pela negociação com os contratantes e o abandono da autotutela declarativa e executiva da administração”.²

Houve assim necessidade de se rever normas previstas no CPA, como é o caso do contrato público, a introdução de um elenco de princípios de cariz pública (contratação pública) administrativa, e um novo regime de invalidade, resultando a elaboração de um verdadeiro *códex* dos contratos públicos.

A internacionalização do Direito dos Contratos Públicos resulta da própria globalização das relações socioeconómicas entre os Estados e que cada vez mais

¹Trabalho redigido ao abrigo das regras anteriores ao acordo ortográfico de 1990.

² Vital Moreira in “Nova Gestão Pública” e “Direito Administrativo”, RLJ, ano 142, Janeiro-Fevereiro de 2013, pp. 184 e 185

influenciam as estruturas jurídicas internas. A globalização tornou urgente com a integração europeia a uma certa unicidade de procedimentos contratuais públicos, para que funcione como União e os Estados-Membros actuem como integrantes da União Europeia, com uma mesma e única disciplina na área da Contratação Pública, daí resultando a europeização dos contratos públicos.

Com as Directivas de 2004 e 2007, pretendeu o legislador comunitário que se desse uma aproximação entre os tradicionais regimes jurídicos de contratação pública na Europa, bem como a criação de um maior rigor jurídico aplicável à Contratação Pública, com o intuito de uma real integração europeia dos Estados-Membros.

Porém, o CCP não se restringe aos contratos abrangidos pelas Directivas, aplicando-se, tendencialmente, a todo e qualquer contrato celebrado pelas entidades adjudicantes nele previstas cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (art.º 1.º e 16.º, n.º1 do CCP).

A alteração do quadro legal europeu em matéria de contratos públicos, que se verifica com as três novas Directivas de Contratação Pública, Directiva 2014/23/UE, Directiva 2014/24/UE e Directiva 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, publicadas no JOUE, de 28 de Março de 2014, impõe a revisão do enquadramento jurídico nacional nesta matéria.

A matéria em equação, subjacente ao nosso trabalho, recai sobre os procedimentos adjudicatórios que se afiguram dotados de grande relevância ao nível técnico procedimental, na medida em que, tendo estes como objecto a adjudicação do direito à celebração de um contrato através do qual se constitui com um dos concorrentes uma relação jurídica contratual por parte da Administração, ainda que se trate de uma relação de execução instantânea, prevê-se que sejam alvo de alterações, conforme estatui o art.º 67.º da Directiva n.º 2014/24/UE.

A sua análise, numa perspectiva que se pretende inovadora, tem por base essas mesmas alterações legislativas comunitárias, factor preponderante na nossa escolha para desenvolver e defender um trabalho de investigação, atenta a época de alteração legislativa na área da Contratação Pública que actualmente se encontra em germinação.

DISPOSIÇÕES GERAIS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

1. Breve análise histórica dos contratos públicos

Desde que o Estado é Estado que existe Contratação Pública.³

É na actividade da Administração Pública tipicamente liberal do século XIX, que se encontra a origem próxima da actual actividade contratual pública.

As relações da Administração com os particulares alicerçavam-se por um lado na necessidade daquela em obter quem fizesse obras de requalificação e/ou melhoramentos no património do Estado a um preço inferior, requisitando para tanto, empreiteiros e fornecedores particulares.

Só posteriormente, a Administração Pública requisitou os particulares para o fornecimento de bens e serviços.

Foi em pleno século XIX, numa Europa em franco progresso, que nasceram os contratos de concessão de serviços públicos. Foram contratos inicialmente celebrados como se de contratos do direito privado se tratassem, a rigidez e estabilidade desses contratos favorecia o contraente privado, colocando entraves à Administração Pública quanto à actualização do serviço prestado atentas as exigências do interesse público.

Da inadequação do contrato de direito privado relativamente às exigências do interesse público, nasce em França o contrato administrativo.

Só em meados dos anos trinta, do século XX, se deram profundas alterações nas relações entre o Estado e os seus co contraentes com vista a avançar para uma verdadeira situação de colaboração e de convivência relacional no âmbito contratual legalmente estabelecida.

Estamos numa época de mudança de orientações políticas, é o tempo de passagem do Estado Liberal para o Estado Social, época de grandes alterações na actividade contratual da Administração Pública.

Vários factores estão subjacentes a estas alterações, por um lado, o Estado verifica que os particulares ao procurarem minorar os seus prejuízos em prole do eterno objectivo da Administração que é diminuir os gastos, tal traduzia-se na redução da qualidade dos serviços prestados.

³ Fernando Oliveira Silva in A Regulação dos Contratos Públicos-Modelo para uma Autoridade Reguladora, Almedina, 2016, p.19.

Com o Estado Providência, deu-se um aumento da posição do Estado ao nível social e económico. Resultou dessa nova forma de encarar a sociedade em geral por parte das instâncias políticas aliado o espírito dinamizador e altruísta com vista a proporcionar melhores condições de vida aos cidadãos por parte do Estado, o qual aumentou grandemente a sua actividade participativa na sociedade.

A Administração Pública passou a ter uma maior participação social e económica, com o incremento de novos projectos, a criação de novas infra-estruturas, com mais obras públicas, resultado da alteração da postura da Administração perante a sociedade em geral e do aumento participativo daquela em particular, a substituição de contratos de concessão de obras públicas pela celebração de contratos de empreitada de obras públicas, e ainda o aumento das concessões de serviços públicos.

2. Breve retrospectiva da contratação administrativa em Portugal

Em Portugal, como em outros países que absorveram a doutrina e a influência francesa, a utilização de contratos de direito administrativo foi inicialmente admitida para satisfazer as necessidades de gestão: Execução de obras, aquisição de bens e prestação de serviços do domínio público.

A evolução em Portugal da legislação em matéria da formação de contratos da Administração Pública remonta a meados do século XIX, onde se verifica a existência de diversa legislação, com regimes especiais de celebração e execução de contratos administrativos.⁴

Estes contratos detinham a reserva de poderes por parte da Administração Pública, *ius imperii* - poderes de direcção, considerados imprescindíveis para a prossecução da realização do superior interesse público, assegurando a supremacia do contraente público, inexistindo igualdade entre as partes, ao contrário do que se verifica no direito privado (princípio da liberdade contratual—artº405º CC), e poderes de modificação ou rescisão, que provocavam alguma instabilidade na relação contratual, contrariamente ao *Pacta Sunt Servanda* típico dos negócios privados (artº406º CC).

O alargamento dos fins a cargo deste novo Estado Providência, prestador de bens e serviços aos administrados justifica, não apenas o crescimento da máquina administrativa

⁴ Maria João Estorninho in O Curso de Direito dos Contratos Públicos por uma Contratação Pública Sustentável, Almedina, 2014, pp.22 e ss..

mas também a proliferação dos contratos, como instrumento privilegiado de colaboração de particulares com a Administração, nas referidas tarefas de prestação de bens e serviços.⁵

O Decreto-Lei nº. 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o CCP, veio adoptar dois conceitos polarizados que abrangem por um lado, a contratação administrativa (formação do contrato) e por outro, o regime substantivo da relação contratual (execução do contrato).

3. O Direito Europeu em matéria de Contratação Pública

Foi de grande importância e relevância o sector da Contratação Pública ao nível do mercado europeu. O Direito Europeu dos Contratos Públicos assenta num conjunto de princípios fundamentais, consagrados pela primeira vez no Tratado de Roma e transpostos para diplomas nacionais na sequência de Directivas comunitárias, bem como jurisprudência nacional que aplica normas comunitárias, de tudo resultando uma visível e progressiva *europeização* dos contratos públicos.

O Direito Comunitário desconhece a figura do contrato administrativo o que, aliás, se compreende, tanto porque, em virtude da diversidade dos referidos modelos tradicionais, as regras comunitárias nesta matéria não puderam, à partida, aspirar a ser mais do que um mero mínimo denominador comum, como porque as razões subjacentes ao estabelecimento deste regime comunitário são muito diversas daquelas que historicamente determinaram a criação jurisprudencial da figura do contrato administrativo, em França.⁶

O que está subjacente ao regime comunitário de Contratação Pública prende-se em última instância, com o objectivo de realização do mercado único e a observância dos princípios do Tratado de Roma.

A europeização dos contratos públicos resulta do facto das relações contratuais públicas estarem, em si mesmas, cada vez mais internacionalizadas. O desenvolvimento das relações económicas entre os Estados tornou, cada vez mais frequentes, os contratos celebrados entre Estados e entidades estrangeiras, quer se tratem de entidades privadas ou de outras entidades públicas, e sobre as mais variadas matérias.

Resulta da internacionalização dos contratos públicos, a desnacionalização do regime jurídico aplicável aos referidos contratos a perda por parte dos Estados do domínio

⁵ Maria João Estorninho, ob. cit. p.21

⁶ Maria João Estorninho, ob. cit. p.61

sobre o regime dos seus contratos públicos, a harmonização dos princípios subjacentes à Contratação Pública, como seja a transparência, a publicidade e a concorrência, princípios estes que impõem severas restrições à sua tradicional liberdade de escolha dos seus contraentes.

É vital a importância que a internacionalização dos contratos públicos assume actualmente, ao nível dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Membros, com a assunção, por estes, das regras externas cuja influência assume enorme importância, inclusive ao nível da conceptualização jurídica.

O Direito Comunitário detém enorme influência nos modelos tradicionais de contratação nos diversos países europeus e, bem assim, ao nível mundial, através do *BM* e do *FMI*, a que se acrescenta a difusão de diversos conceitos contratuais respeitantes ao financiamento privado de equipamentos e serviços públicos, nomeadamente em torno das fórmulas *BOT*, *DCMF* ou *DBFO*, que se traduz no recurso que vem sendo ultimamente recorrente a novas técnicas de financiamento, generalizadas pelas áreas como a construção de infra estruturas (estradas, pontes, túneis, construção de hospitais, escolas) e de prestação de serviços (tecnologia de ponta, militar), as quais têm por base o esquema de concessão.⁷

As Directivas de 2004, criaram novos procedimentos, sedimentando no direito interno dos Estados-Membros, um regime de coordenação e de regulamentação na Contratação Pública. Acresce que tal resultado não se deve somente à transposição das aludidas Directivas, tal resulta também da criação de regras interpretativas que decorrem dos princípios do direito comunitário no âmbito da Contratação Pública, fora das Directivas.

As mudanças mais significativas resultantes destas Directivas de 2004 passaram pelos “critérios de adjudicação”, e pelo incentivo à prossecução de políticas secundárias, de natureza social ou ambiental.

Assim, a adjudicação passou a basear-se em critérios objectivos que assegurassem o respeito aos princípios da transparência, da não discriminação, da igualdade de tratamento, daí resultando a garantia na apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva.

Passaram a admitir-se dois critérios de adjudicação, o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante e o do preço mais baixo.

⁷ Maria João Estorninho, ob. cit. pp. 71 e 72

O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) também tem tido um papel preponderante e determinante na génese e na evolução do Direito Comunitário, na medida em que tem vindo a estabelecer os termos da interpretação das regras constantes das Directivas.

Fazendo-se menção a alguns acórdãos do TJUE, nesta matéria, começa-se por frisar a questão fundamental da relação entre o Direito Comunitário e o direito interno dos Estados-Membros, toma-se em consideração o princípio do primado do Direito Comunitário, salientando-se que, inicialmente, ao contrário dos regulamentos, entendia-se que as Directivas não eram, por si só, susceptíveis de produzirem efeitos na ordem jurídica interna dos Estados-Membros, sendo que, progressivamente, foi o artº189º, 3º do Tratado, interpretado no sentido de serem reconhecidas às Directivas, no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados, efeitos jurídicos e normativos tidos com maior assentimento por parte destes.

Neste seguimento, invoca-se como sendo um dos acórdãos mais significativos, o *Acórdão Van Duyn*, Proc.41/74, de 4 de Dezembro de 1974, o qual veio reconhecer o efeito directo vertical das Directivas, sempre que preenchessem os requisitos de clareza, precisão, suficiência e incondicionalidade normativas, o que trouxe alterações significativas a favor dos particulares, já que estes puderam, a partir daqui, vir invocar os seus direitos e interesses contra as autoridades públicas, decorrido o prazo para a transposição e se tal ainda não tivesse ocorrido.

No âmbito dos critérios de adjudicação e na sua conformação com o Direito Comunitário da escolha, na adjudicação de um contrato, *in casu*, veja-se o *Acórdão Concordia Bus*, de 17 de Janeiro de 2002, Proc. C-513/99. O objecto do contrato firmava-se na aquisição de autocarros. Atendendo ao preço global, à qualidade do material e gestão da qualidade ambiental, tendo em conta a redução da emissão de gases poluentes e o nível de poluição sonora dos veículos, o Tribunal decidiu que a entidade adjudicante podia tomar em consideração critérios relativos à protecção ambiental, desde que tais critérios se relacionassem directamente com o objecto do contrato, e não conferissem à entidade uma liberdade de escolha incondicional, devendo os mesmos ser expressos no anúncio do concurso ou no caderno de encargos, respeitando os princípios comunitários, nomeadamente, o da não discriminação.⁸

⁸ Maria João Estorninho ob. cit. p.89

A crescente regulamentação comunitária em matéria de Contratação Pública vem bulir, quer com a ideia tradicional nos sistemas de inspiração francesa, de autonomia substantiva de alguns contratos da Administração, em face dos demais contratos da Administração Pública e em face dos contratos celebrados por particulares, quer com os critérios tradicionais de repartição de competência jurisdicional nesta matéria.⁹

As novas Directivas de 2014, sobre contratos públicos invocam os desafios referidos na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão Europeia de 3 de Março de 2010, e intitulada “Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, como um dos instrumentos de mercado, assegurando simultaneamente, a utilização mais eficiente dos fundos públicos, bem como incentivar o emprego e a inclusão social. De acordo com Bruxelas, “face às atuais limitações orçamentais”, a eficácia da Contratação Pública tornou-se uma prioridade para os países da União Europeia, até porque os contratos públicos representam cerca de 18 por cento do PIB da UE.

Adicionalmente, os constrangimentos económicos têm incentivado as entidades públicas a agregarem as suas necessidades com o intuito de obterem economias de escala (e, assim, conseguirem uma redução dos preços e dos custos das transacções) e de melhorar e profissionalizar a gestão dos contratos públicos.

A centralização das compras permite, deste modo, significativas poupanças para as entidades. Estimulado este formato, é regulada a forma como deverão ser realizadas as compras, referindo que a agregação e a centralização das aquisições deverão ser “atentamente acompanhadas para evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio de forma a preservar a transparência, a concorrência, bem como as oportunidades de acesso ao mercado para as PME”.

O ponto 78 do preâmbulo da Directiva 2014/24/UE, diz-nos que os contratos públicos deverão ser adaptados às necessidades das Pequenas e Médias Empresas (PME), sugerindo assim a divisão em lotes em função dos sectores em apreço, devendo o conteúdo dos contratos individuais ser adaptado aos sectores especializados desta tipologia empresarial.

Apesar de existirem três Directivas distintas, as orientações contempladas são transversais a todas elas, apontando para a transparência, a salvaguarda da concorrência e

⁹ Maria João Estorninho ob. cit. p.81

para a qualidade do serviço.

As regras da União Europeia em matéria de Contratação Pública, não pretendem abarcar todas as formas de despesa pública, mas apenas a aquisição de obras, fornecimentos ou serviços, a título oneroso.

Importa especificar que essa aquisição de obras, fornecimentos ou serviços deverá ficar sujeita à aplicação da directiva 2014/24/UE, quer seja efectuada por compras, locação financeira ou outras formas contratuais.¹⁰ Pretende-se assim, permitir que as entidades adjudicantes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objectivos sociais comuns, como a protecção do ambiente, a maior eficiência na utilização dos recursos e da energia, a luta contra as alterações atmosféricas, a promoção da inovação, do emprego e da inclusão social e a criação das melhores condições possíveis para a prestação de serviços públicos de elevada qualidade.

