

## A ESCOLHA DOS PROCEDIMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS \*

Manuel Pereira Augusto de Matos

### I – Nota introdutória: os princípios

Muito embora se reconheça que o conceito de contrato público é mais vasto do que o do contrato administrativo, considero pertinente, em breve nota introdutória, e recordando aspectos que certamente, e com outra profundidade, já terão sido abordados, convocar os princípios fundamentais da actividade administrativa presentes no momento da formação dos contratos administrativos, nomeadamente os princípios de natureza material consagrados no artigo 266.º da Constituição.

Devem ser considerados, neste âmbito, acompanhando FREITAS DO AMARAL, os princípios da prossecução do interesse público e do respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, da legalidade e da autonomia pública, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé<sup>1</sup>.

No procedimento administrativo dirigido à escolha do co-contratante, assume particular relevo a regra da obrigatoriedade do concurso público.

No domínio do CPA, após se proceder, no seu artigo 182.º à tipificação das diferentes formas de escolha do co-contratante – concurso

---

\* O presente texto serviu de base à exposição que teve lugar em 15 de Março de 2012, no âmbito do Curso Pós-Graduado sobre «Contratos Públicos em tempos de crise», organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de LINO TORRAL, Volume II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 575.

público, concurso limitado por prévia qualificação, concurso limitado sem apresentação de candidaturas, negociação com ou sem publicação prévia de anúncio, ajuste directo –, é manifestada uma clara preferência pelo concurso público. O artigo 183.º do CPA estabelecia que, «com ressalva do disposto nas normas que regulam a realização de despesas públicas ou em legislação especial, os contratos administrativos devem ser precedidos de concurso público».

Como salienta FREITAS DO AMARAL, dir-se-á que, nos contratos administrativos, o «espírito que enforma a legislação portuguesa» é o de que «a melhor forma de salvaguardar os vários interesses públicos envolvidos – realização da melhor escolha, garantia de competência, capacidade e idoneidade do co-contratante, transparência e seriedade do processo de selecção, igualdade de oportunidades dos interessados – consiste em fazer a escolha do contraente particular por meio de concurso público”<sup>x2</sup>. Por isso, defende o autor que o uso de outras modalidades de escolha do co-contratante – concurso limitado, negociação ou ajuste directo – tem de se considerar excepcional<sup>x3</sup>. E justifica: «o concurso público, aceitando a livre competição dos interessados e não excluindo ninguém, é o sistema que melhor garante tanto o direito de livre acesso dos particulares à contratação pública, como a seriedade, transparência e isenção da escolha a efectuar pela Administração, na base de uma efectiva igualdade de oportunidades entre todos os interessados»<sup>x4</sup>.

O concurso público na celebração de um contrato administrativo traduz-se, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA, num procedimento que visa «escolher o co-contratante com base em simultâneos proposta contratual e convite a contratar, dirigido a um elenco não pré-determinado ou indeterminável de destinatários, em regime de concorrência, procedimento aquele que se conclui com a adjudicação ou a recusa em adjudicar, mas de que decorre, de forma necessária – quanto ao concorrente escolhido e ao conteúdo essencial da proposta preferida – a celebração do contrato»<sup>2</sup>.

<sup>x2</sup> *Ob. cit.* [Curso de Direito Administrativo, vol. II], pp. 593-594.

<sup>x3</sup> *Idem*, p. 596.

<sup>x4</sup> *Ibidem*.

<sup>2</sup> *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Edições Lex, Lisboa, 1994, p. 42.

O *princípio da concorrência*, a par de outros princípios específicos do concurso público (princípios da objectividade, da publicidade e da estabilidade das regras), tem que ver com uma ideia de igualdade, de justiça, de imparcialidade, de transparência<sup>3</sup>, constituindo uma «verdadeira trave-mestra dos procedimentos concursais». Como ponderam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, através de um procedimento dirigido à concorrência, «assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses administrativos que lhes estão cometidos (e que implicam dispêndio de dinheiros públicos ou cedência de bens ou utilidades administrativos), os entes públicos o façam da forma publicamente mais vantajosa possível»<sup>4</sup>. E acrescentam estes Autores: «quanto mais pessoas se apresentarem perante a Administração, como eventuais futuros contratantes, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no mercado administrativo, melhor: maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da Administração – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas»<sup>5</sup>.

Também MARIA JOÃO ESTORNINHO se refere ao papel fundamental que o princípio da concorrência assume nos procedimentos concursais, prevendo a lei, consoante o tipo de procedimento de escolha do co-contratante, «modalidades e graus diferentes de concretização» do princípio, «sendo certo que é no concurso público que ele é levado mais longe»<sup>6 7</sup>.

<sup>3</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, cit., p. 63.

<sup>4</sup> *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa – Das Fontes às Garantias*, Reimpressão, Almedina, 2003, p. 101.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português ...*, Almedina, 2006, p. 371. Aludindo a uma certa relatividade na concretização do princípio da concorrência, referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA que «a concorrência não se realiza, contudo, segundo um modelo ou espécie única», sendo «máxima nas hastas e nos concursos públicos (...) e vai decrescendo em exigências e garantias, ao passar-se para o concurso limitado, até chegar aos concursos ou procedimentos por negociação (...). Até no procedimento por ajuste directo (com recurso à consulta de mais do que uma entidade) pode, porém, haver laivos do princípio concorrencial» (*ob. cit.*, pp. 101-102).

<sup>7</sup> Sobre o tema do concurso público, v. ainda FAUSTO DE QUADROS, “O concurso público na formação do contrato administrativo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 47, Dezembro, 1987, pp. 710 e segs., CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 119-124.

No direito comunitário vigoram, enquanto princípios fundamentais e estruturantes, o princípio de uma «economia de mercado aberta e de livre concorrência», consagrado no artigo 4.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE), e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, acolhido no artigo 12.º do mesmo diploma, com expressão concreta noutras disposições<sup>8</sup>.

As sucessivas gerações de Directivas comunitárias em matéria de contratação pública têm procurado, «tendo justamente como pano de fundo a ideia de uma economia aberta e de livre concorrência, assegurar a efectiva eliminação das chamadas barreiras «invisíveis» ao mercado interno da contratação pública, bem como condições fundamentais de igualdade dos agentes económicos na participação nos diversos procedimentos de formação dos contratos públicos»<sup>9</sup>.

Como, oportunamente, a Comissão recordou, «as directivas “contratos públicos”<sup>[10]</sup> visam não apenas assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos operadores económicos, mas impõem igualmente que um número mínimo de candidatos seja convidado a participar nos processos, quer se trate de concursos públicos, concursos limitados, processos por negociação ou diálogos concorrenciais»<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> V. JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIS MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 264-268. Desenvolvendo os princípios da contratação pública no ordenamento jurídico comunitário, v. CLÁUDIA VIANA, *ob. cit.*, pp. 110 e segs.

<sup>9</sup> RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, N.º 69, Maio/Junho 2008, p. 4. Referenciando as fases na evolução em matéria de directivas comunitárias sobre contratação pública, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, *cit.*, pp. 36 e segs. Sobre este tópico, v. também MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 38-52.

<sup>10</sup> Expressão que engloba a Directiva n.º 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços – “directiva-serviços” – a Directiva n.º 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa a contratos de fornecimento, a Directiva n.º 93/37/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas – “directiva-empreitadas” –, e Directiva n.º 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações – “sectores excluídos”.