Há a salientar ainda que às finalidades tradicionais da contratação pública, vieram somar-se novas preocupações. A tomada de consciência de que a Contratação Pública, a par dos seus objectivos imediatos pode servir como instrumento de realização das mais variadas políticas públicas, nomeadamente, ambientais e sociais.

Em tempos de crise, importa salientar que houve em 2012, a preocupação por parte Administração Pública, representada a nível contratual pelas entidades adjudicantes, de exercerem o seu poder de modo social e ambientalmente responsável.

Porque não a existência de uma Administração Pública preocupada, não só em “comprar” em perfeita obediência aos princípios em que assenta a Contratação Pública, mas também impor aos adjudicatários a utilização de materiais de construção “amigos do ambiente” ou, a contratação de uma certa percentagem de trabalhadores que estejam desempregados.

O Livro Verde de Janeiro de 2011, sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, no início do processo de revisão das Directivas de 2004 sobre contratos públicos, sob o lema *Para um mercado dos contratos públicos mais eficientes na Europa* invoca entre outras, propostas no sentido de que as entidades adjudicantes utilizem os contratos públicos para apoiar objectivos sociais comuns, incluindo a protecção do ambiente.¹¹

¹⁰ Directiva 2014/24/UE

¹¹ Maria João Estorninho ob. cit. p.419, “tradicionalmente as directivas sobre contratos públicos prevêm regras sobre “como comprar”, dando liberdade às entidades adjudicantes para decidir sobre o “que comprar”,

Como coordenar tudo isto, numa época difícil que se vem sentindo em termos económicos e sociais um pouco por todo o mundo. Como deverá a Europa comunitária emergir da apatia e de algum “desfalecimento” económico, em que se encontra, e que se repercute nas relações contratuais dos Estados-Membros, no caso em concreto, Portugal, para voltar a deter um papel na sociedade civil de empreendedorismo, e de dinâmica socioeconómica.

Na União Europeia não se deixou de sentir de forma intensa estes tempos de crise e os Estados-Membros ditos “mais pobres”, sendo mais expostos, por serem economicamente mais frágeis, mais débeis, foram os que mais sentiram esse desequilíbrio económico-financeiro, e que mais dificuldades têm em se reerguer nesta “encruzilhada” que são os interesses económicos, políticos e financeiros, que estão por detrás da conjuntura de “crise” que se vive actualmente na Europa comunitária.

Como tratar de tais temas no seio da Contratação Pública e como fazer com que estes sejam integrados no seu regime jurídico. Qual o novo paradigma de Direito dos Contratos Públicos adequado aos novos e difíceis tempos?¹²

A Directiva 2014/23/UE, a Directiva 2014/24/UE e a Directiva 2014/25/UE, surgem sob o signo da flexibilização e sustentabilidade.

4. As Directivas Comunitárias e a Contratação Pública em Portugal

Inovador no direito português foi a transposição para a ordem jurídica interna das Directivas comunitárias nº 71/304/CEE e nº 71/305/CEE, com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 235/86, de 18 de Agosto, relativo às empreitadas de obras públicas.

A principal inovação prendeu-se com o critério de adjudicação, o qual passa a ser o da proposta mais vantajosa, devendo o programa e o anúncio do concurso mencionar os factores previstos.

Trata-se de uma imposição restritiva ao poder discricionário da Administração, na medida em que esta vai ter que, previamente, estabelecer critérios de decisão, não

definirem as características das obras, produtos ou serviços que melhor respondem às suas necessidades (desde que sejam transparentes e não discriminatórias). Ora, no Livro Verde propõe-se que, para além das regras procedimentais (como comprar), as directivas abram a porta à imposição de requisitos obrigatórios às suas entidades adjudicantes ou à previsão de incentivos para orientar as suas decisões sobre os bens e serviços a contratar (“o que comprar”).

¹² Maria João Estorninho ob. cit. pp. 417 e 418

permitindo que a Administração faça uma escolha automática devendo, antes, tornar público o critério a adoptar, para que os potenciais concorrentes possam saber aquilo com que podem/devem contar.

Neste diploma, prevê-se pela primeira vez a possibilidade de rejeição das propostas com preço anormalmente baixo, pois este critério, “apetecível” à Administração, redundava em contratos imersos na falta de transparência.

O CPA aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91 de 15/11, em matéria de actividade contratual administrativa, procurou consagrar uma série de princípios gerais. Em relação ao processo de formação dos contratos, estabeleceu o CPA que a regra para a celebração de contratos administrativos fosse o concurso público.

A revisão do CPA em 1996, através do Decreto-Lei nº 6/96 de 31/01, em matéria de procedimentos pré-contratuais, adaptou o Código ao novo regime de concursos públicos previsto no Decreto-Lei nº 55/95 de 29/03.

O Decreto-Lei nº 197/99, de 8/06 veio mais tarde, a transpor para a ordem jurídica interna a Directiva nº 92/50/CEE de 18/06, a Directiva nº 93/36/CEE de 14/06 e a directiva nº 97/52/CE de 13/10, estabelecendo o regime de realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como a Contratação Pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços.

Se há matéria onde as alterações decorrentes da reforma do contencioso administrativo 2002/2004 são muito profundas ela é, sem dúvida, a da Contratação Pública. A reforma do contencioso administrativo português fez-se sentir da necessidade de uma verdadeira noção de contrato público, de inspiração comunitária, retirando do ponto de vista processual consequências da evolução em matéria de regimes aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais, que se vinha a verificar.

A transposição das Directivas de 2004 para o direito interno português foram fundamentais para a concretização do acervo legislativo ao nível da Contratação Pública, na medida em que provocou a codificação, não só resultante da transposição das Directivas em causa, concretamente, a Directiva 2004/17/CE e a Directiva 2004/18/CE, como também houve a preocupação de se repensar na variada legislação relativa a procedimentos pré-contratuais a qual, para além de dispersa, estava recheada de incoerências.¹³

Com a publicação do Decreto-Lei nº 18/2008 de 29/01, que determinou a entrada

¹³ Maria João Estorninho, ob. cit. p.268

em vigor do Código dos Contratos Públicos, pretendeu o legislador português transpor para o ordenamento jurídico nacional as Directivas comunitárias relativas à celebração de contratos públicos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, daí resultando o estabelecimento da disciplina aplicável à Contratação Pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de Contrato Administrativo, e por outro lado, a codificação num único documento, dum conjunto de normas extravagantes, uniformizando os procedimentos pré-contratuais aí previstos.

Posteriormente em 2007, a Directiva nº 2007/66 CE de 11/12 versa sobre o tema da melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos, veio fechar um ciclo evolutivo no Direito Europeu dos Contratos Públicos, correspondente a um período de crescente exigência dos regimes jurídicos aplicáveis à Contratação Pública acompanhando, ao longo de décadas, o processo de aprofundamento da própria integração europeia.¹⁴

Em época de crise e com a entrada da *Tróica* em Portugal, o *Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, acordado entre o Estado Português, a UE, o FMI, o BCE, resultaram alterações ao regime jurídico aplicável aos contratos públicos.

Em Maio de 2012 o Governo aprovou alterações ao CCP, visando o cumprimento do referido acordo com a *Tróica*. Enumeram-se algumas alterações legislativas ao nível do CCP, e que se mostraram de uma enorme importância no funcionamento das instituições públicas ao nível contratual, como foi o caso da eliminação das excepções à aplicação integral do regime de Contratação Pública de que beneficiavam as instituições públicas do ensino superior constituídas sob a forma de fundação, os hospitais constituídos sob a forma de entidade pública empresarial, as associações de direito privado que tivessem como principal finalidade a ciência e a tecnologia e os laboratórios do Estado, passando todas estas instituições a submeter-se, em pleno, ao regime jurídico da Contratação Pública, regulado no CCP.

A revisão do regime de erros e omissões, surge em resposta a alguns problemas práticos que se colocavam às entidades adjudicantes e aos operadores económicos, salientando-se ainda, a introdução de modificações no regime jurídico dos ajustes directos, com a alteração dos valores máximos contratuais, v.g. as aquisições de bens móveis, de

¹⁴ Maria João Estorninho, ob. cit. p.113

serviços e de contratos de locação por ajuste directo passaram de 200 mil euros para um limite de 75 mil euros; no caso das empreitadas o limite para a realização por ajuste directo que podia chegar até um milhão de euros, passou a ter o limite de 150 mil euros.

As presentes medidas resultam das normas jurídicas presentes no Decreto-Lei nº 149/2012, de 12/07.

Com a publicação no JOUE em 28/03/2014, de novas Directivas em matéria de Contratação Pública, a Directiva 2014/23/UE sobre a adjudicação de contratos de concessão, a 2014/24/UE relativa aos contratos públicos e que revoga a Directiva 2004/18/CE, a 2014/25/UE quanto aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, esta revoga a Directiva 2004/17/CE, bem como a Directiva nº 2014/55/UE, de 16/04, relativa à facturação electrónica nos contratos públicos, pretende-se a implementação de uma maior desburocratização, simplificação, maior celeridade e flexibilização nos procedimentos na formação dos contratos públicos, com vista a uma maior eficiência, eficácia e a promoção a um fácil acesso dos operadores económicos dos Estados-Membros nas relações contratuais com as várias administrações.

Assim, urge tecer algumas considerações sobre as alterações destas Directivas e a sua transposição, o que obriga o legislador português a proceder a uma revisão do CCP ou *in extremis* elaborar um novo Código.

As novas Directivas visam acelerar e dotar de maior eficácia os procedimentos de Contratação Pública. Com o crescimento económico e a redução dos défices em mente, procura-se diminuir os custos, concentrando energias na procura pela melhor oferta.

Pretendem as novas Directivas que se encontrem soluções tendentes a beneficiar a entidade adjudicante.

Concretamente, e no que diz respeito aos contratos de concessão que passam a ser regulados para que os cidadãos da UE possam beneficiar de qualidade ao melhor preço, com o objectivo de suprir a inexistência de regras claras neste domínio onde actualmente impera alguma insegurança jurídica, e obstáculos à livre prestação de serviços, criando algumas vicissitudes funcionais no mercado interno.

No que diz respeito aos operadores económicos, as novas Directivas procuram desburocratizar e acelerar todo o procedimento, promovendo a competitividade.

A flexibilidade é um dos objectivos-chave das novas Directivas.

Segundo STALZER, a estrutura destas é similar às ora derogadas, mas cujas alterações irão permitir obter melhores resultados.¹⁵

A transposição destas Directivas no direito interno português, no estrito cumprimento das obrigações europeias resultantes de uma decisão mais política do que técnica, deseja-se que não seja feita de forma acrítica, mas sim de forma participada e ponderada, aproveitando-se para alterar aspectos do Código em vigor que careçam de aperfeiçoamento, mas sem cair na tentação de se proceder à elaboração de um novo Código.

Por outro lado também as regras comunitárias aplicáveis aos procedimentos de formação de contratos públicos têm subjacente uma determinada mundividência, uma concepção ideológica do que deve ser o mercado único europeu, traduzido no espírito de livre circulação de bens e serviços.

Importa então saber em que medida os ideais comunitários se revêm em cada Estado-Membro, ou melhor, se os ideais comunitários são consentâneos com as políticas de cada Estado, e se estes consideram aqueles ideais como sendo os mais adequados. Até porque numa União Europeia, com dezenas de Estados, com características tão díspares e graus de desenvolvimento tão heterogêneos, pode bem suceder que a adopção das mesmas medidas em cada um dos países apenas contribua para perpetuar e agravar os desníveis já existentes entre si,¹⁶ resultando daí um forte desequilíbrio entre Estados ricos e Estados pobres dentro da própria União.

O mercado comum favorece a intervenção dos Estados pobres, mas na realidade tal não se verifica, dado que estes não beneficiam, efectivamente, de tal prerrogativa face ao mercado interno dos Estados ricos. A defesa da concorrência pelo Direito Europeu, nesta perspectiva, não deixa de ser uma forma camuflada de esconder verdadeiras relações coloniais no espaço europeu.

Se as Directivas constituem formalmente, instrumentos de aproximação entre os Estados-Membros ao nível de uniformização legislativa, assumem na prática, meios de diferenciação económica entre os vários Estados.

Constituirão estas Directivas uma mais-valia no Direito Público Português ao

¹⁵ Carlos Sérgio Madureira Rodrigues in Dissertação de Mestrado Entre a Contratação Pública Ecológica e a Contratação Pública Sustentável-Compreender o presente, transpor o futuro, Coimbra, 2014.

¹⁶ Epública, Rev. Electrónica de Direito Público, Breves Reflexões sobre a transposição das Directivas de Contratação Pública de 2014, nº.5, 2015, p.8, “A crise: Um novo Direito Administrativo?”, in AA.VV., A Crise e o Direito(coord. Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra), Almedina, Coimbra, 2013, p.212

nível da Contratação Pública, já que a alteração do quadro legal europeu dos contratos públicos impõe a revisão do enquadramento jurídico nacional nesta matéria?

Em que medida deverá ser realizada esta revisão?

De forma minimalista, alterando-se o estritamente necessário para adaptar o nosso quadro legal às alterações que o direito comunitário impõe ou, na esteira de Maria João Estorninho “deverá o legislador nacional ser mais ambicioso”.

Foi nomeada pelo Governo uma comissão responsável pela elaboração do anteprojecto correspondente ao diploma de transposição¹⁷ destas Directivas, para o ordenamento jurídico nacional. O anteprojecto de revisão do CCP de 01/08/2016, foi submetido a consulta pública, visando a simplificação, a desburocratização e a flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista ao aumento da eficiência e da qualidade da despesa pública.

¹⁷ Desp. N.º.2969/2015 da Presidência do Conselho de Ministros e dos Ministérios das Finanças e da Economia, de 17/03/2015, in DR, 2ªS, de 24/03/2015. Proposta de alteração do CCP de 01/08/2016 com consulta pública do anteprojecto de revisão disponível no Portal do Governo e no Portal BASE.

PRINCÍPIOS GERAIS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A legalidade de um procedimento de Contratação Pública requer o estrito cumprimento da lei, onde se incluem os princípios normativos.

Com os princípios normativos faz-se também menção às regras jurídicas, numa abordagem a diferentes espécies de normas jurídicas e o papel destes normativos na resolução de casos concretos. Os princípios e a sua compatibilidade com vários e diferentes graus de concretização, como seja a ponderação e a harmonização, as regras com toda a sua exigência normativa prescritiva.

Os princípios são normas que oferecem uma solução de princípio (um sentido *prima facie* de regulação) – “ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades de facto e jurídicas”, sendo compatíveis com vários e diferentes graus de concretização, consoante o seu peso e valia no caso da vida (ponderação e harmonização), as regras por outro lado, são “normas que prescrevem uma exigência”.

No Direito Público, e mais concretamente no âmbito da Contratação Pública, os princípios jurídicos são elementos essenciais que “servem de base autónoma de deveres, direitos ou faculdades dos sujeitos dos procedimentos adjudicatórios”.¹⁸

Os princípios estruturantes da Contratação Pública no domínio procedimental, encontram-se plasmados no art.º 1.º, n.º4 do CCP “à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”.

As Directivas comunitárias fazem referência aos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência (art.º2º da Directiva 204/18/CE e art.º10º da Directiva 2004/17/CE). O Tribunal de Justiça na maior parte das vezes, construiu um sistema coerente e organizado de princípios que serve de fundamento autónomo das suas decisões, isto é, já não é necessário invocar as normas do Tratado ou da legislação comunitária em que assenta o reconhecimento do sistema e seus princípios. Estamos a falar dos princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade, da protecção ou tutela jurisdicional efectiva.

A existência destes princípios comunitários da Contratação Pública, os quais gozam do primado que se reconhece ao direito comunitário face às normas ou princípios do direito interno tem duas consequências. Por um lado, a densificação e aplicação dos

¹⁸ Rodrigo Esteves de Oliveira in *Princípios Gerais da Contratação Pública*, Estudos da Contratação Pública I, Coimbra Editora, 2008, p.54.

princípios dos procedimentos de adjudicação pelas entidades (administrativas e judiciais) nacionais não deve limitar-se a uma leitura interna, segundo a lei, a doutrina e a jurisprudência, devendo antes ter-se em consideração, o sentido e alcance que os princípios correspondentes têm recebido da jurisprudência comunitária, por outro lado, a qual é derivada desta, é a da permanente importância e relevo jurídico dos princípios comunitários que, apesar da transposição para o direito interno, como sucedeu com o CCP, funcionam eles próprios com parâmetros de validade das leis internas e das suas opções em matéria de Contratação Pública.¹⁹

No âmbito da Contratação Pública são relevantes não só os princípios específicos desta matéria, mas também os princípios gerais da actividade administrativa consagrados na Constituição e no CPA, ou seja, podemos dizer que à Contratação Pública se aplicam todos os princípios gerais do direito interno desde que não conflituem, ou sejam contraditórios, com o plano ou programa normativo ordenador da matéria a tratar.

Os princípios jurídicos da Contratação Pública, não coexistem apenas com os princípios gerais da actividade administrativa, pois tais princípios coexistem também com os princípios comunitários com objecto idêntico.

Atendendo ao quadro geral das relações entre o direito interno e o direito da União Europeia, importa ter consciência de que a densificação dos princípios em matéria de contratação, não pode ignorar no direito interno, os desenvolvimentos do direito da União.

A jurisprudência europeia em matéria de contratos públicos foi contribuindo, ao longo de décadas, para a densificação daqueles que podem ser considerados como verdadeiros princípios gerais do Direito Europeu dos Contratos Públicos. Estamos a falar dos princípios da concorrência, da igualdade, da publicidade, da não discriminação, da transparência, da estabilidade.

A estes princípios ditos clássicos da contratação pública veio juntar-se mais recentemente, o princípio da sustentabilidade ambiental e social.

Os princípios estruturantes da contratação pública como a transparência, a concorrência e a igualdade, são hoje estes fundamentais que suportam toda a contratação pública, concretamente no domínio procedimental e que não podem ser postergados, conforme dispõe o n.º 4 do art.º 1º do CCP.

¹⁹ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira in Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2016, pp.179 a 182

A introdução destes princípios no direito público, concretamente na adjudicação de contratos, resultou da evolução da jurisprudência europeia.²⁰ Neste contexto, a tarefa quanto à interpretação das normas relativas à adjudicação dos contratos há-de ser, necessariamente, co-determinada pelos princípios aplicáveis à contratação pública.

Não é demais salientar o que nos dita o artigo 2º, do TUE, o qual apresenta um elenco de cinco princípios fundamentais da União Europeia, que incluem a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de Direito, e o respeito pelos direitos do Homem, tudo concretizado na *inter alia*, pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

O TUE refere-se ainda aos princípios da cooperação leal entre a UE e os Estados-Membros, da subsidiariedade e da proporcionalidade e Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, participação, e transparência. A estes associam-se outros princípios de forma expressa ou implicitamente é o caso, da igualdade e não discriminação, da protecção social, da tutela do ambiente, da defesa dos consumidores, da promoção da investigação tecnológica, coesão social e territorial da União.²¹

O TJUE vem, insistentemente, decidindo que a transparência só se afirma, uma vez assegurada aos potenciais concorrentes a celebração de um contrato público adequado.

Por outro lado, não é demais ainda salientar que, relativamente às obrigações de publicidade e transparência, algumas das regras previstas nas novas Directivas fomentam o conluio entre concorrentes, e portanto, minam potencialmente a concorrência nos procedimentos pré-contratuais.²²

A violação da publicidade tem diferentes consequências: estando em causa a decisão de contratar relativamente à qual se imponha a publicação de anúncios no Diário da República e no JOUE, a consequência será a nulidade; tratando-se da falta de publicidade, a consequência será em regra a anulabilidade; em alguns casos poderá estar em causa a ineficácia, como sucede quando não seja publicitado o contrato celebrado na sequência de um procedimento de ajuste directo, conforme dispõe actualmente o artº127º do CCP.

²⁰ Nas directivas de 2004 figuravam os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e a obrigação da transparência, art.2º da Directiva 2004/18/CE, e artº10º da Directiva 2004/17/CE

²¹ Rev. de Contractos Públicos, nº11, Reforma Europeia da Contratação Pública, CEDIPRE, Almedina, 2016, pp.32 e 33

²² Epública, Breves Reflexões sobre a transposição das directivas de contratação pública de 2014, pág.8, e Carmem Estevam de Quesada, "Competition and transparency in public procurement markets" in Public Procurement Law Review, nº5, 2014, pp. 229 a 244

O artº.1º, nº4 do CCP, faz expressa menção do princípio da concorrência, como princípio fundamental da contratação pública.

O princípio da concorrência tem aplicação nos procedimentos de adjudicação, vg. o modelo de avaliação das propostas, sendo potenciado pela utilização de mecanismos rigorosos. A primordial importância que este princípio goza, está desde logo vertida no artº5º, nº1 do CCP, na medida em que estão excluídos da Parte II do aludido diploma, os contratos cujas prestações não sejam susceptíveis de estar abrangidas à concorrência de mercado.

O princípio da concorrência consiste na ideia de acesso público de todos os interessados aos procedimentos de contratação. Está em causa a ideia de que o universo concorrencial não é definido pela entidade adjudicante, antes se verificando uma apresentação pública de propostas (no concurso público) ou de candidaturas (no concurso limitado, no procedimento de negociação e no diálogo concorrencial).

Contra a onipotência do “sacrossanto princípio da concorrência” se pronunciou Mark Kirkby que, com particular veemência, observou que tal princípio exerce uma verdadeira “tirania” em matéria de Contratação Pública e que, no entendimento rígido e maximalista que usualmente lhe é dado pela Comissão Europeia, pode inclusivamente conduzir ao sacrifício de outros princípios igualmente relevantes, como os da prossecução do interesse público e da eficiência administrativa.²³

Na esteira do que se tem vindo a referir relativamente à observância dos princípios gerais da contratação pública: a concorrência, a igualdade, a transparência, ditamos o Acórdão nº, 32/2011 de 28/11 – 1ªSecção – Processo nº. 587/2011 do Tribunal de Contas, que o TJUE vem, insistentemente, decidindo que a transparência só se afirma, uma vez assegurada aos potenciais concorrentes a celebração de um contrato público adequado. O TJUE, no conteúdo do Acórdão “Teleaustria – Proc.º. C-324/98 – o qual em nome das obrigações de transparência, preconiza a adopção de um grau de publicidade que permita assegurar a concorrência e controlar a imparcialidade dos processos de adjudicação, já o Acórdão proferido no caso “Benet Moustén Vestergaard” – 2001 – proc.n.C-59/00, diz, sem equívoco, que a observância obrigatória das regras fundamentais do Tratado, ainda que tais contratos se mostrem excluídos da subordinação às Directivas comunitárias no que

²³ Epública, Breves Reflexões sobre a transposição das directivas de contratação pública de 2014, nº.5, 2015, p.8, e “Public Contracts at the Epicenter of the crisis: Pondering the Variable Intensity of the Competition Principle”, in *European Review of Public Law*, Vol. 25, nº1, Spring 2013, pp. 233 a 244

tange à contratação pública e, por último, o Acórdão “Parking Brixen” – proc.n.C-458/03, insiste na salvaguarda da transparência, entendida como modo de garantir aos eventuais concorrentes a publicidade necessária, também indutora da abertura do mercado à concorrência.

Acresce ainda e, sem prejuízo da enumeração de outros princípios, o não favorecimento ilegítimo, a imparcialidade e a publicidade, princípios estes que perpassam pelas regras fundamentais inscritas no Tratado.

O princípio da tipicidade é um dos princípios que estão subjacentes à contratação pública, na medida em que, as entidades adjudicantes estão obrigadas a adoptar determinados procedimentos para a celebração dos contratos, tal como previsto, designadamente, no artº16º do CCP.

Quer isto dizer que, as entidades adjudicantes não podem adoptar um procedimento que não esteja previsto na lei ou adoptar um procedimento legalmente previsto sem que se verifiquem os respectivos pressupostos legais.

O princípio da igualdade opera ao nível do tratamento dos interessados nos procedimentos, ao qual deve estar subjacente a equidade em toda a actividade procedimental.

Os art.ºs 5º e 6º do CPA, impõem que a Administração Pública, nas suas relações com os particulares, se reja pelos princípios da igualdade e da imparcialidade, abstendo-se assim, de privilegiar ou beneficiar algum administrado ou, ainda, de o privar de algum direito para cujo exercício detenha legitimidade. Tratam-se de normas que se encontram constitucionalmente consagradas no artº266º, nº2 da CRP.

Em geral, relativamente aos princípios e critérios de adjudicação, declara-se que a adjudicação deve basear-se em critérios objectivos que assegurem o respeito pelos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva.²⁴

No entanto, tais princípios estão longe de esgotar os princípios aplicáveis à matéria da actividade administrativa. Salientam-se de igual importância e aplicáveis a todos os contratos administrativos, os princípios da legalidade, da boa-fé, da proporcionalidade e da estabilidade.

Já em relação ao princípio da responsabilidade está subjacente o acto implícito da

²⁴ Maria João Estorninho ob. cit. p. 429

contratação, na medida em que a prática de actos ilegais por parte das entidades, como sejam os titulares de órgãos, bem como trabalhadores podem vir a ser responsabilizados civil, financeira, disciplinar e criminalmente.

Sobressai neste contexto um princípio especial no âmbito da Contratação Pública, trata-se do princípio da prossecução do interesse público, subjacente ao dever de boa administração (o gestor deve actuar como um *bonus pater familias*).

No âmbito geral dos princípios supra enunciados coexistem outros interligados a estes, como é o caso do princípio da estabilidade, que constitui uma projecção do princípio da boa-fé.

Para além dos princípios jurídicos fundamentais da contratação pública que valem para qualquer suporte físico ou em suporte electrónico dos respectivos procedimentos, existem ainda e, na medida em que actualmente se vem dando cada vez mais preferência às comunicações electrónicas e às singularidades do modo de transmissão, acesso e arquivo de dados, há a salientar ainda, alguns princípios próprios da Contratação Pública (electrónica), que o legislador, de forma expressa inculcou na Portaria n.º 701-G/2008 – dando uma importância decisiva no desenrolar e na sanção do respectivo procedimento e seus actos. Destacam-se neste campo, os princípios da disponibilidade, do livre acesso, da interoperabilidade e integridade.

As Directivas agora em análise, a directiva 2014/23/UE, a directiva 2014/24/UE e a directiva 2014/25/UE, incluem preceitos dedicados aos “Princípios da contratação”, determinando assim a subordinação dos poderes públicos aos princípios enquanto corolário do princípio do Estado de Direito e da juridicidade, no contexto particular do direito da União Europeia.²⁵

Um dos objectivos das novas Directivas é melhorar a transparência na generalidade dos procedimentos concursais, o que se traduz na imposição, para as entidades adjudicantes, de documentar todos os passos dados e publicitar todos os documentos de forma tempestiva e completa, veja-se o caso do procedimento concorrencial com negociação (ponto 45 do preâmbulo e artº29º da Directiva 2014/24/UE).

No caso da Directiva 2014/24/UE, objecto do nosso estudo, dita-nos o artº18º, que as autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios

²⁵ Ana Raquel Gonçalves Moniz in “Princípios da Contratação Pública”, Rev. Contractos Públicos, nº11, CEDIPRE, Reforma Europeia da Contratação Pública, 2016, p.28

da igualdade de tratamento e da não-discriminação, devendo actuar de forma transparente e proporcionada.

Há ainda a salientar que os concursos têm de ser organizados tendo em conta a aplicação da presente Directiva, não devendo reduzir artificialmente a concorrência.

A concorrência é reduzida artificialmente quando se constatar que houve o intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos. Acresce ainda que “os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral, estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções colectivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral constantes do anexo X”.

Em termos de elencar a preocupação do legislador comunitário quanto aos princípios da contratação pública que resulta da evolução jurisprudencial europeia, salienta-se que também as Directivas 2014/25/UE e 2014/23/UE, não deixam de ter plasmados princípios que evidenciam o reflexo que a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem na sua identificação, bem como no contexto da sua sistematização no Direito da União Europeia, que faz a distinção entre princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros e princípios decorrentes do próprio Direito Europeu.

No que respeita aos direitos nacionais dos Estados-Membros, a subordinação da contratação pública a princípios resulta do princípio da juridicidade da acção pública inerente ao princípio do Estado de Direito.

A Contratação Pública tem-se assumido de forma preponderante e acentuada nos modelos de análise económica do direito, pelo que, a referência a princípios reforça, desde logo, o pendor normativo na criação de uma normatividade jurídica específica, e não apenas economicista, como traduz a actuação dos poderes políticos.

Contudo, a referência aos princípios da Contratação Pública, possui um outro alcance, na medida em que se pretende que estes princípios sejam vistos como compromissos éticos.²⁶ Um dos grandes problemas nas relações contratuais público-privadas, no âmbito da função administrativa que se poderá verificar, são a existência eventualmente de fenómenos de corrupção, os quais desvirtuam os princípios e valores a

²⁶ Ana Raquel G. Moniz, “Princípios da Contratação Pública” in Rev. De Contractos Públicos n.º.11 CEDIPRE, p.38

que se deve pautar um Estado de Direito, representado por uma Administração Pública que prime pela imparcialidade, transparência, objectividade, isenção e neutralidade. Estranhamente, durante o procedimento de aprovação das Directivas desapareceu um segmento normativo que se referia à prevenção de práticas de corrupção.²⁷

No direito comunitário a maioria dos princípios da contratação pública já existem nos Estados-Membros e a sua abordagem neste panorama jurídico reveste-se de especificidades face à evolução nacional, que importa salientar.

Assim, o princípio da igualdade de tratamento, não discriminação e transparência encontram-se plasmados nas directivas de 2004, a que se junta com as novas directivas o princípio da proporcionalidade.

Na jurisprudência do TJUE, salienta-se o princípio da concorrência e, no plano processual, o princípio da tutela jurisdicional efectiva.

Ainda no âmbito da jurisprudência comunitária, o TJUE considerou incompatível com os princípios comunitários uma lei, que relativamente a contratos não sujeitos às Directivas, previa a exclusão automática de propostas de preços anormalmente baixos com base em critérios matemáticos (Secap, 15.5.2008).

As Directivas aplicam-se a determinados tipos de contratos, ou mais concretamente, a determinados procedimentos de adjudicação. Poder-se-ia pensar que o alcance dos princípios seria circunscrito ou limitado, mas tal não é o propósito do legislador comunitário.

Na verdade, o regime de formação dos contratos acaba por ir mais além e atingir o próprio contrato administrativo, não se limitando à fase pré-contratual, sendo acolhida não só pelo artº72º da Directiva 2014/24/UE, como também pelo artº43º da Directiva 2014/23/UE e artº89º da Directiva 2014/25/UE.

Destarte, e se de evolução se tratar, com os princípios da contratação, erigidos como fundamentais pelas Directivas comunitárias que se encontram actualmente em estudo normativo-jurídico pelo legislador português, salientando-se, concretamente, a Directiva 2014/24UE, no seu artº18º, por nós objecto de estudo, aponta como fundamentais os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação, da transparência, da proporcionalidade e da concorrência.

Embora se constate existir pelo legislador comunitário uma preocupação em

²⁷ Ana Raquel G. Moniz, ob. cit. p.39

matéria ambiental, social e laboral, dado que obriga ao respeito a uma coexistência pacífica para com o ambiente, pela sociedade em geral e pelas relações laborais, tal não configura um princípio normativo mas constitui antes uma norma destinada a salvaguardar a observância, pelos operadores económicos, em especial, os adjudicatários, às disposições internacionais e nacionais em matéria ambiental, social e laboral.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

1. Contratos com regulação no CCP

1.1. *Contratos Públicos*

O CCP adopta dois conceitos polarizadores, embora em grande medida sobreponíveis, para efeitos de delimitação do respectivo âmbito de aplicação, que abrange por um lado, a contratação administrativa, que tem a ver com a formação do contrato e, por outro lado, o regime substantivo da relação contratual que trata da execução do contrato.