<sup>11</sup> *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e de Concessões*, de 30 de Abril de 2004.

Entende-se, neste passo, que é oportuno lembrar que a Lei n.º 54/2008, de 4 de Setembro, que criou o Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), considera serem actividades de risco agravado de ocorrência de factos de corrupção activa ou passiva, de criminalidade económica e financeira, e demais infracções referenciadas no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma, nomeadamente, as que abrangem aquisições de bens e serviços, empreitadas de obras públicas e concessões sem concurso<sup>12</sup>.

A Assembleia da República aprovou, por sua vez, a Resolução n.º 162/2011, de 29 de Dezembro – «Recomendação ao Governo no âmbito do *outsourcing* do Estado com vista a uma maior transparência desses contratos»

Recomenda-se ao Governo que:

«1 - Promova as alterações necessárias ao Código dos Contratos Públicos garantindo que as entidades privadas contratadas para prestar serviços, vulgo *outsourcing*, não possuem interesses conflitantes com o interesse público.

2 - As alterações a efectuar ao Código dos Contratos Públicos devem obedecer aos seguintes critérios:

a) Consagração da obrigatoriedade de uma declaração de compromisso de objectividade, confidencialidade e ausência de interesses, por parte da entidade contratada, no momento da celebração de um contrato de prestação de serviços com o Estado, seja este efectuado por via de concurso público ou ajuste directo;

b) Consagração de um elenco taxativo/exemplificativo das situações que podem configurar um conflito de interesse»

No ano de 2004, foram adoptadas duas novas directivas comunitárias em matéria de contratação pública, cuja transposição foi

<sup>12</sup> V. A Deliberação do CPC sobre «Código dos Contratos Públicos e Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro», de 6 de Maio de 2009, disponível no sítio do Tribunal de Contas, no endereço: <http://www.cpc.tcontas.pt/>.

concretizada pelo Código dos Contratos Públicos: a Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, e a Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (*Directiva Sectores Especiais*), relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais<sup>13</sup>.

## II – O Código dos Contratos Públicos

1. O Código dos Contratos Públicos (CCP) foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro<sup>14</sup>.

O CCP visa estabelecer a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos administrativos e surgiu a pretexto da necessidade de proceder à transposição das directivas comunitárias supra mencionadas.

No cumprimento dessa obrigação comunitária, o CCP pretende criar, como se refere no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, «um conjunto homogéneo de normas relativas aos procedimentos pré-contratuais públicos».

No entanto, o CCP não se limita à transposição dessas directivas comunitárias, já que envolve «também a regulação de todos os procedimentos que não se encontram abrangidos pelos âmbitos objectivo e subjectivo das directivas, mas que não deixam, por isso, de revestir a

<sup>13</sup> Publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia (JO)*, L 134, de 30 de Abril de 2004.

<sup>14</sup> Tanto o Decreto-Lei n.º 18/2008, como o Código foram objecto das rectificações constantes da Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, publicada no *Diário da República*, I série, n.º 62, de 28 de Março de 2008. O Código foi alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Leis n.º 223/2009, de 11 de Setembro, e n.º 278/2009, de 2 de Outubro (com republicação), pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, e pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro.

natureza de pré-contratuais públicos», devendo «beneficiar de um tratamento legislativo integrado»<sup>15</sup>.

Por outro lado, aspecto também salientado na citada nota preambular, o CCP assume-se como «instrumento de codificação da disciplina aplicável à contratação pública e do regime substantivo dos contratos administrativos, motivado pela necessidade de uniformização de regras dispersas, de regulamentação de vazios jurídicos, de simplificação procedimental e de modernização legislativa». De certo modo, como refere MARIA JOÃO ESTORNINHO, a transposição daquelas directivas constituiu pretexto para que se «reunisse num único diploma, de modo uniforme, sistematizado e coerente, normas que, qual verdadeiro mil-folhas (CABANES) (-), têm estado dispersas por uma série de diplomas legais»<sup>16</sup>.

Em termos sistemáticos, o CPP é constituído por cinco partes. A Parte I reporta-se ao «Âmbito de aplicação», subjectivo e objectivo. A Parte II é dedicada à «Contratação Pública», regulando a formação da generalidade dos contratos da Administração. A Parte III disciplina o «Regime substantivo dos contratos administrativos». A Parte IV rege sobre o «Regime contra-ordenacional», tratando a Parte V das «Disposições finais».

2. O tema que me foi proposto – *escolha dos procedimentos pré-contratuais* – insere-se no Título I da Parte II, dedicado, precisamente, aos «Tipos e escolha de procedimentos», desenvolvendo-se, essencialmente, pelos artigos 16.º a 33.º<sup>17</sup>, devendo ser convocados outros preceitos, nomeadamente, aqueles que definem e caracterizam cada um dos tipos procedimentais.

O artigo 16.º, n.º 1, estabelece uma regra que importa assinalar e que tem que ver com os contratos cuja formação não se encontra abrangida pela Parte II.

<sup>15</sup> Transcrições do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008.

<sup>16</sup> “A transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 58, Julho/Agosto 2006, p. 11.

<sup>17</sup> Pertencerão ao CCP todos os artigos citados sem outra indicação.

Na linha do que dispõe o artigo 5.º, n.º 1, que, a propósito da contratação excluída, prescreve que a Parte II do Código «não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação», o artigo 16.º, n.º 1, prevê que os tipos de procedimentos que podem ser adoptados pelas entidades adjudicantes são aplicáveis somente «para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado».

Para MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, estão abrangidos na previsão deste artigo 16.º, n.º 1, «os contratos em que a administração figure como credora de uma prestação que possa ser efectuada por uma pluralidade de entidades, ou como devedora de uma prestação para a qual possa existir uma pluralidade de interessados; ou seja, aqueles em que o procedimento pré-contratual deve ser funcionalizado aos objectivos de minimização das despesas e/ou de maximização das receitas da administração»<sup>18</sup>. Acrescentam estes Autores que «a susceptibilidade de submissão à concorrência de mercado é abstracta e não concreta»<sup>19</sup>.

Também ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ pondera que a delimitação do âmbito da Parte II do CCP «pressupõe que aí se enquadrem todas as situações em que entre os particulares em condições de oferecer os bens ou serviços (os potenciais co-contratantes) se verifique uma concorrência; ou, dito de outra forma, integrar-se-ão na previsão do legislador todos aqueles contratos cujas prestações (pela sua natureza, características ou posição relativa das partes) suscitam entre os

<sup>18</sup> *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, *cit.*, p. 78. GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE entendem também que «haverá natureza concorrencial sempre que as prestações em que esse contrato se analisa tenham natureza fungível e valor económico» (*ob. cit.*, p. 23 e nota 18).

<sup>19</sup> *Idem*, p. 79. Referem os mesmos Autores que, mesmo que a prestação objecto de um contrato só possa, em concreto, ser confiada a uma entidade determinada, bastará a sua possibilidade abstracta de submissão à concorrência para que se aplique a Parte II do CCP (*ibidem*).

potenciais co-contratantes que as oferecem à Administração uma “competição” própria da concorrência de mercado»<sup>20</sup>.