Destarte, o CCP configura uma noção ampla de contrato público, delimitada pela função dos outorgantes, com o intuito final da aplicação de um certo regime procedimental de formação contratual, regulado na parte II do diploma normativo em análise, e no seguimento do estipulado nas Directivas Europeias.

O conceito legal de contrato público, conforme preceitua o artº1º, nº2, abrange todos os contratos celebrados no âmbito da função administrativa, independentemente da sua designação e natureza, ou seja, mesmo que sejam de direito privado e desde que, um dos sujeitos outorgantes seja uma das entidades adjudicantes referidas no artº2º do CCP.

O âmbito objectivo fundamental de aplicação da Parte II do CCP, é o dos contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (art.º 5º, nº.1 *a contrario* artº16º, nº.1 ambos do CCP), desde que celebrados por qualquer das pessoas colectivas abrangidas pelo âmbito subjectivo do CCP (art.ºs 2º, 3º, 7º, e 8º do CCP).

O artº16º, nº2 do CCP, considera como submetidas à concorrência de mercado as prestações típicas dos contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis, aquisição de serviços e sociedade. Os contratos a que se refere o artº16º, nº1 do CCP são ou de colaboração ou de atribuição. No entanto, os procedimentos previstos na parte II do citado diploma legal, estão funcionalmente direccionados, em particular, para a formação dos contratos de colaboração para a escolha de propostas.²⁸

²⁸ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos in *Contractos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D. Quixote, 2ªedição Reimpressão, 2010, pp. 86 e 87

Excluídos da aplicação, não de todo o CCP, mas da sua Parte II, além daqueles que não se reconduzam à cláusula geral de submissão à concorrência de mercado, nos termos do art.º 5º, n.º.1 do CCP, estão os contratos a celebrar por uma das pessoas colectivas referidas no art.º.2º do CCP com uma outra entidade sobre cuja actividade a primeira, isoladamente ou em conjunto, com outras pessoas colectivas referidas no art.º2º do CCP, exerça um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e aquela entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias pessoas colectivas que sobre ela exerçam o referido controlo, são os chamados *contractos in house* - art.º5º, n.º.2 do CCP.

São cinco os tipos de procedimentos pré-contratuais gerais previstos no art.º16º, n.º.1 do CCP. Assim sendo e, conforme preceitua o citado normativo legal, para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adoptar um dos seguintes tipos de procedimentos: ajuste directo; concurso público; concurso limitado por prévia qualificação; procedimento de negociação e diálogo concorrencial e ainda, dita o n.º.2 do citado artigo que, consideram-se submetidos à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objecto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação e natureza, a empreitada de obras públicas; a concessão de obras públicas, a concessão de serviços públicos, a locação ou aquisição de bens móveis, a aquisição de serviços e a Sociedade.

A escolha do procedimento pressupõe a ponderação da sua adequação ao objecto da contratação.

Não é indiferente para os operadores económicos, sobre qual a opção tomada pela entidade pública, pois tal escolha pode, *ab initio* perfilar uma pluralidade de interessados impedidos de outorgar contratos públicos quando a escolha se baseie em critérios materiais na escolha do procedimento, conforme preceitua o disposto nos art.º.s 23º a 30º do CCP. Daí a necessidade de se efectuar, após a tomada de uma decisão quanto ao procedimento a seguir, de forma clara e transparente, a uma tomada de posição fundamentada, sem se encontrar dependente de factores externos que permitam um afrouxar de posições.

O Tribunal de Contas revela-se zeloso na censura do abuso do recurso a ajustes directos indevidamente fundamentados na urgência imperiosa, para subtrair a outorga de contratos ao contexto de mercado, o que “conduz a uma injustificada omissão de recurso

público o qual, sendo obrigatório, determina a nulidade da adjudicação e, consequentemente, do contrato por falta de elemento essencial”.²⁹

O CCP contém regras especiais para determinação dos procedimentos pré-contratuais para celebração de contratos que digam directamente respeito a uma ou a várias actividades exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e do serviços postais a celebrar pelas entidades adjudicantes nos termos do artº7º, nº1 do CCP.

1.2. Contratos Administrativos

Há outro conceito que o CCP estabelece e que é tendencialmente mais restrito: o de contrato administrativo, celebrado por contraentes públicos, entre si ou com co-contratantes privados, para efeitos de aplicação do regime substantivo de execução dos contratos, a que se reporta a parte III, em que uma das partes, pelo menos, há-de pertencer à categoria dos “contraentes públicos”, conforme resulta do disposto no artº3º do CCP.

Importa delimitar os conceitos de entidade adjudicante e contraente público, na medida em que tal não possa ser alvo de confusão.

Entidade adjudicante é o conceito mais abrangente porque engloba, conforme já mencionado, todas as entidades a que se aplica o artigo 2º do CCP, mas está funcionalmente reservado à fase pré-contratual, que se dirige essencialmente à adjudicação de uma proposta.

Já contraente público, reporta-se à fase de execução do contrato emergente da proposta adjudicada, aplicando-se no entanto apenas, às entidades adjudicantes referidas no nº.1 do artº2º do CCP; às entidades do nº.2 quando os contractos por estas celebradas sejam submetidos a um regime substantivo de direito público e, ainda, a quaisquer entidades que celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas.

O âmbito de aplicação objectivo do CCP abrange, ainda, o acto administrativo substitutivo de contrato administrativo (nº.3 do artº1º do CCP).

Sem prejuízo de lei especial, reveste a natureza de contracto administrativo o acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes ou somente entre contraentes públicos, que se integram nas categorias a que alude o disposto no artº1º, nº. 6, alºs a), b), c) e d), do CCP.

²⁹ CEDIPRE ONLINE, João Henriques Pinheiro in Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação, Fevereiro/2011, p.47

A opção política pela codificação da matéria da contratação pública resultou do facto de estarmos perante uma situação de franca insuficiência no que dizia respeito à disciplina dos contratos administrativos no CPA.

O CCP não formulou expressamente uma noção de contrato administrativo, tendo antes optado por enunciar, no seu artº1º, nº6, diversos critérios alternativos para a sua identificação. Estes critérios funcionam tendo subjacente um pressuposto comum, conforme já referido, estarmos perante um acordo de vontades, em que pelo menos uma das partes deve tratar-se da administração ou de um “contraente público” segundo a terminologia do artº.1, nº6 do CCP.

Extrai-se assim que, o legislador entendeu que a aplicação do CCP, no âmbito objectivo, se deveria aplicar a todos os contratos, qualquer que fosse a sua designação, administrativo ou privado desde que fossem outorgados por entidades adjudicantes.

Os contratos públicos são todas e quaisquer relações jurídicas bilaterais, em que uma das partes é uma autoridade/entidade adjudicante, devidamente enunciada no disposto no artº2º do CCP.

Acresce no entanto que, podem existir contratos que não se encontrem previstos em qualquer alínea do artº1º, nº6 do CCP bastando, para tanto, que eles visem produzir efeitos sobre relações jurídicas administrativas e, podem os contratos referidos em qualquer uma das alíneas do artº1º, nº6 do CCP não serem administrativos, se não visarem a produção de efeitos sobre relações jurídicas administrativas.

No entanto, o artº1º, nº6 do CCP não inovou relativamente à definição e à identificação dos contratos administrativos. Os critérios plasmados no CCP, não passam de indicadores do carácter administrativo de contrato e a sua aplicação continua a suscitar as mesmas dificuldades e objecções apontadas à formulação tradicional dos critérios em que se inspiraram.

A própria categoria conceptual do contrato administrativo, que estaria historicamente comprometida com a individualização de determinados contratos da administração em face dos contratos de direito privado, teria deixado de fazer sentido, dissolvendo-se na categoria mais ampla dos contratos da administração pública.

A ideia tem ganho algum peso na doutrina, sobretudo a partir da tentativa de construção da figura, de inspiração comunitária, do contrato público, que abrange contratos tradicionalmente considerados como de direito privado.

O CCP qualifica expressamente como administrativos os contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, concessão de exploração de bens do domínio público, locação de bens móveis, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

Questiona-se se deverão ser tipificados como administrativos todos os contratos de aquisição de bens ou de serviços, apenas porque se encontram enquadrados na Parte III do Título II do CCP. Tal deverá ser assim qualificado se, o contrato tiver objecto passível de direito privado e se as partes o subordinarem a esse regime ou, se tal decorrer da lei.

Acresce referir, em reforço do ora exposto, que a relação entre contratos públicos e contratos administrativos, permite identificar a configuração de diferenças de regime existentes entre eles, porquanto o legislador admitiu que nem todos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes terão de se submeter ao regime dos contratos administrativos. Pode inclusivamente, estabelecer-se entre os conceitos uma relação de especialidade, segundo a qual o contrato administrativo é qualificado como uma espécie do género mais abrangente que é o contrato público.³⁰

Portanto, quando a lei não imponha uma solução contrária, as entidades adjudicantes têm liberdade de optar entre submeter um contrato com objecto de direito privado à disciplina da Parte III do CCP, ou configurar uma relação contratual fora da esfera administrativista. Esta opção genérica mais não é do que uma concretização do princípio da especialidade, que serve de critério para delimitar a capacidade jurídica das pessoas colectivas - artigo 160º C.C..

Uma referência muito actual definida no CCP como contrato público, o qual é celebrado por determinadas entidades adjudicantes, v.g. o Estado, as Regiões Autónomas, os Institutos Públicos, entre outros e, através dos quais o adjudicatário, que é uma entidade privada se obriga, de forma duradoura, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva e, em que a responsabilidade pelo financiamento e pelo investimento ou, pelo menos, pelo risco da exploração inerente à execução do contrato, cabe ao adjudicatário, implicando no entanto, também uma despesa para a entidade adjudicante, é o caso das *parcerias públicas- privadas* contratuais (PPP).

Configurando contractos interadministrativos, regulados nos artº.s 338º e seguintes do CCP, a ideia central traduz-se na transferência para o sector privado de riscos

³⁰ João Henriques Pinheiro, in *Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação*, CEDIPRE ONLINE, Fevereiro/2011, p.12

essencialmente económicos, os quais eram habitualmente suportados pelo sector público.³¹ No entanto as designadas PPP, tem-se vindo a constatar que acarretam em si mesmas um problema acrescido, o qual se tem vindo a verificar anos após a celebração dos referidos contratos, ou seja, encargos que não foram devidamente estimados e que só posteriormente, se têm vindo a verificar.

Conforme preceitua o disposto no artº341º, nº1 do CCP, verificando-se a existência de benefícios financeiros para o co-contratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas, há lugar à partilha equitativa desses benefícios entre o co-contratante e o contraente público. O que no entanto se está a verificar e atendendo a alterações conjunturais que se verificaram há uns anos a esta parte, concretamente a partir de 2009, em que se vive uma época de crise e de forte retraimento económico, não há benefícios financeiros, antes pelo contrário, há prejuízos para os co-contratantes a serem suportados pelo Estado, fazendo com que haja um agravamento da despesa pública e um acentuado desnível orçamental.

A actividade contratual da Administração não foge à regra da procedimentalização da actividade administrativa em geral. Quer isto dizer que, a celebração de contratos administrativos é em regra, precedida de um procedimento administrativo, designado como procedimento pré-contratual. Aqui reside a grande distinção relativamente à actividade contratual dos particulares, em que a autonomia privada, tem em si mesma predominante a liberdade contratual, resultando o consenso das partes e não uma imposição jurídica.

³¹ José Carlos Vieira Andrade in Lições de Direito Administrativo, Parte III, O Contrato Administrativo, pp. 257 a 259 e 275

DIRECTIVA 2014/24 /UE E OS CONTRATOS PÚBLICOS

As Directivas europeias de Contratação Pública transpostas para o direito nacional e actualmente em vigor, datam de 2004, e implementam os princípios e as liberdades estabelecidos pelos Tratados da União Europeia.

Elas visam tornar os procedimentos de formação de contratos públicos mais transparentes e abertos para a generalidade dos operadores económicos europeus, que podem disponibilizar os seus serviços e produtos em toda a União Europeia.

Os desenvolvimentos económicos, sociais e políticos bem como as suas restrições orçamentais tornaram necessária a reforma das normas de Contratação Pública, em primeiro lugar, a fim de as tornar mais simples e mais eficientes para as entidades adjudicantes e para os operadores económicos e, em segundo lugar, para garantir a melhor relação qualidade/preço das compras públicas, respeitando em simultâneo os princípios da transparência e da concorrência. A título de exemplo faz-se referência de que e, segundo dados de 2011, o número de contratos públicos celebrados na União Europeia, no âmbito das Directivas europeias de contratação pública, somou 425 mil milhões de euros, ou seja, cerca de 3,4 % do PIB da UE.³²

No entanto, e como resulta da leitura do ponto 2 do preâmbulo da Directiva 2014/24/UE, as Directivas de 2004 careciam de uma revisão e modernização com vista a aumentar a eficiência da despesa pública, tendente a uma maior rentabilidade dos recursos orçamentais, a uma maior simplificação dos procedimentos de formação de contratos públicos, tornando-os mais flexíveis, abrangendo a Directiva em análise (2014/24/UE) um sector económico que se pretende venha a concretizar objectivos sociais comuns, através de uma maior participação, como é o caso, em particular, das PME no âmbito da Contratação Pública.

A aplicação da presente Directiva deverá ter em consideração a Convenção das Nações Unidas em matéria de Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Decisão 2010/48/CE de 26/11, concretamente no que diz respeito à escolha dos meios de comunicação, às especificações técnicas, aos critérios de adjudicação e às condições de execução dos contratos.

Como já foi anteriormente referido, as regras da União Europeia em matéria de

³² INCI, Guia sobre as novas Directivas europeias da contratação pública, Reforma da Contratação Pública, 2014, Ficha Técnica nº1:Visão Geral, p.5

Contratação Pública, não se traduzem numa abrangência de toda a despesa pública, mas tão somente no que diz respeito à aquisição de obras, fornecimento de bens e serviços, a título oneroso. A aquisição deve ser entendida em sentido lato, abrangendo a obtenção do benefício das obras, fornecimentos ou serviços em questão sem implicar, necessariamente, a transferência da propriedade para as autoridades adjudicantes.

O conceito de autoridade adjudicante e, em particular, o conceito de organismo de direito público, foram examinados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. A aplicação *ratione personae* da Directiva 2014/24/UE mantém-se inalterado.

Ao nível dos procedimentos de formação de contratos públicos, a Directiva 2014/24/ UE relata à importância que as autoridades adjudicantes devem dispor ao nível de uma maior flexibilidade, para escolher o tipo de procedimento de contratação que preveja a negociação.

Os critérios de adjudicação e a respectiva ponderação deverão manter-se estáveis durante todo o procedimento, não devendo ser objecto de negociação, a fim de garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos.

Os contratos adjudicados através de um processo de negociação, com publicação prévia de anúncio, apresentam uma taxa de sucesso particularmente elevado das propostas transfronteiriças.

A noção de “operadores económicos” surge agora em sentido lato, de forma a incluir quaisquer pessoas e/ou entidades que se ofereçam para executar obras, fornecer produtos ou prestar serviços no mercado, independentemente da forma jurídica sob a qual tenham escolhido actuar. Assim, as entidades que não sejam pessoas singulares deverão ser abrangidas por este conceito, quer sejam ou não pessoas colectivas em todas as circunstâncias.

Quanto aos prazos, matéria esta que em termos técnico-procedimentais, se verifica ser de extrema importância, tanto mais se se está perante uma situação de “urgência aquisitiva e/ou prestativa de determinado serviço”, a citada Directiva prevê a possibilidade das partes encurtarem os prazos, sem criarem obstáculos indevidos ao acesso por parte dos operadores económicos de todo o mercado interno e, em especial, por parte das PME, devendo ter em conta a complexidade do contrato e a necessidade dos operadores económicos de dispor de tempo suficiente para a elaboração de propostas pertinentes, devendo acautelar-se tais situações a fim de se evitar que os prazos estabelecidos venham a

ser prorrogados.³³

Numa óptica de utilização dos meios técnicos actualmente à disposição, constata-se existir a preocupação na Directiva 2014/24/UE, na utilização dos meios electrónicos de informação e comunicação na área da Contratação Pública, podendo simplificar de forma significativa, a forma como o procedimento é realizado, reduzindo desperdícios e permitindo obter melhores resultados, melhores preços, melhor qualidade, ao estimular a concorrência no Mercado Único.

Assim, os meios de comunicação electrónicos são particularmente adequados para apoiar práticas e instrumentos de aquisição centralizados, dado que permitem reutilizar e tratar automaticamente os dados e minimizar os custos de informação e transacção.

As técnicas de aquisição centralizada são cada vez mais utilizadas na maioria dos Estados-Membros, tornando-se de forma gradual, obrigatória em toda a União Europeia, pelas centrais de compras, devendo haver uma convergência de práticas.

Após esta exposição, cabe-nos direccionar o nosso estudo sobre o tema a que nos propusemos, tendo por base a Directiva 2014/24/UE, a qual revogou a directiva 2004/18/CE, no âmbito dos contratos públicos, concretamente, no que diz respeito aos critérios de adjudicação.

Assim, há que analisar em que medida a sua transposição, para o direito nacional irá repercutir-se num novo tipo de actuação por parte da Administração Pública, ao nível dos procedimentos adjudicatórios.

Conforme dispõe o ponto 90 do preâmbulo da Directiva 2014/24UE, a adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objectivos, que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objectiva do valor relativo das propostas, a fim de determinar, em condições de concorrência efectiva, qual a proposta economicamente mais vantajosa. Acresce ainda que as autoridades adjudicantes poderão definir normas de qualidade adequadas através das especificações técnicas ou das condições de execução dos contratos.

Com o intuito de incentivar uma maior orientação da contratação pública para a qualidade, os Estados-Membros deverão ser autorizados a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa,

³³ Directiva 2014/24/UE

quando o considerarem adequado.

Para garantir a observância dos princípios da contratação pública, concretamente, o princípio da igualdade de tratamento na adjudicação de contratos públicos, as autoridades adjudicantes deverão ser obrigadas a criar condições para assegurar a transparência necessária para que todos os proponentes fiquem razoavelmente informados dos critérios e das disposições que serão aplicados na decisão de adjudicação do contrato.

O ponto 95 do preâmbulo da Directiva 2014/24/UE, apela à extrema importância dos contratos públicos e, ao máximo aproveitamento do seu potencial por parte dos Estados-Membros, tendo em vista o cumprimento dos objectivos da Estratégia Europa 2020, que no geral se traduzem num crescimento inteligente, sustentável, e inclusivo.

Os contratos públicos são fundamentais para mobilizar a inovação, facto este de grande importância no crescimento futuro da Europa.

Acresce ainda que, nos objectivos das novas regras dos contratos públicos incluem-se também, a sua contribuição para o desenvolvimento de políticas ambientais, de inclusão social e de inovação.

A Contratação Pública no Direito comparado

1. Análise em contexto restrito

Actualmente a Contratação Pública engloba uma área de extrema importância no contexto organizacional dentro dos Estados, como sejam departamentos governamentais ou autoridades locais, na aquisição de obras, bens ou serviços, a operadores económicos previamente seleccionados para esse fim.

Tal não se restringe às linhas internas das fronteiras e, dentro da União Europeia é vital que haja pontos convergentes e outros onde haja dificuldades em se obter o consenso. Pretende-se também com o presente capítulo, arrojarmo-nos e ir mais longe, olhando sobre o que, fora da Europa, concretamente, em países jovens na sua dinâmica legislativa mas com fortes raízes históricas ligadas a Portugal, vêm fazendo, ao nível da Contratação Pública.

Em **Cabo Verde** e, com a entrada em vigor da Lei nº. 88/VIII/2015 foi aprovado o Código da Contratação Pública, resultado de um longo e intenso processo de análise e revisão dos procedimentos de oferta e procura pública neste país, bem como a procura de soluções inovadoras e adequadas ao enquadramento económico e social.

Trata-se de um sistema coerente destinado a legitimar a escolha feita pela Administração Pública perante a colectividade, um instrumento fundamental de promoção de um ambiente concorrencialmente justo e adequado à formação dos contratos públicos, uma garantia de *best value for (public) money*, é a tudo isto que se destina o Código da Contratação Pública de Cabo Verde. Pretende-se assim, um insubstituível garante da igualdade e da justiça na relação entre a Administração e os particulares, na distribuição dos recursos públicos, manifestados através de princípios de direito direccionado a premiar a equidistância e imparcialidade, o mérito das propostas e dos concorrentes.

O Código da Contratação Pública de Cabo Verde atribui a esta matéria um tratamento legislativo consentâneo, com a sua enorme relevância social e económica, propício a um mercado mais aberto, mais sólido, mais competitivo logo, mais apto a constituir uma base de maior crescimento económico para o país. Atentas as alterações legislativas implementadas, são grandes as expectativas neste diploma normativo, quanto aos benefícios que daí possam vir a resultar para o dia a dia da Administração Pública e

dos operadores económicos, ao nível das compras públicas Cabo-verdianas, bem como para a colectividade em geral.³⁴

A codificação da contratação pública em Cabo Verde é articulada com a continuidade da matriz das regras de contratação pública vertida em diplomas revogados, garantindo assim a segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos.

Pretende-se, com este novo regime, promover a participação das micro, pequenas e médias empresas nos procedimentos de contratação pública. Esta promoção será feita através de requisitos de qualificação por via de agrupamentos ou de subcontratados, regras sobre as especificações técnicas, tais como a proibição de exigências de determinada marca e o procedimento de ajuste directo simplificado e também em casos de equivalência de condições, a preferência será nacional e de produtos nacionais.

Salienta-se quanto aos procedimentos a ter ao nível da escolha do próprio procedimento, como é o caso do ajuste directo em que foi regulado, devendo este ser procedimento ser precedido de um despacho fundamentado, quando o valor do contrato for superior a dois milhões de escudos, para além do preenchimento de vários requisitos legais.

Já na contratação de serviços de consultoria se prevê um regime procedimental mais adequado ao objecto das prestações clarificando, pela primeira vez no ordenamento jurídico cabo-verdiano, o verdadeiro conceito de serviço de consultoria, desvinculando dos conceitos de outras tipologias de contratos, nomeadamente, de avença, de tarefas e de prestação de serviços, que são objecto de outros diplomas legais.

O presente diploma adequa as soluções normativas à realidade económica, social e política de Cabo Verde, pretendendo criar condições que levem ao estímulo da economia e da estrutura empresarial nacional, tendo o especial cuidado na dinamização das políticas ambientais, de acordo com os ditames doutros ordenamentos jurídicos mais modernos e de referência.

O novo Código de Contratação Pública de Cabo Verde traz mais transparência, celeridade e rigor e, uma maior coerência com os princípios fundamentais em que se garanta uma maior eficiência e gestão da coisa pública.³⁵

A Lei nº. 9/16 de 16/06, que aprovou o novo regime jurídico relativo à formação e

³⁴ Prefácio do código contratação pública Cabo Verde <https://webmail.mj.pt/owa/?ae=Item&t>

³⁵ O Novo Código de Contratação Público de Cabo Verde pp.1 e 2 www.governo.cv/index.php

execução dos contratos públicos em **Angola**, visa colmatar lacunas e simplificar os procedimentos bem como implementar aperfeiçoamentos que a experiência demonstrada com a anterior Lei da Contratação Pública, a Lei 20/10 de 07 de Setembro, demonstrou ser necessário.

Esta Lei de Contratos Públicos (LCP) consagra o respeito pelos princípios da prossecução do interesse público, da justiça, igualdade, concorrência, imparcialidade, transparência, economia, eficiência, eficácia e respeito pelo património público, sendo inválidos os contratos celebrados ou executados em seu desrespeito. Os operadores económicos que participem no processo de formação e execução dos contratos públicos, ficam obrigados a respeitar os princípios e regras do governo societário resultantes da legislação em vigor.

Tal não difere da doutrina jurisprudencial subjacente aos princípios gerais emanados pelo artº 1º do CCP aprovado pelo Decreto-Lei nº.18/2008 de 29/01.

Na verdade uma contratação pública num Estado de Direito, rege-se antes de mais sob a égide da transparência, da igualdade e da concorrência. São estes os pilares em que assentam a formação e a execução dos contratos públicos, e que todos os intervenientes devem respeitar, logrando nessa medida, atingir a prossecução do interesse público, com uma maior eficiência e celeridade material, evitando a corrupção nos negócios do Estado.

O novo regime jurídico de contratação pública em Angola visa essencialmente a formação e execução de contratos de empreitadas de obras públicas, locação ou aquisição de bens móveis, aquisição de serviços, à formação dos demais contratos a concluir pelas entidades públicas contratantes que não estejam sujeitos a um regime legal especial, à formação dos contratos cuja concretização seja efectuada por intermédio de uma parceria público-privada, e aos contratos celebrados pelos órgãos de defesa, segurança e ordem interna.

Na nova lei da Contratação Pública angolana são previstos o concurso público, sem fase de qualificação, o concurso limitado por prévia qualificação, o concurso limitado por convite e a contratação simplificada.

É obrigatória a adopção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação quando o valor estimado do contrato seja igual ou inferior a nível 6 (kz 182.000.000,00).

Por sua vez, o concurso limitado por convite só permite a celebração de contratos

de valor estimado aos referidos montantes de nível 6.

A escolha do procedimento de contratação simplificada só permite a celebração de contratos de valor estimado igual ou inferior ao nível 1, ou seja, (kz 5.000.000,00).

Para além do critério do valor, a escolha do procedimento pode também assentar em critérios materiais, sendo que a contratação simplificada é o único procedimento que pode ser escolhido por razões materiais, estando subjacentes outros critérios, como seja, v.g. o contrato estar ao abrigo de um acordo-quadro celebrado apenas com uma entidade.³⁶

A Contratação Pública em **Moçambique**, encontra-se em vigor desde o dia 06 de Junho de 2016, data em que entrou em vigor o Decreto-Lei nº 5/2016 de 08/03, o qual se traduz na vigência do regime jurídico que regula, a contratação de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços ao Estado, incluindo os de locação, consultoria e concessões.

Com o novo Regulamento pretendeu o legislador em traços gerais, melhorar os processos de contratações públicas realizadas pelos órgãos e instituições do Estado; aumentar a celeridade, transparência, eficácia dos processos de contratação pública; privilegiar a realização de processos competitivos; melhorar a gestão e fiscalização de contratos de empreitada de obras públicas; reforçar a monitorização e supervisão dos processos de contratação pública e contribuir para o combate à corrupção.

Por outro lado recomenda, o aludido diploma, às instituições do Estado, o melhor conhecimento e domínio dos procedimentos de contratação pública; a planificação atempada das contratações a realizar durante o exercício económico; a realização de concursos no início do ano, com o devido cabimento orçamental; a elaboração de anúncios que identifiquem de forma clara e objectiva o objecto da contratação; especificações técnicas, requisitos de qualificação e critérios de avaliação; divulgação dos concursos e dos resultados dos concursos; a observância dos prazos da contratação pública; e a disponibilização de informação sobre contratação pública.³⁷

No que diz respeito aos critérios de avaliação e decisão das propostas, o Regime Jurídico de Contratação Pública em Moçambique, e conforme o artº36º do Decreto nº. 5/2016 de 8 de Março, no seu nº1, a contratação de empreitadas de obras públicas,

³⁶ Atlas Internacional Legal Advice, Flash Informativo, Público, Raúl Mota Cerveira e catarina Pinto Correia, www.vda.pt, www.vdatlas.com

³⁷ UFSA – Unidade Funcional de Supervisão das Aquisições, Áreas e projectos da UFSA, Procedimentos de contratação pública, pp. 1 e 2, <http://www.ufsa.gov.mz/decreto-5-2016.php>

fornecimento de bens e prestação de serviços, deve ser decidida com base no Critério de Menor Preço Avaliado e que, excepcionalmente, não podendo ser avaliado segundo este critério, a entidade contratante, deverá fazê-lo com base no critério conjugado na avaliação técnica, no preço e outros factores de ponderação, desde que fundamentado.

Já o artº37º do citado diploma legal, e no que diz respeito ao facto da decisão recair sobre o Menor Preço Avaliado, o qual deve propiciar a escolha das propostas que garantam os níveis de qualidade e de qualificação do concorrente, necessários à realização do interesse público, de acordo com os documentos de concurso. Na avaliação do preço devem ser levados em consideração as especificações técnicas e/ou termos de referência e requisitos de qualificação, estabelecidos nos Documentos de Concurso.

Há, no entanto, a salientar que após a avaliação nos termos referidos nos números anteriores, será seleccionada a proposta que apresente o Menor Preço Avaliado, dos concorrentes apurados, que tenham dado cumprimento à segunda parte do mencionado no nº.2 do artº37º do aludido diploma legal.

A regulação da Contratação Pública nos três países de expressão oficial portuguesa, supra mencionados, denota uma clara predominância de normas, fins e/ou objectivos que são lineares, nos moldes dos países europeus comunitários.

Subjacente aos diplomas, os quais não são menos rigorosos na realização final a que se propõem, a justiça, a prossecução do interesse público, a celeridade, o rigor, a eficácia e o combate à corrupção.

Os tais princípios do direito público, inerentes a qualquer Estado de Direito, estão incluídos a transparência e a competitividade/concorrência entre os operadores económicos.

Há a salientar que se denota nestes diplomas reguladores da Contratação Pública, nestes países, Cabo Verde, Angola e Moçambique, como que uma transposição do Direito Público de Contratação Pública em vigor na UE, concretamente em Portugal, salvaguardados sempre, os interesses políticos e conjunturas socioeconómicas associadas a cada Estado.

Adjudicação dos Contratos versus Despesa Pública

1. Procedimento de Adjudicação

Ao iniciar o capítulo respeitante ao embrião temático que nos propusemos desenvolver, começamos por fazer uma incursão sobre os critérios pelos quais se deve pautar a despesa pública por via contratual.

A prossecução do interesse público, concretizada numa actividade por via da qual é promovida a realização de actividades tendentes à satisfação das necessidades que são sentidas por todos os elementos que integram a comunidade, torna necessária a afectação, por parte do Estado, de recursos financeiros às áreas que efectivamente se vêm desfalcadas e/ou carenciadas, necessitando serem supridas as dificuldades vivenciadas pelos organismos em causa.

Neste contexto, há necessidade de se articular duas dimensões, por um lado providenciar-se pela arrecadação de receita, e por outro, a afectação dos recursos arrecadados através da despesa pública.

O Estado deve ter presente que a prossecução do interesse público, invalida uma desmesurada atitude de arrecadação de recursos financeiros em nome de uma ulterior necessidade de se proceder à despesa pública em prole do benefício geral da comunidade. Há que ter uma postura de prudência, eficiência e racionalidade, em que os recursos financeiros deverão ser utilizados para garantir os indispensáveis e pretendidos resultados.

A boa gestão da actividade financeira pública pauta-se em três critérios: economia, eficiência, e eficácia dos actos de gestão. Estes últimos encontram-se legislados em vários diplomas, cujo rigor orçamental ao nível do controle da despesa pública, se pretende seja o mais transparente possível. Destacam-se *in casu*, um dos mais importantes diplomas reguladores da despesa pública, a Lei n.º 8/2012, de 21 de Fevereiro, que aprova as regras aplicáveis à assunção de compromissos e aos pagamentos em atraso das entidades públicas. A presente Lei aplica-se a todas as entidades previstas no art.º 2º da Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada pela Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, alterada e republicada pela Lei n.º 41/2014, de 10/07.

O Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21/06, contempla por sua vez, as normas legais disciplinadoras dos procedimentos necessários à aplicação da Lei dos Compromissos e dos

Pagamentos em Atraso, a já citada Lei nº 8/2012, de 21/02 (LCPA), e bem assim, à operacionalização da prestação de informação constante do artº10º.

A Lei nº. 7-A/2016 de 30/03 (LOE para 2016), no seu artº35º faz menção, quanto aos contratos de aquisição de serviços, dos valores a que os mesmos se encontram subordinados, bem como das diligências que os mesmos carecem para cumprimento dos princípios gerais da contratação pública e das entidades em questão.