A disciplina da Parte II do CCP não se aplica, pois, aos contratos «cuja formação escape à lógica concorrencial»<sup>21</sup>, referenciados no artigo 4.º (*contratos excluídos*), não se aplicando também à formação dos contratos cujo objecto abranja prestações não submetidas à concorrência de mercado (artigo 5.º, n.º 1), nem aos contratos especificamente excluídos nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 5.º.

O n.º 2 do artigo 16.º enuncia exemplificativamente alguns contratos cujas prestações típicas se consideram submetidas à concorrência de mercado (empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis, aquisição de serviços, sociedade).

**3.** Para a formação dos contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado dispõe o n.º 1 do citado artigo 16.º disposição que as entidades adjudicantes devem adoptar um dos seguintes tipos de procedimentos:

- (a) Ajuste directo;
- (b) Concurso público;
- (c) Concurso limitado por prévia qualificação;
- (d) Procedimento de negociação;
- (e) Diálogo concorrencial.

Como se vê, o CCP procedeu à redução do número e diversidade dos procedimentos, tendo-se eliminado os procedimentos de concurso limitado sem apresentação de candidaturas, a negociação sem publicação

<sup>20</sup> “Contrato público e domínio público – Os contratos sobre o domínio público à luz do Código dos Contratos Públicos e da nova legislação sobre o domínio público”, *Estudos de Contratação Pública – I*, CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, organização de PEDRO GONÇALVES, Coimbra Editora, 2008, pp. 831-892 [p.848].

<sup>21</sup> RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, cit., p. 7.

prévia de anúncio e a consulta prévia, modalidades agora integradas no “novo” ajuste directo<sup>22</sup>.

O diálogo concorrencial constitui uma inovação decorrente das directivas comunitárias objecto de transposição.

### III – Tipos de procedimentos. Noções

#### 1. Ajuste directo

De acordo com a noção contida no artigo 112.º do CCP, o *ajuste directo* é o «procedimento em que a entidade adjudicante convida uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar propostas, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato».

Desta noção, retira-se que o ajuste directo compreende duas hipóteses: o ajuste directo sem qualquer consulta prévia ou ajuste directo com convite a uma entidade – e o ajuste directo com convite a várias entidades ou ajuste directo com convite a vários interessados – podendo aqui ocorrer uma fase de negociação.

Para além deste regime geral, prevê o CCP um regime simplificado de ajuste directo – artigos 128.º e 129.º – **ajuste directo simplificado**, destinado à formação de um contrato de aquisição ou locação de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo *preço contratual*<sup>23</sup> não seja superior a € 5000. Neste caso, a adjudicação pode ser feita pelo órgão competente para a decisão de contratar, directamente sobre uma factura ou um documento equivalente apresentado pela entidade convidada.

<sup>22</sup> V. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 64, Julho/Agosto 2007, pp. 15 e segs.

<sup>23</sup> Na economia do CCP, de acordo com o seu artigo 97.º, n.º 1, o preço contratual corresponde ao preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato. O preço contratual corresponde a um valor concreto, fixado em resultado do preço que foi proposto pelo adjudicatário, não podendo ser superior ao «valor do contrato».

O procedimento de ajuste directo simplificado está dispensado de quaisquer outras formalidades previstas no presente Código, incluindo as relativas à celebração do contrato e à publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos (n.º 3 do artigo 128.º).

Na nova estrutura e regime que o CCP lhe conferiu, o ajuste directo apresenta-se, como tem sido assinalado, como o «procedimento mais flexível, de “geometria variável”, de todos os procedimentos clássicos previstos no Código»<sup>24</sup>.

Por seu lado, o ajuste directo simplificado, especialmente previsto para a formação de contratos de aquisição ou locação de bens móveis ou de aquisição de serviços, apresenta-se como um meio de agilização das contratações de menor valor.

## 2. Concurso público

O *concurso público* pressupõe a concorrência na sua maior amplitude. Muito embora o CCP não o defina, a noção de concurso público não se afasta da que constava do artigo 47.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (regime jurídico das empreitadas de obras públicas): «O concurso diz-se público quando todas as entidades que se encontrem nas condições gerais estabelecidas por lei podem apresentar proposta», ou, na definição proposta pelas Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, um procedimento pré-contratual em que «qualquer operador económico interessado pode apresentar uma proposta»<sup>25</sup>.

Prevê-se ainda que as entidades adjudicantes possam adoptar o **concurso público urgente**, verificados o âmbito e os pressupostos enunciados no artigo 155.º.

<sup>24</sup> MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, cit., p. 16.

<sup>25</sup> V. artigo 1.º, n.º 11, alínea a), da Directiva n.º 2004/18/CE, e artigo 1.º, n.º 9, alínea a), da Directiva n.º 2004/17/CE. Cfr. artigo 182.º, n.º 2, do CPA.

Assim, nos termos deste preceito, em caso de urgência na celebração de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente para a entidade adjudicante, pode adoptar-se o procedimento de concurso público, desde que:

- O valor do contrato a celebrar seja inferior a 130.000,00, se a entidade adjudicante for o Estado;
- O valor do contrato a celebrar seja inferior a 200.000,00, no caso das demais entidades adjudicantes.
- Em qualquer situação, exige-se que o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.

### **3. Concurso limitado por prévia qualificação**

O *concurso limitado por prévia qualificação*, de acordo com a definição constante das citadas Directivas, é o procedimento «em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que só os operadores económicos convidados pela entidade adjudicante podem apresentar propostas»<sup>26</sup>.

Neste procedimento, regulado nos artigos 162.º a 192.º do CCP, há sempre uma fase de prévia qualificação «em que se avaliam a capacidade técnica e a capacidade financeira dos candidatos e apenas aqueles que são seleccionados é que são posteriormente convidados a apresentar proposta»<sup>27</sup>.

### **4. Procedimento de negociação**

O *procedimento de negociação* constitui um procedimento pré-contratual em que «as entidades adjudicantes consultam os operadores económicos da sua escolha e negociam as condições do contrato com um ou mais de entre eles»<sup>28</sup>. Como assinala JORGE ANDRADE DA

<sup>26</sup> V. artigo 1.º, n.º 11, alínea b), da Directiva n.º 2004/18/CE, e artigo 1.º, n.º 9, alínea b), da Directiva n.º 2004/18/CE.

<sup>27</sup> ANA GOUVEIA MARTINS, “Concurso limitado por prévia qualificação”, *cit.*, p. 239.

<sup>28</sup> V. artigo 1.º, n.º 11, alínea d), da Directiva n.º 2004/18/CE, e artigo 1.º, n.º 9, alínea c), da Directiva n.º 2004/18/CE.

SILVA, «a negociação, como meio de adjudicação de contratos (-), envolvendo um conjunto de discussões e de compromissos recíprocos entre duas partes, é antinómica da concorrência»<sup>29</sup>. Por isso mesmo, acrescenta este Autor, «são bem restritos os casos em que é admissível o recurso a este tipo de procedimento»<sup>30</sup>, como resulta do disposto no artigo 29.º do CCP, preceito que os enuncia de modo taxativo.

## 5. Diálogo concorrencial

O *diálogo concorrencial*, é um procedimento sem correspondência no regime jurídico adjudicatório anterior, tendo sido introduzido com a transposição das mencionadas directivas comunitárias. De acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 11, alínea c), da Directiva n.º 2004/18/CE, o diálogo concorrencial «é o procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos seleccionados serão convidados a apresentar uma proposta».