A Portaria nº. 194/2016 de 19/07, regulamenta os termos e a tramitação do parecer prévio vinculativo do membro do Governo responsável pela área das finanças e da Administração Pública, previsto no nº 5 do artº35º da Lei nº. 7-A/2016, de 30 de Março. A presente portaria regulamenta também os termos e a tramitação das comunicações obrigatórias previstas no artº35º da Lei nº. 7-A/2016, de 30 de Março, e no nº.6 do artº34º do Decreto-Lei nº. 18/2016, de 13/04.

Também o Decreto-Lei nº 18/2016 de 13/04, estabelece as disposições necessárias à execução do Orçamento do Estado para 2016 aprovado pela Lei nº, 7-A/2016, de 30 de Março, contendo regras necessárias e imprescindíveis a um rigoroso e adequado acompanhamento da execução orçamental, como instrumento decisivo ao integral cumprimento dos princípios e linhas orientadoras fixadas pelo Orçamento do Estado para o ano de 2016.

O exercício do controlo da legalidade recebe expressão na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) no seu artº1º, quando prevê que “ O Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira”, mas também na alª f) do nº.1 do artº5º, alªs f) e h) do nº.3 do artº54º e no nº.1 do artº50º. Também o ordenamento jurídico europeu assumiu, expressamente os referidos critérios, ao prever no nº.2 do artº.287º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que o “Tribunal de Contas examina a legalidade e a regularidade das receitas e despesas e garante a boa gestão financeira.”³⁸

A LOE para 2017, Lei nº. 42/2016 de 28/12/2016, no seu artº49º, refere os encargos com contratos de aquisição de serviços. Regras a serem cumpridas pela Administração, consoante o tipo de contratos que estejam a ser celebrados, bem como as entidades públicas que estão a contratar, e as exceções a esse cumprimento que se encontram plasmadas no citado normativo legal.

³⁸ Hugo Flores da Silva, Rev. Contractos Públicos, nº.11, Ref. Europa. Da Cont. Púb., Novas Directivas e Tópicos de despesa pública, CEDIPRE, 2016, pp.69 a 78

Assim, tendo em vista a prossecução do interesse público tendente à realização de despesa pública contratual, coloca-se a questão de se saber, o que é a adjudicação.

A adjudicação conforme preceitua o artº73º do CCP, consubstancia-se “no acto pelo qual o órgão competente para a *decisão de contratar* aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas”.³⁹

A *decisão de contratar* é um acto jurídico unilateral, o qual decorre da necessidade do órgão competente obter no mercado certos bens e/ou serviços. O órgão com competência para comprometer a autoridade adjudicante, financeiramente, se houver lugar ao pagamento de um preço, ou contratualmente, se for caso disso, decide abrir um procedimento para determinar com quem e, em que condições concretas será celebrado o correspondente contrato. A decisão de contratar é assim, o acto inicial do procedimento, conforme dispõe nesse sentido o artº36º/1 do CCP.

Fora dos casos em que tenha sido apresentada uma só proposta, a adjudicação é o acto de escolha de uma das propostas apresentadas. Tal escolha para que esteja em conformidade legal, deve recair sobre a *melhor proposta*, ou seja, a que se revele mais vantajosa para a entidade adjudicante e que tenha subjacente o critério de adjudicação adoptado.

O vínculo jurídico-contratual não pode estar restrito ao acto de adjudicação, devendo tal emergência passar por ligar entidade adjudicante e adjudicatário, devendo-se filiar directamente na celebração do contrato entre as partes.

Assim, e quanto ao carácter devido ao acto de adjudicação que se afirma que “a abertura do procedimento concursal”, constitui a entidade adjudicante no dever legal de adjudicação, ou que esta, se “obriga nos exactos termos formulados na lei e no programa de concurso, a escolher um adjudicatário e a contratar, desde que seja apresentada uma proposta que a satisfaça” (Margarida Olazabal Cabral).

No que concerne à abertura, de princípio, para uma conclusão do procedimento adjudicatário mediante a adopção de uma decisão final de renúncia à adjudicação, nas hipóteses em que semelhante poder não decorresse da lei, sustentava-se que seria um absurdo, em termos de prossecução do interesse público, e contra o espírito da própria lei, vedar à entidade adjudicante, quando estabelece as normas do concurso, que preveja

³⁹ Ponto 90 do Preâmbulo da Directiva 2014/24UE “a adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objectivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento”.

hipóteses em que a sua vontade de contratar não seja um dado certo e irremediável, ou que a entidade adjudicante pode reservar-se o direito de não adjudicar se o interesse público superveniente o exigir.⁴⁰

Trata-se de uma questão que não deixa de ser complexa, e que é de aferir se o órgão competente para a decisão de contratar, em ordem ao exercício do poder de não adjudicação, somente se pode fundar em motivos de interesse público, supervenientes, ou se pode igualmente ater-se a uma nova ponderação das razões de interesse público que foram determinantes para a originária decisão de lançamento do procedimento concursal.

Mas, para se ter uma real percepção sobre o elencado, recuemos um pouco, e passemos a uma exposição sucinta, descrevendo sequencialmente os vários passos ou etapas porque passa a tramitação do procedimento adjudicatório até à fase da adjudicação.

Assim, o procedimento inicia-se, conforme já mencionado, com a decisão de contratar, autorizando-se a despesa e a escolha do procedimento – artº40º do CCP.

Mas, quem tem esta prerrogativa de poder contratar?

A entidade adjudicante.

A entidade adjudicante é assim, o primeiro dos sujeitos da relação jurídica da contratação pública – no interesse de quem o respectivo procedimento é lançado e que será a parte pública.⁴¹

Casos há em que, muito embora sendo o órgão competente para a decisão de contratar, o titular das competências próprias decisivas dos procedimentos de Contratação Pública, ele não é, contudo, o órgão com competência regra, nestes procedimentos, em cujo desenrolar das competências instrutórias cabem ao júri do procedimento, salvo no ajuste directo, quando tenha sido apresentada uma única proposta – artº67º/1 CCP.

Acresce que, a entidade adjudicante, nos termos do artº36º, nº1, ex vi artº109º, nº.1 ambos do CCP, pode delegar as competências que lhe são atribuídas, sem prejuízo do disposto no nº2 do artº69 do citado diploma legal.

O momento da decisão de celebrar determinado contrato envolve igualmente a decisão de escolha do tipo de procedimento adjudicatório a seguir, conforme dispõe o artº38º do CCP.

⁴⁰ Bernardo Azevedo, in Estudos de Contratação Pública-II, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos, pp.223 a 231.

⁴¹ Entidades adjudicantes – artº2º, artº3º, e artº7º do CCP. Fora do âmbito de aplicação do CCP, são também entidades adjudicantes todas as que, por força de lei especial, estejam obrigadas a fazer preceder a celebração dos respectivos contratos (ou de algum deles) de um procedimento administrativo.

Se o contrato a celebrar envolver a realização de despesa pública, esta tem de ser autorizada. A competência para autorizar a realização de despesas na Administração Pública varia em função do valor do contrato, exigindo-se a intervenção de um órgão tão mais elevado na cadeia hierárquica da função pública quanto maior seja o valor em causa. Se houver autorização da despesa sem que tenha sido adoptada expressamente a decisão de contratar, a lei presume que esta está implícita na primeira (artº36º,nº1, parte final do CCP).

A Administração Pública deve, ainda na fase preliminar dos procedimentos, realizar dois actos jurídicos, que servirão de base ao procedimento em causa: o programa do procedimento e o caderno de encargos, que serão aprovados pelo órgão que detém a decisão de contratar (artº40º, nº2 do CCP). Neste seguimento se constata que o programa do procedimento em que estes dois articulados estão incluídos é um regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração.⁴²

Os tipos de procedimento a que alude o CCP, concretamente o disposto no art.º 16º nº1, a serem tidos em conta aquando da formação de contratos, cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, são, conforme já por nós elencado: O ajuste directo, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial.

Salienta-se ainda a admissão por parte do CCP de um procedimento de ajuste directo simplificado (artº128º), o qual se aplica quando estamos perante contratos de aquisição ou locação de bens móveis e de contratos de aquisição de serviços cujo preço contratual não seja superior a 5000 euros.

O programa do procedimento é o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração – artº41ºCCP. É nesta fase que se elaboram e publicitam as peças que irão fazer parte do procedimento e que variam consoante o tipo, v.g. o caderno de encargos é a peça do procedimento que contém as cláusulas que deverão constar no contrato a celebrar – artº42º do CCP.

No caso do ajuste directo simplificado a adjudicação é feita sobre a factura apresentada pela entidade convidada, pressupondo-se que a decisão de adjudicação tenha subjacente a decisão de contratar e a decisão de escolha do procedimento. Neste tipo de procedimento ficam dispensados quaisquer formalismos incluindo os relativos à celebração

⁴² Marcelo Rebelo de Sousa, André Salgado de Matos, ob. cit. p.103

do contrato por escrito e a respectiva publicitação, não podendo no entanto, haver revisão de preços nem a prorrogação de prazo, ou seja, por mais de um ano (artº129º).

Salienta-se que, em alguns procedimentos, como é o caso do concurso limitado por prévia qualificação, há uma fase de qualificação de candidatos.

Segue-se a fase de apresentação de propostas.

A proposta é, segundo dispõe o artº56º do CCP, “*a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe fazê-lo.*” A proposta é constituída por vários documentos – artº 57º do CCP e “*o júri no dia imediato ao termo fixado para a apresentação das propostas, procede à publicitação da lista dos concorrentes...*” – artº138º/1 CCP.

A posição jurídica dos candidatos na fase de qualificação ou selecção de propostas, nos procedimentos de adjudicação, face à entidade adjudicante, podia-se definir como estando numa posição jurídica em que os concorrentes sendo constituídos, perante aquela entidade, são considerados como seus opositores.

Naturalmente que os candidatos, na fase de adjudicação, aspiram a ser convidados a apresentar propostas relativas aos contratos a cujas adjudicações aqueles tendem.

Os candidatos que sejam qualificados ou seleccionados passam a concorrentes com o mesmo estatuto e valorização, sem qualquer vantagem uns sobre os outros, sendo o estatuto jurídico idêntico. O que os vai diferenciar, são apenas os atributos e condições da proposta.

Assim, concorrente no procedimento pré-contratual é “*a pessoa singular ou colectiva que participa mediante a apresentação de uma proposta*” art.53º do CCP.

Os concorrentes vencidos na adjudicação não perdem tal estatuto, pelo menos até que se verifique a adjudicação contratual. Esta posição prolonga-se para além da adjudicação não só pelo facto de deverem ser dela notificados – artº.79/2 CCP – mas, também por terem de ser notificados da junção dos documentos de habilitação apresentados pelos adjudicatários designados e do dia da sua apresentação – artº85º/1 CCP, retirando-se do presente normativo a subordinação da contratação pública ao princípio da transparência.

A fase de apresentação das propostas é a primeira fase da relação jurídica procedimental em que as suas “partes”, os interessados/operadores económicos por um lado, intervêm no procedimento, e a entidade adjudicante, por outro lado, entra em

contacto. É aí que se determina o rigor, a qualidade da proposta apresentada, ou seja, os atributos incluídos na mesma e que vai resultar a diferença nas demais, o destino do candidato no procedimento, qual a proposta que vai ser escolhida, por ser a mais vantajosa ou, se irá ser excluída em favor de outra. A proposta trata-se assim de uma declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo como se dispõe a fazê-lo (artº56º/1 CCP).

À entidade adjudicante, que detém o poder da decisão de contratar, cabe-lhe proceder às rectificações de erros ou omissões do caderno de encargos e aceitar as que os interessados lhe submetem (artº61), decidir sobre a classificação dos documentos (artº 66º/2), entre outras questões reguladoras do propósito a que se firmou com a intenção de iniciar o procedimento.⁴³

Na fase de avaliação das propostas, o júri nomeado pelo órgão competente para a decisão de contratar, procede à sua análise, verifica da regularidade das mesmas de acordo com o critério de adjudicação aplicável, e após, irá elaborar o relatório preliminar.

O relatório preliminar não é um acto administrativo, na acepção do sentido jurídico que este acto tem, ou seja, não se trata de nenhuma homologação. Não é também nenhum parecer, obrigatório, nem é vinculativo. Após a elaboração do relatório preliminar (artº.146º), segue-se a audiência prévia (artº147º) e o relatório final (artº148º).

O órgão competente para a decisão de contratar, decide adjudicar a proposta que melhores condições apresenta, de acordo com o relatório preliminar fundamentado pelo júri podendo, no entanto, não aceitar a proposta do júri, e neste caso, haverá nova audiência prévia e nova fundamentação.

A Directiva 2014/24/UE, no seu artº56º, nº1, preceitua no sentido de que os contratos são adjudicados em conformidade com os critérios nela previstos, desde que a entidade adjudicante tenha verificado que “a proposta cumpre os requisitos, condições e critérios estabelecidos no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, assim como nos documentos do concurso (...)”

Segundo a autora Sue Arrowsmith, esta norma parece reflectir o princípio de que não é possível aceitar uma proposta que não cumpra as prescrições fundamentais do caderno de encargos. No entanto, esta autora releva desconformidades não fundamentais, à luz do princípio da proporcionalidade.

⁴³ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, ob. cit. pp. 774 a 853

A adjudicação de um contrato público, no âmbito das novas Directivas passará por um procedimento de contratação a pressupor, uma avaliação da eficácia das propostas em presença, a qual será aferida em função da sua capacidade para alcançar os fins visados com o contrato a celebrar podendo, neste contexto, relevar o impacto ao nível ambiental e social. A par desta, impõe-se a realização de um juízo de eficiência das propostas, mediante uma análise dos custos, concretamente a análise dos custos do ciclo de vida e dos resultados que se lhe associam.

Ainda na esteira da nova Directiva 2014/24/UE, no seu artº56º, nº 3, “quando a informação ou documentação a apresentar pelos operadores económicos for ou parecer incompleta ou incorrecta, ou quando faltarem documentos específicos as entidades adjudicantes podem, salvo disposição em contrário da legislação nacional que der execução à presente Directiva, solicitar aos operadores económicos em causa que apresentem, acrescentem, clarifiquem ou completem, a informação ou documentação pertinentes num prazo adequado, desde que tal seja solicitado no respeito integral dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência”. Segundo Sue Arrowsmith, as correcções permitidas por esta norma podem também conduzir a que uma proposta não conforme passe a conformar-se com as exigências formuladas pela entidade adjudicante.⁴⁴

No fim, a decisão de adjudicação deve ser notificada (artº77º), publicitada (artº78º), e eventualmente, se assim tiver consignado na lei, a publicitação deverá ocorrer no JOUE.

Com vista à celebração do contrato, nos termos do artº77º, nº2 do CCP, com a notificação da adjudicação, o adjudicado é também notificado para apresentar os documentos de habilitação (artº81º), a prestação de caução (artº88º) e a confirmação de compromissos (artº92º).

Neste caso, se o adjudicatário, devidamente notificado não apresentar os documentos de habilitação, não prestar a caução, e não proceder à confirmação de compromissos de terceiros, a adjudicação caduca.⁴⁵

Com a Directiva 2014/24/UE, seguindo uma linha de simplificação de procedimentos e bem assim virada para uma contratação por via electrónica, quanto ao sistema da habilitação, restrito unicamente ao adjudicatário, como resulta do artº.59º, nº4,

⁴⁴ Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, Colab. de Carla Machado e José Azevedo Moreira, Almedina, p.300

⁴⁵ Maria João Estorninho, ob. cit. pp.376 a 405

2º parte, da citada Directiva, o qual já é actualmente praticado pelo legislador nacional, conforme dispõe o artº81º, nº.1, alºs a) e b) do CCP, apresenta uma novidade: o *Documento Europeu Único de Contratação Pública*, que consiste numa declaração de honra, subscrita pelo concorrente, de que não se encontra em qualquer uma das situações previstas no artº57º da Directiva e que preenche os requisitos previstos nos artºs 58º e 65º.

O referido documento será exclusivamente electrónico e segue um formulário-tipo aprovado pela Comissão Europeia (artº59º,nº2).⁴⁶

2. Critérios de Adjudicação

Este é o ponto fulcral dos contratos públicos, a efectivação das relações contratuais entre a entidade adjudicante e os operadores económicos.

Quando se fala em avaliação de propostas, somos reconduzidos, necessariamente, ao conceito de “*critério de adjudicação*”. Na prática, conforme se pode constatar no artº.74º do CCP, existem dois critérios de adjudicação à disposição da entidade adjudicante, devendo ser escolhido aquele que, em cada caso concreto, melhor satisfaça a prossecução do interesse público. São eles o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante e o critério do mais baixo preço.

Neste contexto, salienta-se a existência de dois procedimentos em que não existe possibilidade de escolha do critério de adjudicação. É o caso do procedimento de concurso público urgente em que o critério tem necessariamente de ser o do mais baixo preço, conforme preceitua o artº155º, al.b) do CCP, e o caso do procedimento de diálogo concorrencial em que o critério tem necessariamente de ser o da proposta economicamente mais vantajosa, no cumprimento do artº206º, nº3 do CCP.

O critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante também pode ser designado como um multicritério, na medida em que irão ser avaliados pelo menos dois atributos das propostas, como sejam os factores e subfactores elementares (artº75º, nº2 do CCP), enquanto no critério do mais baixo preço será um monocritério uma vez que a concorrência se fará, apenas, pela diferença de preços.

Cabe às autoridades/entidades adjudicantes indicar os critérios de adjudicação e a ponderação relativa atribuída a cada critério, a tempo de os proponentes deles tomarem

⁴⁶ Miguel Assis Raimundo in Uma primeira análise das Novas Directivas (Parte II), Revista de Contratos Públicos, nº.10, 2014, CEDIPRE, p.149

conhecimento para elaborarem as suas propostas. Para assegurar a igualdade de tratamento, os critérios de adjudicação devem permitir comparar as propostas e avaliá-las de forma objectiva.

Conforme dispõe o n.º.1 do artº74º do CCP “*A adjudicação é feita segundo um dos seguintes critérios:*

- a) O da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante e;*
- b) O do mais baixo preço”.*

Um destes dois critérios terá de ser incluído no programa do procedimento adjudicatório. Tal programa é substituído, no procedimento de ajuste directo, pelo convite à apresentação de propostas (artº115º, n.º.1 do CCP) e, neste caso, deve ser indicado o critério de adjudicação a adoptar e enviado a mais do que uma entidade.

A escolha do critério de adjudicação deve ser orientada pelo critério da melhor aplicação dos recursos públicos (Best Value for Money).

Para se atingir a objectividade pretendida na avaliação das propostas, é a previsão quando possível, e neste sentido, quanto ao critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, em que a mesma é densificada por factores e subfactores de avaliação das propostas, para os quais tenham sido definidas escalas de pontuação generalizadas, por via de tantas expressões matemáticas, caso os atributos das propostas, sejam medidas exclusivamente através de uma grandeza quantitativa, conforme preceitua o disposto no artº75º do CCP.

Na esteira do Acórdão n.º.27/13 de 05/11, da 1ªS/SS, Processo n.º. 1406/2013, do Tribunal de Contas, os procedimentos de contratação pública visam atingir determinados objectivos e salvaguardar determinados princípios. Desse modo, a legalidade dos actos praticados nesses procedimentos está condicionada, não apenas à letra das normas aplicáveis, mas também à realização desses objectivos e princípios que se destinam a garantir os interesses dos potenciais concorrentes e também a realizar os objectivos do interesse público, na sua dupla vertente, satisfação das necessidades e o interesse público. Ora, o que estabelece o artº74º do CCP, consiste em se seleccionar uma proposta que garanta uma vantagem económica para a entidade adjudicante.

Sem prejuízo do princípio geral de se assegurar o direito de todos os operadores económicos ao mercado dos contratos públicos em condições de igualdade, resulta da citada norma, que o procedimento de Contratação Pública visa escolher um co-contratante

e uma proposta que satisfaçam as necessidades públicas em condições económicas e financeiras adequadas para a entidade adjudicante.

No seguimento desta linha de pensamento e analisando ainda o critério a que alude a al^a.a) do n^o1, do art^o74^o do CCP, a entidade adjudicante ao definir um modelo de avaliação das propostas sob a forma em como irão ser avaliados os vários aspectos de execução do contrato submetidos à concorrência, não pode deixar de o fazer com base no respeito ao objectivo traçado pela proposta que lhe seja *economicamente mais vantajosa*. Assim, não se pode deixar de ter em conta que, o que é avaliado no critério de adjudicação são os “atributos da proposta”, e só estes. Os critérios pré-fixados devem, por isso, ser de tal forma elaborados, ainda que de forma matemática, que permitam analisar e graduar esses atributos.

Os termos em que serão definidos os modelos de avaliação das propostas, estão balizados pela necessidade de estimularem o funcionamento da concorrência, e por critérios de economicidade.

Este modelo de avaliação de propostas cruza-se também com o princípio da transparência na medida em que o mesmo deve constar no convite, caso se esteja a tratar de um ajuste directo, e no programa do procedimento, nos demais procedimentos.

Os operadores económicos interessados em concorrer, podem retirar desse modelo todas as informações necessárias para apresentarem as suas melhores propostas numa situação de igualdade, porque lhes é dado conhecer, desde o início do procedimento, o que a entidade adjudicante em questão, irá ter em consideração, aquando da avaliação das propostas.

Da análise do n^o1 do art^o75^o do CCP, vislumbra-se uma proibição que assenta na separação entre critérios de adjudicação e critérios de qualificação. Os factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, devem unicamente ter assente aspectos atinentes à execução do contrato, não às pessoas dos proponentes. A esta regra subjaz a ideia de que existe em sede própria a avaliação dos proponentes, eventualmente, numa fase de qualificação.

Atentos os factores e subfactores acima descritos e balizados, a adjudicação serão efectuados à proposta que obtenha maior pontuação, resultante da aplicação da fórmula antes descrita.

Na Jurisprudência portuguesa, cf. Acórdão do TCAN, de 16/12/2011, Proc.n.00322/11.5BEBRG, vai no sentido de que, “quando o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa para as entidades adjudicantes, estas gozam de uma margem de liberdade ou de discricionariedade ampla no âmbito da fixação, (...) dos factores/subfactores que densificam aquele critério de adjudicação”.

A nova Directiva, concretamente a 2014/24/UE, conforme dispõe o n.º4 do artº67º, vai no sentido da referida Jurisprudência do TJ, de que “os critérios de adjudicação não podem, por efeito, conferir à autoridade adjudicante, uma liberdade de escolha ilimitada”.

Se se colocar a questão, de resolver, quando se verifique no relatório final de avaliação e apreciação das propostas, no âmbito do critério da proposta economicamente mais vantajosa, uma situação de empate, qual o procedimento a seguir pela entidade adjudicante?

Segundo jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA), através do Acórdão de 21/11/2013, processo n.º. 288/10, quando as propostas se encontrem numa situação de empate, compete ao júri do concurso estabelecer os critérios de desempate. Além disso, entendeu que no desempate dever-se-á utilizar como critério o factor (ou subfactor) que, no modelo de avaliação previsto no programa de procedimento, venha indicado como maior pontuação, preferindo, por isso, a proposta que nele tenha obtido a melhor avaliação. Acrescenta-se ainda que, em face da generalização que resulta do aludido acórdão, caso ainda subsista a situação de empate, deverá o júri do procedimento optar pelo sorteio.⁴⁷

O segundo critério elencado na al^a.b) do n.º.1 do artº74º do CCP, *o critério do mais baixo preço*, baseia-se num critério único.

Nos termos do n.º.2 do artº74º do CCP, o critério de adjudicação do mais baixo preço só pode ser adoptado quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto daquele.

⁴⁷ O critério de desempate na decisão de adjudicação, artigo publicado na edição do Jornal Vida Económica de 11.04.2014, advogados Luís Cameirão & Associados, <http://www.avic-advogados.com/pt/comunicacao/artigos/o-criterio-dee-desempate-na-decisao-de-adjudicacao>.

Quando o critério de adjudicação for o do mais baixo preço, a avaliação e a ordenação das propostas constituem tarefas simples, na medida em que a avaliação se define como factor único e objectivo.⁴⁸

O ponto 90 do preâmbulo da Directiva 2014/24/UE, diz-nos que “*a adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objectivos que assegurem o respeito pelos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objectiva do valor relativo das propostas*”, tendo a finalidade de determinar qual a proposta economicamente mais vantajosa, “*em condições de concorrência efectiva*”.

As autoridades adjudicantes deverão ser obrigadas a indicar os critérios de adjudicação e a ponderação relativa atribuída a cada critério. É concedido aos Estados-Membros o poder de legislar no sentido das autoridades adjudicantes poderem derrogar a obrigação de indicar a ponderação dos critérios em casos devidamente justificados e fundamentados, na medida em que não possam previamente estabelecer tal ponderação, designadamente, devido à complexidade do contrato.

Na relação qualidade/preço, as autoridades adjudicantes deverão determinar os critérios económicos e qualitativos, ligados ao objecto do contrato, que utilizarão para esse efeito. Deverão, assim, as entidades adjudicantes ser incentivadas a escolher critérios de adjudicação que lhes permitam adquirir obras, fornecimentos e serviços de elevada qualidade e que correspondam às suas necessidades.

Os critérios de adjudicação escolhidos não deverão conferir às entidades adjudicantes uma liberdade de escolha ilimitada, devem antes de mais, assegurar a possibilidade de concorrência efectiva e leal, devendo ser acompanhados de disposições que permitam uma verificação eficaz da informação fornecida pelos proponentes.

Para identificar a proposta economicamente mais vantajosa, a decisão de adjudicação do contrato não deverá assentar apenas em critérios diferentes dos custos.

Os critérios qualitativos devem ser acompanhados de um critério de custos que poderá ser à escolha da entidade adjudicante, o preço ou uma abordagem custo-eficácia como o cálculo dos custos do ciclo de vida. No entanto, os critérios de adjudicação não deverão afectar a aplicação de disposições nacionais que determinem a remuneração de determinados serviços ou estabeleçam preços fixos para certos tipos de fornecimentos.

⁴⁸ Pedro Costa Gonçalves, ob. cit. p.309

No ponto 92 do preâmbulo da mesma Directiva, as autoridades adjudicantes ao avaliarem a relação qualidade/preço, deverão determinar os critérios económicos e qualitativos, ligados ao objecto do contrato. Esses critérios deverão permitir uma avaliação comparativa do nível de desempenho de cada proposta à luz do objecto do contrato, tal como definido nas especificações técnicas.

No contexto da melhor relação qualidade/preço, a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, com a utilização de uma abordagem de custo-eficácia, conforme emana a Directiva 2014/24/UE.

No artº67º, nº2, nas alªs. a), b) e c), da aludida Directiva são enumerados uma série de possíveis critérios a serem tidos em conta na avaliação da proposta economicamente mais vantajosa e que incluem aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais.

As autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a escolher os critérios de adjudicação que melhor satisfaçam as suas pretensões na aquisição de obras, fornecimento de bens e serviços de qualidade.

Serão assim estes, os novos objectivos elencados na Directiva 2014/24/UE que justificarão a possível interpretação mais rigorosa que saliente a necessidade da ligação ao objecto do contrato, da verificação da proporcionalidade dos critérios e aos objectivos nele previstos. Salienta-se que o alargamento dos objectivos elencados no citado normativo, relativo aos critérios de adjudicação e à própria eficiência do contrato, não se depreende que resulte o entendimento, segundo o qual, apesar da ligação e da proporcionalidade destes ao objecto do contrato, sejam contudo aptos à prossecução do fim a que o contrato se destina. Torna-se até problemática a sua adequação aos princípios básicos da separação de poderes e da competência legislativa comunitária, conferindo ao juiz, além de averiguar a legalidade das decisões das entidades adjudicantes, o mérito das mesmas.⁴⁹

3. PROPOSTA ECONOMICAMENTE MAIS VANTAJOSA

No seguimento da exposição já por nós desenvolvida na última parte do anterior

⁴⁹ Teresa Almeida in Critérios de Adjudicação – O (novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa, Revista de Contratos Públicos, nº.13, Reforma Europeia da Contratação Pública, CEDIPRE, Almedina, 2016, pp.115 e 116.

tema, em que subjaz uma confluência, necessária segundo a nossa opinião, com o mesmo, mas que tal não invalida a necessidade de se ter uma visão mais minuciosa. Estamos a falar do critério de adjudicação, a proposta economicamente mais vantajosa, segundo a orientação prevista pela Directiva 2014/24/UE, a qual introduz importantes alterações no regime dos critérios de adjudicação de contratos públicos.

Os preceitos legais encontram-se plasmados nos pontos 89 e 90 do preâmbulo e artºs.67º e 68º da citada Directiva 2014/24/UE.

A alteração mais visível nesta matéria, tem a ver com o próprio critério de adjudicação que as entidades adjudicantes podem utilizar.

Até agora estas podiam escolher entre a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante e a proposta do mais baixo preço.

No artº 67º da Directiva 2014/24/UE, pode ler-se que “as autoridades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa”.

Analisemos esta temática no sentido de averiguar sobre se há, efectivamente, mudanças significativas.

O ponto 89 do preâmbulo da Directiva 2014/24/UE, faz menção de que as autoridades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos à proposta que se apresente mais vantajosa do ponto de vista económico, erigindo como conceito primordial nesse domínio o da “proposta economicamente mais vantajosa”. Tal já se encontra elencado no nº.1 do artº67º, o qual estabelece que o princípio segundo o qual as autoridades adjudicantes devem ter em conta ao adjudicar os contratos públicos deve ser o da proposta economicamente mais vantajosa.

Na fórmula utilizada deixou de se contrapor o mais baixo preço ao critério da proposta economicamente mais vantajosa.

No entanto, a adjudicação segundo o critério do mais baixo preço continuará a ser possível, salvo se outra for a opção do direito nacional, conforme dispõe o artº67º, nº2 da Directiva 2014/24/UE. Já o nº.5 do citado normativo legal, alude expressamente quanto à identificação da proposta economicamente mais vantajosa apenas com base no preço.

A explicação inserta na norma legal atrás mencionada, quanto à eliminação da dicotomia existente actualmente ao nível dos critérios de adjudicação, deve-se ao facto de no critério da proposta economicamente mais vantajosa se encontrar incluído como uma

componente relevante para a formação da proposta, o preço/custo.

Segundo a Directiva 2014/24/UE, concretamente nos pontos 89 e 90 do preâmbulo, o critério da proposta economicamente mais vantajosa concretiza-se na fórmula “melhor relação qualidade/preço”: o objectivo é que a proposta vencedora seja escolhida, consoante o que a autoridade adjudicante considera ser a melhor solução, em termos económicos, de entre as apresentadas. O preço mais baixo deixa de ser factor decisivo na adjudicação do contrato.

Com efeito a subalternização do critério do preço ou do custo não significa, nem poderia significar, a sua irrelevância no procedimento de formação contratual. Na verdade, o conceito de proposta economicamente mais vantajosa comporta uma lógica relacional, significando, em termos simples, uma comparação entre os custos associados a determinada proposta quando comparados com os respectivos resultados obtidos em termos de qualidade. O preço/custo continua a desempenhar um papel fundamental na lógica relacional inerente à determinação da proposta economicamente mais vantajosa.

Assim, a proposta economicamente mais vantajosa deverá resultar da consideração do preço ou do custo, mediante a utilização de uma abordagem de custo-eficácia, como será o caso dos custos do ciclo de vida, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, a qual será avaliada com base em critérios que incluam aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais, ligados ao objecto do contrato público em causa.⁵⁰

A Directiva 2014/24/UE, no seu artº56º, n.º.1, al.b), prevê que os contratos são adjudicados com base em critérios estabelecidos em conformidade com os artºs.67º a 69º e, desde que a autoridade adjudicante tenha verificado, que a proposta foi apresentada por um proponente (...) que cumpre os critérios de selecção estabelecidos pela autoridade adjudicante (...).