Nos termos do artigo 30.º, n.º 1, do CCP, o diálogo concorrencial é aplicável «quando o contrato a celebrar, qualquer que seja o seu objecto, seja particularmente complexo, impossibilitando a adopção do concurso público ou limitado por prévia qualificação» (cfr. artigo 29.º da Directiva n.º 2004/18/CE).

Em domínios de contratação complexa, através deste procedimento adjudicatório, visa-se a obtenção de «soluções para as dificuldades das entidades adjudicantes em sectores de actividade complexos e em constante evolução, como sucede no campo da alta tecnologia; aquelas entidades conhecem as necessidades a satisfazer, mas desconhecem as soluções de ordem técnica e outras que permitam a sua satisfação (-), portanto, não as podendo definir no caderno de encargos. É, pois, adoptável quando a entidade adjudicante, face à excepcional complexidade do projecto, *objectivamente*, não está

<sup>29</sup> *Ob. cit.*, pp. 136-137.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

habilitada a definir os meios técnicos necessários ou a estrutura jurídica ou financeira relativos a esse projecto»<sup>31</sup>.

O diálogo concorrencial, tal como sucede com o procedimento de negociação, constitui um procedimento especial, «ao qual só se pode recorrer com base em critérios materiais, à margem, portanto, da regra geral de “liberdade de escolha do procedimento” adjudicatório»<sup>32 33</sup>.

#### **IV – A escolha dos procedimentos pré-contratuais no CPC**

1. O complexo normativo que rege a escolha dos procedimentos pré-contratuais e respectivos critérios está condensado, essencialmente, como já foi dito, nos artigos 16.º a 33.º.

Os Capítulos II, III e IV da Parte II versam sobre os critérios de escolha do procedimento, considerando, sucessivamente:

- O valor do contrato (artigos 17.º a 22.º);
- A escolha em função de critérios materiais (artigos 23.º a 30.º);
- A escolha em função de outros critérios – tipo de contrato e entidade adjudicante (artigos 31.º a 33.º).

**2. O valor do contrato enquanto critério de escolha do procedimento adjudicatório:**

<sup>31</sup> JORGE ANDRADE DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 139-140. Entre exemplos de contratos excepcionalmente complexos, o Autor, citando ALFONSO MATTERA, menciona «a construção de um aeroporto de cidade com grande afluxo de passageiros, a construção de metro a integrar num sistema de transportes multimodal, a introdução de um sistema informático particularmente sofisticado responsável pela imigração extracomunitária ou a obra de ligação entre uma ilha e o continente» (*idem*). Sobre esta figura jurídica pré-contratual, nomeadamente sobre os seus requisitos e pressupostos e tramitação procedimental, v. MARK KIRKBY, “O diálogo concorrencial”, *Estudos de Contratação Pública – I, cit.*, pp. 275-326.

<sup>32</sup> MARK KIRKBY, “O diálogo concorrencial”, *Estudos de Contratação Pública – I, cit.*, p. 278.

<sup>33</sup> Não consta que este procedimento de diálogo concorrencial tenha já sido realizado em Portugal.

**2.1.** O artigo 17.º do CCP fornece a noção de «valor do contrato» a celebrar, procedendo à caracterização do elemento – benefício económico – em que tal valor se traduz.

Dispõe o preceito que:

«Artigo 17.º

*Noção*

1 – Para efeitos do presente Código, o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto.

2 – O benefício económico referido no número anterior inclui, além do preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros, o valor de quaisquer contraprestações a efectuar em favor do adjudicatário e ainda o valor das vantagens que decorram directamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.

3 – No caso de se tratar de um contrato de empreitada de obras públicas, o benefício referido no n.º 1 inclui ainda o valor dos bens móveis necessários à sua execução e que a entidade adjudicante ponha à disposição do adjudicatário.

4 – Caso não se verifique qualquer das situações referidas nos números anteriores considera-se o contrato sem valor.»

Desta disposição resulta que «é preciso entrar em linha de conta (...) com o valor económico das prestações em que o contrato se analisa», pois «pressupõe-se sempre a existência de um benefício económico»<sup>34</sup>.

Note-se que o valor do contrato se consubstancia num «valor máximo», num valor limite que deve conter-se ao valor dos limiares legalmente fixados para cada procedimento. Não se traduz, portanto, num valor fixo e concreto decorrente, designadamente, de uma estimativa.

<sup>34</sup> GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *ob. cit.*, p. 23.

Por outro lado, cumpre dizer que o valor do contrato é considerado sob a perspectiva do adjudicatário e não da entidade adjudicante. Nos termos do disposto no n.º 1 do preceito transcrito, o valor do contrato corresponde ao valor máximo do benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução do contrato e que justifica o interesse que a celebração desse contrato vai suscitar no mercado.

Cumpre ainda assinalar que o valor do contrato é o valor máximo do *benefício económico de que o adjudicatário usufruirá em função do procedimento adoptado*, valor esse que deverá ajustar-se aos limiares fixados nos artigos 19.º a 21.º.

O benefício económico pode abranger, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 17.º, há pouco reproduzido, o valor ou valores pecuniários a pagar pela execução das prestações contratuais, quer pela entidade adjudicante, quer por terceiros, assim como o valor de quaisquer contraprestações a efectuar em favor do adjudicatário, ou ainda o valor das vantagens que decorram directamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem<sup>35</sup>.

As entidades adjudicantes continuam a gozar de discricionariedade na escolha do procedimento pré-contratual a adoptar, mantendo-se o *princípio de liberdade de escolha de procedimento pré-contratual*.

<sup>35</sup> Sobre a noção e elementos constitutivos do valor do contrato e modo de apuramento, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, com a colaboração de MIGUEL NEIVA DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 630-633., e GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *ob. cit.*, pp. 141-145. Para os dois primeiros autores citados, numa empreitada de obra pública, «o valor do contrato inclui, além do preço dos trabalhos de engenharia civil e dos outros benefícios ou valores [pecuniários], também o valor dos móveis necessários à sua execução – sejam, por exemplo, *bulldozers*, escavadoras, camiões, o estaleiro – que a entidade adjudicante disponibilizar para serem empregues na construção» (*ob. cit.* p. 631, nota 447). Como exemplo de contrapartidas, os autores referem a permissão para afixação de publicidade, a cedência, enquanto durar a execução da obra, dos armazéns necessários à guarda de materiais e de utensílios utilizados na realização do serviço contratado. Como exemplo de vantagens, que têm de assumir carácter sinalagmático, os mesmos autores referem o direito de o empreiteiro a fazer seus os materiais e adornos do edifício a demolir para efeitos de construção de um novo.

De acordo com o disposto no artigo 18.º, as entidades adjudicantes podem escolher livremente entre os procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado (a escolha dos outros dois procedimentos está condicionada à verificação de critérios legais). O que sucede é que essa liberdade de escolha vai condicionar o valor do contrato a celebrar, que não pode ultrapassar determinados limites, fixados no CCP, para cada tipo de procedimento.

Como salientam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «a razão de ser da associação entre tipo de procedimento e valor do contrato é simples: quanto maior for a dimensão financeira do contrato, maiores são as exigências impostas pelo princípio da concorrência (...) e, por isso, mais solene e formalizado deverá ser o procedimento pré-contratual aplicável»<sup>36</sup>.