Veio assim a Directiva 2014/24/UE tomar uma posição expressa quanto a esta questão. No ponto 94 do preâmbulo da Directiva pode ler-se o seguinte:” Sempre que a qualidade do pessoal empregado seja relevante para o nível de desempenho do contrato, as autoridades adjudicantes deverão também poder utilizar como critério de adjudicação a organização, as qualidades e a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, pois estas características podem afectar a qualidade da execução do contrato e, conseqüentemente, o valor económico da proposta. Tal pode ser o caso, v.g. dos contratos

⁵⁰ Hugo Flores da Silva, ob. cit. pp.80 e 81

de serviços de natureza intelectual como a consultoria ou os serviços de arquitectura. É assim expressamente permitida, na al.^a.b) do n.º.2 do art.º67º da Directiva, a consideração como critério ”a organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato”.⁵¹

As entidades adjudicantes têm agora maior liberdade, na escolha dos critérios a serem incluídos nas contratações públicas, na medida em que se afigura existir uma maior abrangência através da inclusão de especificações ambientais e/ou sociais na proposta economicamente mais vantajosa. Surge assim a adjudicação ou melhor, o contrato público, com maior qualidade relativamente ao que agora existe, e virado para os problemas que grassam a actualidade.

A proposta economicamente mais vantajosa pode ser identificada com base no preço ou custo, através de uma abordagem custo-eficácia, como é o caso dos custos do ciclo de vida⁵² de um produto, serviço ou obra (n.º1 do art.º68º), podendo incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objecto do contrato público em causa.

Tais critérios podem ter a ver com (al.a) do n.º2 do art.º67º), o valor técnico, características estéticas e funcionais, sociais e ambientais, bem como ter a ver nos termos da (al.b), com a organização, as qualificações e a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso tal tenha impacto na qualidade final a atingir.

O factor custo pode assumir a forma de um preço ou custo fixo com base no qual os operadores económicos concorrem exclusivamente em termos de critérios de qualidade, cfr. ponto 89 do preâmbulo da Directiva 2014/24/UE.

Sintetizando o exposto, relativamente à proposta economicamente mais vantajosa no âmbito da nova directiva, extraem-se os seguintes pontos de análise prática:

a. A proposta a ser adjudicada deverá ser a economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante.

b. Do ponto de vista operativo a proposta economicamente mais vantajosa tem uma natureza complexa e relacional, na medida em que pressupõe aquando da selecção,

⁵¹ Pedro Costa Gonçalves, ob. cit. pp.312 a 315

⁵² Ponto 20 do n.º.1 do art.º2º da Directiva 2014/24/UE, o que significa “ciclo de vida”? Trata-se de “todas as etapas consecutivas/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efectuar, a produção, comercialização e respectivas condições, transporte, utilização e manutenção ao longo da existência do produto, obra ou prestação de serviço, desde a aquisição da matéria prima...”

custos e resultados, articulando assim encargos e benefícios.

c. Quanto aos custos está patente o ciclo de vida do objecto contratual, relevando os custos que neste domínio recaíram sobre a entidade adjudicante e demais utilizadores, e ainda a outros custos resultantes de factores externos ligados ao produto, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, designadamente ambientais.

d. A componente qualidade deverá ter por referência o objecto do contrato público em causa, e ter em consideração aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais.⁵³

A nova Directiva ao erigir a proposta economicamente mais vantajosa como critério de adjudicação dos contratos públicos, mediante a consideração do nível de custos e de resultados associados a determinada proposta, promove uma aproximação aos critérios de eficiência e de eficácia que disciplinam a realização da despesa pública.

Tal resulta das expressões como, “abordagem custo-eficácia” e “melhor relação qualidade/preço”, as quais invocam uma lógica de eficiência, mas também pela afirmação de uma avaliação pautada por “critérios qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objecto do contrato público em causa”, pautada por uma lógica de eficácia.

No entanto, pode verificar-se no concreto a existência de dificuldades associadas ao controlo de algumas variáveis aquando da determinação do critério de adjudicação, na medida em que as componentes qualidade e custos, poderão ser determinantes na escolha em detrimento de aspectos ambientais e sociais. Neste aspecto falhará o propósito do legislador comunitário no seu intento final de uma abrangência na Contratação Pública em torno de factores díspares da sociedade e da sua envolvência ambiental.

No entanto, há a salientar a enorme dificuldade da entidade adjudicante em precaver uma quantificação de aspectos sociais e ambientais na escolha da proposta, o que se perspectiva quase impossível, deitando assim por terra, os fins relativos ao controlo do cumprimento contratual.

Destaca-se em tal medida legislativa comunitária, no que diz respeito aos critérios de adjudicação, primar pela sua função pedagógica junto dos operadores económicos, já que incentiva a uma sensibilização e obediência a critérios de racionalidade económica, social e ambiental. E, neste contexto, está sempre subjacente o papel da entidade adjudicante de procurar encontrar de entre as propostas que lhe são apresentadas, aquela que se apresenta, do seu ponto de vista, economicamente mais vantajosa. Há que

⁵³ Hugo Flores da Silva, ob. cit. pp.82 e 83

salvaguardar não só os interesses no domínio da gestão dos recursos financeiros públicos, mas também acautelar os valores no domínio do Direito da Contratação Pública.⁵⁴

⁵⁴ Hugo Flores da Silva, ob. cit. pp.87 e 88

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dispõe o tema proposto, subjacente a toda a exposição, já por nós explanada ao longo deste trabalho, cuja despreziosa finalidade pretende a autora, seja um leve percorrer no extenso manancial legislativo, com o enquadramento no Direito da Contratação Pública, mais concretamente, nos *critérios de adjudicação*, no contexto sócio-económico em Portugal, ainda que com um audaz atrevimento em perscrutar sobre o que ao nível da Contratação Pública se legisla, noutros Estados, concretamente, de expressão oficial portuguesa.

Consciente da sua importância na hodierna e exigente sociedade, importância que tem vindo a acentuar-se nas últimas décadas, a Contratação Pública, ramo do Direito Público rege-se, a par do Direito Administrativo e com suporte no Direito Civil, quando a omissão legislativa se verifica, permite-nos obter respostas jurídico-legais, num contexto interpretativo na resolução dos casos em concreto, por princípios basilares à sua credibilidade, isenção, coerência, estabilidade e economicidade num Estado de Direito.

Os princípios estruturantes da Contratação Pública por nós já elencados, são os fundamentos que demandam tanto à entidade adjudicante como aos operadores económicos, aquando da formação dos contratos públicos, bem como durante todo o procedimento adjudicatório, a estarem subordinados a um fim impositivo de legalidade.

As Directivas comunitárias de 2004, estamos a falar, na Directiva 2004/18/CE e na Directiva 2004/27/CE, com a sua transposição para o Direito nacional, resultou numa reforma nas normas de Contratação Pública, implementando os princípios e as liberdades estabelecidos pelos Tratados da União Europeia.

Com o novo “*pacote legislativo comunitário de 2014*” ao nível da Contratação Pública, composto por duas Directivas relativas a contratos públicos, e uma Directiva relativa aos contratos de Concessão,⁵⁵ resulta uma alteração ao regime europeu de regulação dos procedimentos relativos aos mercados públicos na Europa.

As ora enunciadas Directivas incluem preceitos dedicados aos princípios da contratação, determinando assim a subordinação dos poderes públicos ao princípio corolário de um Estado de Direito e da juridicidade no contexto do direito da União Europeia.

⁵⁵ Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

Os objectivos que as novas Directivas se propõem alcançar são inúmeros, conforme já por nós elencados.

Primam as Directivas em análise, por evidenciarem uma preocupação por parte da União Europeia, em que os Estados-Membros devem tomar medidas necessárias a assegurar que, na formulação dos contratos públicos, os operadores económicos, os adjudicatários, respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções ou por disposições do direito internacional nas matérias ora elencadas.

As novas directivas de 2014, visam dar uma nova dinâmica à Contratação Pública, eliminando incongruências existentes com as anteriores directivas, bem como tratar esta matéria sob um ponto de vista que se pretende esteja em consonância com a realidade económico-financeira dos Estados-Membros, como seja a redução dos défices orçamentais e nesse sentido reduzindo custos, procurando melhores ofertas que satisfaçam os interesses de todas as partes envolvidas como sejam, a Administração, os operadores económicos e a sociedade em geral.

Conforme já elencado, o artº67º da Directiva 24/2014/UE, faz referência a que a adjudicação obedeça ao critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta factores a serem tidos em conta pela entidade adjudicante, designadamente, conforme já exposto, pela abordagem custo-eficácia, em que no custo do ciclo de vida⁵⁶ poderá estar incluída a relação qualidade/preço, sendo avaliada segundo critérios qualitativos, ambientais e sociais, não devendo nunca ser negligenciado o objecto do contrato público em causa. Tais critérios subjacentes à escolha da proposta poderá levar-nos a uma visão economicista por parte do Estado, mas não nos parecem que seja verdade.

A forma como o Estado se relaciona com os operadores económicos, em que ambos devem obrigar-se ao cumprimento das normas europeias e nacionais, que disciplinam a despesa pública, na medida em que a formação dos contratos públicos, deve pressupor a vinculação das entidades públicas ao rigor que é imposto pela ordem jurídica a todas as despesas inerentes aos dinheiros públicos. A despesa pública encontra-se adstrita ao cumprimento dos pressupostos de legalidade e regularidade financeira, bem como aos critérios de economia, eficiência e eficácia, devendo ser ainda objectiva e unívoca.

As regras elencadas nas novas directivas irão alterar o ecossistema da contratação

⁵⁶ Cálculo dos custos do ciclo de vida como método de densificação da abordagem de custo-eficácia, disciplinado no artº68º da Directiva 2014/24/UE.

pública, simplificando os procedimentos de formação de contratos públicos, com vista a torná-los mais flexíveis, donde resultará um maior benefício para as entidades adjudicantes. Estas estarão mais aptas a negociar com os operadores económicos já que procuram desburocratizar e acelerar todo o procedimento, promovendo a competitividade.

Resulta nesta medida que, todos os contratos serão celebrados num regime de concorrência, de forma transparente e não discriminatória. Em torno de um lema virado para a flexibilidade, ao nível da formação dos contratos públicos pretende-se que tal se realize de forma a obterem-se melhores resultados.

A sustentabilidade numa contratação pública aliada à prossecução de aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais, utilizando sempre uma abordagem custo-eficácia, a qual pode incluir a melhor relação qualidade/preço, em função do objecto do contrato público, leva-nos a arriscar dizer que o designado conceito jurídico associado ao critério de adjudicação patente na nova Directiva 2014/24/UE, não faz jus à sua real dimensão.

Atrever-nos-íamos, salvaguardadas claras estão, as devidas distâncias de quem não passa de uma mera aluna de mestrado em direito, a dizer que o conceito jurídico a ter em conta como critério de adjudicação no âmbito da Contratação Pública, poderia passar pela designação, *a proposta que melhor respeita os critérios adoptados* ou *a proposta mais sustentável face ao objecto contratual*.

BIBLIOGRAFIA

Ana Raquel Gonçalves Moniz

- Princípios da Contratação Pública – Revista de Contratos Públicos, nº11, CEDIPRE, Reforma Europeia da Contratação Pública.

Bernardo Azevedo

- Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos, Estudos de Contratação Pública-II, CEDIPRE, Coimbra Editora, Ano 2010.

Carlos Sérgio Madureira Rodrigues

- Dissertação de Mestrado “Entre a Contratação Pública Ecológica e a Contratação Pública Sustentável-Compreender o presente, transpor o futuro, Coimbra Editora, 2014.

Fernando Oliveira Silva

- A Regulação dos Contratos Públicos-Modelo para uma Autoridade Reguladora, Almedina Editora, ano 2016.

Hugo Flores da Silva

- Revista de Contratos Públicos, CEDIPRE, nº.11, Reforma Europeia da Contratação Pública, Novas Directivas e Tópicos de Despesa Pública.

João Henriques Pinheiro

- CEDIPRE online – Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação, Fevereiro/2011.

José Carlos Vieira de Andrade

- Lições de Direito Administrativo, Parte III – “O Contrato Administrativo”.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos

- Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Editora D. Quixote, 2ª Edição Reimpressão, Ano 2010.

Maria João Estorninho

- Curso de Direito dos Contratos Públicos por uma Contratação Pública Sustentável, Editora Almedina, ano 2014.

Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira

- Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública, 2ª Reimpressão, Editora Almedina, Ano 2016.

Rodrigo Esteves de Oliveira

- Princípios Gerais da Contratação Pública, Estudos da Contratação Pública I, Coimbra Editora, Ano 2008.

Pedro Costa Gonçalves

- Direito dos Contratos Públicos, Colaboração de Carla Machado e José Azevedo Moreira, Editora Almedina.

Vital Moreira

- Revista de Legislação e de Jurisprudência – “Nova Gestão Pública” e “Direito Administrativo”, Ano 142, nº.3978, Janeiro-Fevereiro de 2013.

Instituto da Construção e do Mobiliário – INCI

- Guia sobre as novas Directivas europeias da Contratação Pública, Reforma da Contratação Pública, ano 2014

Revista de Contratos Públicos, nº. 10, CEDIPRE, Editora Almedina, ano 2014.

Revista de Contratos Públicos, nº11, Reforma Europeia da Contratação Pública, CEDIPRE, Editora Almedina.

Revista de Contratos Públicos, nº. 13, Reforma Europeia da Contratação Pública, CEDIPRE, Editora Almedina, Ano 2016

- **Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Fevereiro de 2014**

- **Despacho nº. 2969/2015 da Presidência da República e do Conselho de Ministros e dos Ministros das Finanças e da Economia** de 17 de Março de 2015, publicado no DR II Série, nº58, de 24/03/2015.

- **Epública, Revista Electrónica de Direito Público, Breves Reflexões sobre a transposição das Directivas de Contratação Pública de 2014, nº.5, 2015** – “A crise: Um novo Direito Administrativo?” – AA.VV., A crise e o Direito (coordenador Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra, Almedina, Coimbra, 2013.

- **Epública – Revista Eletrónica de Direito Público, Breves Reflexões sobre a transposição das Directivas de Contratação Pública de 2014**, e de Carmen Estevan de Quesada “Competition and transparency in public procurement markets” in Public Procurement Law Review, nº.5, ano 2014.

- **Epública – Revista Eletrónica de Direito Público, Breves Reflexões sobre a transposição das Directivas de Contratação Pública de 2015, nº.5**, bem como “Public Contrats at the Epicenter of the crisis: Pondering the Variable Intensity of the Competition Principle”, in European Review of Public Law, Volume 25, nº.1 Spring 2013.

Código Contratação Pública Cabo Verde

- https://webmail.mj.pt/?ae=Item&_www.governo.cv

- **Atlas Internacional Legal Advice, Flash Informativo Público**, Raúl Mota Cerveira e Catarina Pinto Correia

- **UFSA – Unidade Funcional de Supervisão das Aquisições, Áreas e Projectos da UFSA – Procedimentos de Contratação Pública**

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão “Van Duyn” – Proc. N.41/74, de 04 de Dezembro de 1974 do TJUE.

Acórdão “Concordia Bus” – Proc.n. C-513/99 de 17 de Janeiro de 2002 do TJUE.

Acórdão “Teleaustria” – Proc.n. C-324/98 do TJUE

Acórdão “Benet Mousten Vestergaard” – 2001 – Proc.n. C-59/00 do TJUE.

Acórdão “Parking Brixen“ – Proc.n. C-458/03

Acórdão nº. 32/2011 de 28/11 – 1ªsecção – Processo nº. 587/2011 do Tribunal de Contas.

Acórdão nº.27/13 de 05/11, da 1ªS/SS – Processo nº. 1406/2013 do Tribunal de Contas.

Acórdão - Proc.n.00322/11.5BEBRG, de16/12/2011 do TCAN.

Acórdão – Proc. Nº.288/10 de 21/11/2013 do STA.