Por outro lado, cumpre dar nota de um aspecto salientado por JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ segundo os quais a escolha dos procedimentos de ajuste directo, concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação é livre, embora ela condicione o valor do contrato a celebrar. Por seu lado, muito embora impenda primariamente sobre a entidade adjudicante, a escolha é «juridicamente vinculativa também para os concorrentes», na medida em que, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 47.º, «quando um valor inferior não resulte do regime de competências para a autorização de despesas públicas ou do próprio Caderno de Encargos do procedimento, o valor do contrato arvora-se em preço base que tem o efeito de determinar a exclusão de todas as propostas cujo preço supere tal valor (cfr. alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP)»<sup>37</sup>. Estes preceitos completam, segundo os mesmos autores, «um conjunto normativo que, na sua globalidade, tem o efeito de associar a escolha de um procedimento restritivo da concorrência a um montante máximo de benefícios económicos que um adjudicatário seleccionado à margem de um ambiente de plena concorrência pode auferir pela execução do contrato: o tipo de

<sup>36</sup> *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, *cit.*, p. 84.

<sup>37</sup> *As Medidas Excepcionais de Contratação pública para os Anos de 2009 e 2010 – Breve Comentário ao Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro*, Coimbra Editora, 2009, p. 51.

procedimento escolhido força a Entidade Adjudicante a não adjudicar e excluir qualquer proposta cujo preço seja superior ao valor legalmente associado à escolha desse procedimento»<sup>38</sup>.

**2.2.** Os artigos 19.º e 20.º contemplam a escolha do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas e de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, estabelecendo, designadamente, os respectivos limiares para a escolha do ajuste directo.

### **3. Escolha do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas e de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços**

**3.1.** A escolha do **ajuste directo** permitirá que:

**A** – Uma entidade adjudicante integrada no sector público tradicional (artigo 2.º, n.º 1, do CCP) possa celebrar:

- Um contrato de empreitada de obras públicas de valor inferior a € 150.000 – artigo 19.º, alínea a);
- Um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de valor inferior a € 75.000 – artigo 20.º, n.º 1, alínea a) – 1.ª parte;
- Um contrato de aquisição de planos, de projectos ou de criações conceptuais nos domínios da arquitectura ou da engenharia de valor inferior a € 25.000 – artigo 20.º, n.º 4.

**B** – Outra entidade adjudicante referenciada no n.º 2 do artigo 2.º – organismos de direito público –, ou o Banco de Portugal possam celebrar

---

<sup>38</sup> *Ibidem.*

- Um contrato de empreitada de obras públicas de valor inferior a € 1.000.000 – artigo 19.º, alínea b);
- Um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de valor inferior a € 200.000<sup>39</sup> – artigo 20.º, n.º 1, alínea a) – 2.ª parte;

**3.2. A escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação** permite a qualquer entidade adjudicante a celebração de contrato de empreitada de obras públicas e de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços qualquer que seja o valor, sem prejuízo de eventuais limitações existentes em sede de autorização de despesas.

No entanto,

- A escolha do **concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação sem anúncio no Jornal Oficial da União Europeia** só permitirá que qualquer entidade adjudicante possa celebrar um **contrato de empreitada de obras públicas** de valor inferior a € 5.000.000,00, valor correspondente ao limiar fixado no artigo 7.º, alínea

<sup>39</sup> Limiar resultante do Regulamento (CE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de Novembro de 2011, em vigor desde 1.01. 2012, que alterou o limiar fixado no artigo 7.º, alínea b), da Directiva n.º 2004/18/CE.

Os limiares anteriormente fixados nesta disposição foram, sucessivamente, os seguintes:

- (1) € 162.000,00 – redacção originária da Directiva;
- (2) € 154.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1874/2004 da Comissão, de 28 de Outubro de 2004;
- (3) € 211.000,00 – Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005;
- (4) € 206.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007;
- (5) € 193.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de Novembro de 2009.

Cumprir referir que, embora não tenha sido ainda editada a portaria a que alude o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 18/2008 – publicitação da actualização dos limiares comunitários –, o citado Regulamento (CE) n.º 1251/2011 é obrigatório e directamente aplicável em todos os Estados Membros, nos termos do artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ex-artigo 249.º do Tratado de Roma).

c), da Directiva n.º 2004/18/CE<sup>40</sup> [artigo 19.º, alínea b), 2.ª parte, do CCP]<sup>41</sup>.

- Relativamente aos **contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços com ausência de publicitação no Jornal Oficial da União Europeia**, há que distinguir quanto à natureza das entidades adjudicantes.

Assim:

Quando a entidade adjudicante seja o **Estado**, a escolha do **concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação sem anúncio no Jornal Oficial da União Europeia** permitirá a celebração de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de valor inferior a € 130.000, valor correspondente ao limiar fixado no artigo 7.º, alínea a), da Directiva n.º 2004/18/CE<sup>42</sup>, excepto se se tratar dos contratos a seguir indicados, cujo valor já pode ser inferior a € 200.000 (artigo 20.º, n.º 3):

- Contratos de locação ou de aquisição de bens móveis a celebrar no domínio da defesa
- Contratos de aquisição de serviços de investigação e desenvolvimento, de transmissão de programas televisivos e de emissões de rádio, de serviços de interconexão e serviços

<sup>40</sup> Este valor foi fixado pelo Regulamento (CE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de Novembro de 2011.

<sup>41</sup> Os limiares anteriores, fixados no citado artigo 7.º, alínea c), da Directiva, foram, sucessivamente, os seguintes:

- (1) € 6.242.000,00 – redacção originária da Directiva;
- (2) € 5.923.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1874/2004;
- (3) € 5.278.000,00 – Regulamento (CE) n.º 2083/2005;
- (4) € 5.150.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1422/2007;
- (5) € 4.845.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1177/2009.

<sup>42</sup> Este valor foi fixado pelo Regulamento (CE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de Novembro de 2011.

Os limiares anteriores, fixados no citado artigo 7.º, alínea a), da Directiva, foram, sucessivamente, os seguintes:

- (1) € 162.000,00 – redacção originária da Directiva;
- (2) € 154.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1874/2004;
- (3) € 137.000,00 – Regulamento (CE) n.º 2083/2005;
- (4) € 133.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1422/2007;
- (5) € 125.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1177/2009.

integrados de telecomunicações ou ainda contratos de aquisição dos serviços mencionados no anexo II-B da Directiva n.º 2004/18/CE (serviços de hotelaria e restauração, de transporte ferroviário, marítimo e fluvial, serviços jurídicos, serviços de educação e formação profissional).

Relativamente às **demais entidades adjudicantes**, quer se integrem no sector público administrativo do Estado [artigo 2.º, n.º 1, alíneas *b)* a *g)*, do CCP], quer revistam a natureza de «organismos de direito público» (n.º 2 do artigo 2.º do CCP), a escolha do **concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação sem anúncio no Jornal Oficial da União Europeia** permitirá a celebração de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de valor inferior a € 200.000,00, valor correspondente ao limiar fixado no artigo 7.º, alínea *b)*, da Directiva n.º 2004/18/CE<sup>43</sup>.

**3.3.** Uma nota que interessará reter tem que ver com a evolução dos montantes dos limiares para a contratação. Os valores desses limiares foram diminuindo sucessivamente após o Regulamento (CE) n.º 1874/2004, aspecto revelador da intenção do legislador no reforço da concorrência e da transparência, nomeadamente, no que se reporta à publicitação da contratação no espaço comunitário.

De facto, uma vez que abaixo de certos limiares quantitativos, os contratos públicos podem ser celebrados através de procedimentos mais simplificados, como o ajuste directo ou a dispensa de publicação de anúncio no *JO da União Europeia*, as entidades adjudicantes, sujeitas à disciplina do CCP, passaram a ter uma *menor* margem de liberdade de escolha desses procedimentos.

Esses limiares foram, entretanto, ligeiramente aumentados pelo Regulamento (CE) n.º 1251/2011, o que parece indiciar algum retrocesso naqueles valores.

<sup>43</sup> Valor fixado pelo Regulamento (CE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de Novembro de 2011, em vigor desde 1.01. 2012, que alterou o limiar fixado no artigo 7.º, alínea *b)*, da Directiva n.º 2004/18/CE. Vide nota 24.

#### **4. Escolha do procedimento de formação de outros contratos públicos**

A escolha do ajuste directo só permite a celebração de contratos de valor inferior a € 100.000,00, sendo que a escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor [artigo 21.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CCP].

Comentando o artigo 21.º, considera JORGE ANDRADE DA SILVA que se estabelece no seu n.º 1, «ainda que por via indirecta (...) o princípio geral do primado da aplicação do concurso público ou, em alternativa, o concurso limitado por prévia qualificação, o que já estava implícito noutros preceitos», estabelecendo, além disso, «o regime geral da aplicabilidade do procedimento por ajuste directo»<sup>44</sup>.

Note-se que este artigo 21.º refere-se à escolha do procedimento de formação de «outros contratos», ou seja, dos contratos não referidos nos artigos 19.º e 20.º, que se mencionaram, com excepção dos contratos de concessão de obras públicas, dos contratos de concessão de serviços públicos e dos contratos de sociedade.

**5.** A previsão de determinados limiares para a escolha de um procedimento tão restritivo da concorrência como é o ajuste directo, contida nos artigos 19.º, alínea a), 20.º, n.º 1, alínea a) e 21.º, n.º 1, alínea a), do CCP, traduzirá, como constata JOÃO AMARAL E ALMEIDA E PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ a presunção de que até esses valores «o benefício económico resultante do contrato seria demasiado reduzido para forçar a Administração a adoptar um procedimento concorrencial»<sup>45</sup>.

«Por isso – prosseguem os mesmos autores – estabeleceu que, até esses montantes, a Entidade Adjudicante encontra-se habilitada para impor uma restrição genérica à concorrência, através da adopção de um procedimento de ajuste directo, dispensando a realização de um apelo genérico ao mercado e a publicação de um anúncio, conferindo-lhe o

<sup>44</sup> *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, Almedina, 2008, p. 115.

<sup>45</sup> *Ob. cit.*, pp. 99-100.

poder de predeterminar antecipadamente as entidades que participarão no procedimento através de um convite directo à apresentação de propostas». Nesse âmbito, sublinha-se, «a realização de um procedimento concorrencial, a existir, resulta tão-somente do juízo que a Entidade Adjudicante realize quanto ao mérito ou à conveniência de submeter uma prestação à concorrência para obtenção de melhores condições contratuais»<sup>46</sup>.

A partir dos limiares constantes das disposições acima citadas [artigos 19.º, alínea a), 20.º, n.º 1, alínea a) e 21.º, n.º 1, alínea a), do CCP] a entidade adjudicante passa a encontrar-se juridicamente vinculada a adoptar um procedimento concorrencial para a formação do contrato. Os valores envolvidos atingem uma dimensão que não pode fazer funcionar a presunção aludida – de que o benefício económico resultante do contrato é tão reduzido que justifique a dispensa de um procedimento concorrencial<sup>47</sup>.

## **6. Escolha do procedimento de formação de contratos sem valor**

Conforme dispõe o artigo 17.º, n.º 4, os contratos consideram-se sem valor caso não se verifique qualquer das situações referidas nos seus n.ºs 1, 2 e 3.

Nesta situação, e desde que não se trate de contratos de concessão de obras públicas, de contratos de concessão de serviços públicos ou de contratos de sociedade, a entidade adjudicante pode adoptar o ajuste directo, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação.

## **7. A escolha do procedimento em função de critérios materiais**

---

<sup>46</sup> *Ob. cit.*, p. 100.

<sup>47</sup> Acompanham-se, de novo, JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 100.

A regra geral no domínio da escolha do procedimento com base em critérios materiais está consagrada no artigo 23.º, segundo o qual:

«A escolha do procedimento nos termos do disposto no presente capítulo permite a celebração de contratos de qualquer valor, sem prejuízo das excepções expressamente previstas».

Permite-se, pois, que se celebrem contratos de qualquer valor com base em critérios materiais que, se se verificarem, justificam, em regra, a adopção de um determinado procedimento independentemente do valor do contrato a celebrar.

Os preceitos subsequentes tratam, sucessivamente:

- Da escolha do ajuste directo para a formação de quaisquer contratos (artigo 24.º);
- Da escolha do ajuste directo para a formação de contratos de empreitada de obras públicas (artigo 25.º);
- Da escolha do ajuste directo para a formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis (artigo 26.º);
- Da escolha do ajuste directo para a formação de contratos de aquisição de serviços (artigo 27.º);
- Da escolha de concurso sem publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*

Os artigos 29.º e 30.º contemplam, respectivamente, as situações em que pode optar-se pelo procedimento de negociação e pelo diálogo concorrencial.

De acordo com o disposto no artigo 24.º, o ajuste directo pode ser adoptado, seja qual for o objecto do contrato, quando:

- a) Em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, e desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira *não sejam substancialmente alterados* em relação aos daquele concurso;

- b) Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos *não seja substancialmente alterado*<sup>48</sup> em relação ao daquele procedimento;
- c) Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante;
- d) As prestações que constituem o seu objecto se destinem, a título principal, a permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações;
- e) Por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, a prestação objecto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada;
- f) Nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respectiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir.

Muito embora se admita, como ficou dito, a adopção de um determinado procedimento independentemente do valor do contrato a celebrar, com base em critérios materiais que se verifiquem, o valor do contrato pode ainda ser convocado neste domínio, ou seja, no âmbito da escolha do procedimento em função de critérios materiais, conforme se dispõe nos n.ºs 2 e 3 do artigo 24.º.

Para a formação de contratos que digam directa e principalmente respeito a uma ou a várias das actividades exercidas nos **sectores da**

---

<sup>48</sup> De acordo com o disposto no n.º 8 do artigo 24.º a alteração substancial ocorrerá quando as alterações sejam susceptíveis de impedir a verificação das situações previstas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do mesmo preceito, ou seja, (1) ausência de opositores em concurso público ou em concurso limitado; (2) ausência de propostas pelos concorrentes que se tenham apresentado em tais procedimentos, ou (3) exclusão de todas as propostas apresentadas em concurso público, em concurso limitado ou em diálogo concorrencial. Uma das situações contempladas como constituindo uma alteração substancial verifica-se com a modificação dos «parâmetros base fixados no caderno de encargos».

**água, da energia, dos transportes e dos serviços postais** pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, o ajuste directo só pode ser adoptado quando em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas desde que as propostas tenham sido excluídas com fundamento diferente dos previstos no n.º 2 do artigo 70.º e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento.

Os artigos 25.º, 26.º e 27.º enunciam uma série de critérios materiais que, uma vez verificados, legitimam a adopção do procedimento de ajuste directo para a formação de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de contratos de aquisição de serviços.

Do quadro normativo contido no artigo 24.º e nos artigos que vêm de se citar, poderá concluir-se que são duas as principais razões aí previstas como justificação da escolha do ajuste directo: *razões procedimentais* e *razões relativas ao objecto do contrato*<sup>49</sup>.

O artigo 31.º, n.º 3, prevê, por sua vez, que *razões de interesse público relevante* possam justificar a adopção do ajuste directo para a formação de contratos de sociedade e de contratos de concessão de serviços públicos.

Refira-se que a opção pelo ajuste directo, e o inerente abandono de procedimentos concorrenciais, ao abrigo do disposto no artigo 24.º, n.º 1, radica em pressupostos muito delimitados, ou encontra-se racional e teleologicamente fundada no especial objecto dos contratos abrangidos, à semelhança do que já se previa nos anteriores regimes de empreitadas de obras públicas (Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março) e de contratação relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços (Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

<sup>49</sup> V. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de Junho de 2011 (proc.º 011/11 – 2.ª subsecção do Contencioso Administrativo), disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta>.

Em algumas situações, a submissão do contrato a procedimentos mais concorrenciais e complexos poderia pôr em causa bens jurídicos que se visam acautelar (a urgência, o carácter secreto, as medidas de segurança, os motivos técnicos, artísticos ou relacionados com direitos de autor), pelo que **a liberdade de escolha da entidade adjudicante estará compreensivelmente limitada.**

Relativamente, aos **fundamentos de urgência**, enunciados na alínea c), cumpre referir, como tem sido sublinhado, que o ajuste directo será admissível se, cumulativamente:

- (i) tenham ocorrido factos (ou acontecimentos) imprevisíveis que determinem a urgência da adjudicação, e que,
- (ii) tais factos (ou acontecimentos) não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante<sup>50</sup>.

A opção pelo ajuste directo tendo por fundamento a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º só ocorrerá quando no mercado, por razões técnicas, artísticas ou de protecção de direitos exclusivos, apenas exista ou se mostre habilitada uma empresa ou entidade capaz de executar o contrato, numa situação em que, como se afirma no acórdão do STA de 21 de Junho de 2011, já citado, «não faria sentido a Administração ter de se socorrer do procedimento concursal quando de antemão sabia que só aquela empresa poderia ser admitida».

Por outro lado, interessa referir também que as circunstâncias que motivaram o recurso ao ajuste directo não devem ser, «em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante».

## **8. Critérios materiais na escolha do procedimento de negociação**

O artigo 29.º enuncia os critérios materiais convocáveis para a adopção do procedimento de negociação para a celebração de contratos

<sup>50</sup> V. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de Janeiro de 2005 (proc.º 01318/04 – 1.ª subsecção do Contencioso Administrativo), disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta>

de empreitada de obras públicas, contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e contratos de aquisição de serviços.

### **9. Critérios materiais na escolha do diálogo concorrencial**

Por fim, o artigo 30.º enuncia os critérios materiais que podem justificar a adopção do diálogo concorrencial para a celebração de qualquer contrato, qualquer que seja o seu objecto.

### **10. A escolha do procedimento em função de outras regras**

Os artigos 31.º, 32.º e 33.º regem, sucessivamente, sobre a escolha do procedimento em função do tipo de contrato, sobre a escolha do procedimento nos contratos mistos e sobre a escolha do procedimento em função da entidade adjudicante.

Do artigo 31.º retira-se que, em regra, para a formação de contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos, bem como de contratos de sociedade, qualquer que seja o valor do contrato a celebrar, ou quando não impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante ou ainda quando sejam considerados contratos sem valor deve ser adoptado o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação.

O recurso ao ajuste directo para a formação destes contratos só se justificará quando as prestações contratuais se destinarem a permitir a prestação ao público de serviços de telecomunicações ou nos casos de contratos declarados secretos ou cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança ou ainda quando a defesa de interesses essenciais do Estado o impuser.

Também se admite a adopção do ajuste directo para a formação de contratos de sociedade e de contratos de concessão de serviços públicos quando razões de interesse público relevante o justifiquem (n.º 3 do artigo 31.º).

## **11. Escolha do procedimento para a formação de contratos mistos**

Os contratos mistos, cuja admissibilidade se encontra prevista no n.º 2 do artigo 405.º do Código Civil, constituem uma expressão da regra da liberdade contratual. Os contraentes podem reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios distintos. Trata-se de contratos cujo objecto abrange duas ou mais prestações de tipo diferente.

Nos termos do n.º 1 do artigo 32.º, a celebração de contratos mistos só é permitida «se as prestações a abranger pelo respectivo objecto forem técnica ou funcionalmente incidíveis ou, não o sendo, se a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante».

Deste preceito, retira-se que a entidade adjudicante se encontra vinculada na fundamentar a opção pela celebração de um contrato misto, em vez da celebração de contratos individualizados.

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 32.º, a escolha do ajuste directo, do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação, sem publicação do respectivo anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, permite a celebração daquele contrato desde que o respectivo valor seja inferior ao mais baixo dos valores comunitários que seria aplicável, caso a entidade adjudicante optasse pela celebração de contratos separados.

Se for aplicável um critério material de escolha do procedimento relativamente a uma das prestações contratuais, a outra prestação abrangida pelo contrato misto passa a ficar abrangida pelo mesmo critério material. Assim, segundo o artigo 32.º, n.º 2, alínea *b*), para o contrato misto pode adoptar-se o procedimento que, em função de critérios materiais, poderia ser adoptado para a celebração de qualquer um daqueles contratos se celebrado em separado. O CCP abandona a regra da «componente de maior expressão financeira» que estava prevista no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 197/99, para efeitos de determinação do regime da contratação aplicável aos contratos mistos.

## **12. A escolha do procedimento em função da entidade adjudicante**

O artigo 33.º estabelece as regras de escolha do procedimento para a formação de contratos que digam directa e principalmente respeito a uma ou a várias das **actividades exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais** pelas entidades adjudicantes que operam nesses sectores (referidas no n.º 1 do artigo 7.º).

Estas entidades devem adoptar, em alternativa, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação, a não ser que se verifiquem no caso os pressupostos para o ajuste directo em função dos critérios materiais enunciados nos artigos 24.º a 27.º ou se o interesse público relevante o justifique, para a formação de contratos de sociedade e de contratos de concessão de serviços públicos.

### **V – A decisão de contratar e fundamentação da escolha do procedimento pré-contratual**

De acordo com o disposto no artigo 36.º o procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão legalmente competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar<sup>51</sup>. A decisão de autorização da despesa proferida pelo órgão competente tem implícita a decisão de contratar.

A decisão de contratar ocorre com a verificação, pela entidade adjudicante, da existência de uma necessidade que tem de ser satisfeita através de um procedimento contratual que se repute adequado a tal

---

<sup>51</sup> O regime da autorização da despesa inerente aos contratos públicos a celebrar pelo Estado, pelas Regiões Autónomas, pelas autarquias locais, pelos institutos públicos, pelas fundações públicas e pelas associações públicas consta do recente Decreto-Lei n.º 40/2011, de 22 de Março.

finalidade. O recurso ao lançamento de um procedimento contratual significa que a entidade adjudicante não consegue, pelos seus próprios meios e recursos, dar satisfação à necessidade observada.

Por seu lado, **a opção por determinado procedimento deve ser fundamentada**, dever que assume uma especial relevância num domínio em que, como sucede na formação dos contratos e na escolha do co-contratante, a Administração actua no exercício de poder discricionário na medida em que a lei lhe confere margens de liberdade para que escolha entre várias alternativas de actuação juridicamente admissíveis. A decisão de escolha do procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no mesmo diploma, deve ser fundamentada, conforme dispõe o artigo 38.º do CCP.

O dever de fundamentação assume particular relevância quando se escolha o ajuste directo em função de qualquer um dos critérios materiais enunciados nos artigos 24.º a 27.º.

De facto, o artigo 127.º n.º 1, consagra o dever de publicitação, pela entidade adjudicante, da celebração de qualquer contrato através do ajuste directo no portal da Internet dedicado aos contratos públicos através de ficha cujo modelo consta do anexo III do CCP, onde consta, precisamente, a referência à indicação do fundamento da escolha do procedimento de ajuste directo quando este tiver sido adoptado ao abrigo do disposto nos artigos 24.º a 27.º.

Sucedem que a **Lei n.º 64-B/2011**, de 30 de Dezembro, introduziu uma alteração ao n.º 2 do citado artigo 127.º do CCP, preceito que passou a prescrever que:

«2 – A publicitação da celebração de contratos na sequência de ajuste directo, de valor igual ou superior a € 5000, deve conter a fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste directo, em especial, sobre a impossibilidade de satisfação da necessidade por via dos recursos próprios da Administração Pública».

Para além de algumas questões que esta norma pode suscitar, não deixa de causar estranheza o facto de esta especial fundamentação

no que diz respeito à impossibilidade de satisfação da necessidade por via dos recursos próprios da Administração Pública, ser exigível somente quando a entidade adjudicante tenha optado pelo recurso ao ajuste directo para a celebração de um contrato de valor igual ou superior a € 5000.

A *contrario*, dir-se-á que esta exigência não existe quando se celebra um contrato por concurso público ou por concurso limitado. Ora, a possibilidade de satisfação das necessidades da Administração através dos seus próprios meios e recursos verifica-se tanto numa como noutra situação. Afigura-se-me, apelando ao princípio da necessidade e do interesse público, que em qualquer circunstância a Administração deverá ponderar se existe uma efectiva ou verdadeira necessidade de recorrer a terceiros – contratação externa, ou *outsourcing* – para a satisfação de necessidades que ocorram, ou se estas não poderão ser eficazmente satisfeitas através dos seus próprios meios e recursos humanos e técnicos. Ou seja, a celebração de um contrato através de um procedimento de natureza concursal deverá ter subjacente a circunstância de o objecto contratual não poder ser satisfeito pela própria Administração.

Por seu lado, da conjugação do n.º 2 do artigo 127.º com o artigo 128, n.º 1, resulta uma contradição que deve ser anotada, quando estiverem em causa contratos de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços. Com efeito,

A primeira norma alude ao dever de publicitação da celebração de contrato na sequência de ajuste directo, de valor igual ou superior a € 5000.

O artigo 128.º, n.º 1 alude ao ajuste directo, em regime simplificado, para a formação de um contrato de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo preço contratual não seja superior a € 5000, aplicando-se, portanto, também aos casos em que o preço seja de € 5000.

Assim, o que sucede quando tais contratos tenham um preço contratual exactamente igual a este último valor (€ 5000)? A publicitação

prevista no artigo 127.º está expressamente dispensada no artigo 128.º n.º 3.

Ou seja, o artigo 127.º, n.º 2, não se aplicará aos contratos aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo preço contratual seja igual a € 5000.

Lisboa, 9 de Abril de 2012

**Montantes dos limiares para contratos públicos – artigo 7.º da Directiva 2004/18/CE**

Evolução

**Alínea a):**

- 1 - 162.000,00 – Directiva (redacção originária);
- 2 - 154.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1874/2004 da Comissão, de 28 de Outubro de 2004, em vigor desde 1.11.2004
- 3 - 137.000,00 – Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005, em vigor desde 1.01.2006
- 4 - 133.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, em vigor desde 1.01.2008
- 5 - 125.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de Novembro de 2009, em vigor desde 1.01.2010
- 6 - 130.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de Novembro de 2011, em vigor desde 1.01. 2012.

**Alínea b):**

- 1 – 249.000,00 – Directiva (redacção originária);
- 2 - 236.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1874/2004
- 3 - 211.000,00 – Regulamento (CE) n.º 2083/2005
- 4 - 206.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1422/2007
- 5 - 193.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1177/2009
- 6 - 200.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1251/2011

**Alínea c):**

- 1 – 6.242.000,00 – Directiva (redacção originária);
- 2 – 5.923.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1874/2004
- 3 – 5.278.000,00 – Regulamento (CE) n.º 2083/2005
- 4 – 5.150.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1422/2007
- 5 – 4.845.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1177/2009
- 6 – 5.000.000,00 – Regulamento (CE) n.º 1251/2011

## VALOR DO CONTRATO EM FUNÇÃO DO PROCEDIMENTO ADOPTADO

### AJUSTE DIRECTO

ENTIDADE ADJUDICANTE	TIPO DE CONTRATO	VALOR DO CONTRATO
SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL (art. 2.º, n. 1)	EMPREITADA OBRAS PÚBLICAS	< 150.000,00
	LOCAÇÃO AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS	< 75.000,00
	AQUISIÇÃO PLANOS/PROJECTOS	< 25.000,00
	OUTROS CONTRATOS PÚBLICOS (1)	< 100.000,00
OUTRAS ENTIDADES ADJUDICANTES (art. 2.º, n.º 2)	EMPREITADA OBRAS PÚBLICAS	< 1.000.000,00
	LOCAÇÃO AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS	< 200.000,00
BANCO DE PORTUGAL	OUTROS CONTRATOS PÚBLICOS (1)	< 100.000,00

(1) Com excepção dos **contratos de concessão de obras públicas**, de concessão **de serviços públicos** e de **sociedade**. Para estes contratos deve ser adoptado o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação – art. 31.º, n.º 1

**VALOR DO CONTRATO EM FUNÇÃO DO PROCEDIMENTO ADOPTADO**

**CONCURSO PÚBLICO OU LIMITADO SEM ANÚNCIO NO JOUE**

<b>ENTIDADE ADJUDICANTE</b>	<b>TIPO DE CONTRATO</b>	<b>VALOR DO CONTRATO</b>
ESTADO [art. 2.º, n. 1, alínea a)]	EMPREITADA OBRAS PÚBLICAS	< 5.000.000,00
	LOCAÇÃO AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS	< 130.000,00
OUTRAS ENTIDADES ADJUDICANTES	EMPREITADA OBRAS PÚBLICAS	< 5.000.000,00
	LOCAÇÃO AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS	< 200.000,00

Abril de 2012