

# ALGUNS DESAFIOS EM SEDE DE REFORMA LEGAL DO REGIME *INSTRUMENTAL* DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PORTUGUÊS<sup>1</sup>

**Rui Medeiros**

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade  
Católica Portuguesa (Escola de Lisboa) e  
sócio da Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados*

## **1. Ponto de partida: por que razão se precisa de um direito da contratação pública?**

I. Perante um tema tão vasto como aquele que foi escolhido para este painel - novas diretivas de 2014 em matéria de contratação pública e seu impacto no direito administrativo de Espanha e de Portugal -, impõe-se começar por uma **delimitação negativa** do âmbito desta intervenção.

Desde logo, embora se assista, “nos nossos dias, ao fenómeno da internacionalização do direito dos contratos públicos”<sup>2</sup> e o Acordo

---

1 O presente texto serviu de base à intervenção oral do autor no dia 25 de Novembro de 2016 no *XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo* realizado em Lisboa, não tendo em consideração o decreto-lei que, entretanto, recentemente, já quando esta publicação se encontrava no prelo, aprovou a revisão do Código dos Contratos Públicos.

2 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 13.

sobre Contratos Públicos celebrado no âmbito da OMC, com a recente revisão, constitua, neste processo, um marco incontornável que condiciona inclusivamente o direito da União Europeia<sup>3</sup>, não é possível no âmbito desta intervenção entrar num tal domínio.

Além disso, mesmo no plano da União Europeia, não se pretende, neste contexto, discutir os traços da reforma europeia da contratação pública de 2014 ou, em particular, se o complexo sistema regulatório europeu *legal e jurisprudencial* - que já houve quem batizasse como uma espécie de “*Frankenstein’s monster*”<sup>4</sup> - cumpre efetivamente objetivos como os da simplificação, flexibilização, reforço da transparência ou efetiva instrumentalização da contratação pública para a prossecução de políticas públicas<sup>5</sup>.

Enfim, neste *Colóquio Luso-Espanhol*, não se vai entrar no debate doméstico – enquanto se aguarda pela aprovação e publicação do decreto-lei que procederá à efetiva transposição das diretivas – sobre os méritos e deméritos das soluções plasmadas no Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos que o Governo submeteu a discussão pública em agosto de 2016.

II. Pela positiva, mais do que discutir a amplitude desejável da reforma do regime português de compras públicas - entre uma revisão minimalista e uma modificação global da legislação vigente<sup>6</sup> -, o **propósito desta intervenção** é tão-somente identificar alguns domínios sensíveis de uma reforma do direito da contratação pública que leve a sério os fins do *public procurement* e que assuma a relevância diferenciada desses fins

---

3 Cfr. Lourenço Vilhena de Freitas, *Os contratos de direito público da União Europeia no quadro do direito administrativo europeu*, II, Coimbra Editora, 2012, p. 237.

4 Cfr. Sue Arrowsmith, *Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, n.º 3, p. 72.

5 Cfr., criticamente, Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, Sweet & Maxwell, 2014, pp. 197 e ss..

6 Cfr., por todos, para duas visões radicalmente diferentes, de um lado, Maria João Estorninho, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum*, in *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (coord. Maria João Estorninho), E-Book, FDUL, Maio de 2016, pp. 8 e ss., e, do outro, Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Sérvulo, 2016, pp. 7 e ss..

no quadro do direito da União Europeia e à luz do Direito português. Identificados tais domínios sensíveis estar-se-á em condições para, mais tarde – designadamente, no caso português, em publicação ulterior sobre o diploma de revisão do CCP -, verificar o modo como a reforma da legislação sobre contratação pública os enfrentou e regulou.

III. Esta intervenção assume como **ponto de partida a natureza instrumental da contratação pública**, isto é, a ideia de que a contratação pública não constitui um fim em si mesmo, mas um meio que permite a prossecução de determinados objetivos juridicamente tutelados. Por isso, em conformidade, na perspetiva que subjaz a estas linhas, o direito da contratação pública é justificado na medida em que permite efetivamente contribuir para a realização dos objetivos a que se propõe.

Esta ideia fundamental não só não constitui, de modo algum, uma originalidade, como não tem sido ignorada pela doutrina. É certo que há quem sublinhe que, “*contrary to what has happened with competition law, the goals of public procurement have not given rise to such a widespread and long-running debate*”, preferindo grande parte da doutrina “*to focus on particular details of the procurement systems*”<sup>7</sup>. Ainda assim, vários estudos importantes têm-se dedicado a esta problemática.

Em particular, no caso português, Miguel Assis Raimundo analisa desenvolvidamente o tema, sublinhando que (também) no direito da contratação pública “*os fins influenciam os meios*”, pelo que a contratação não deve ser “um sistema insuportável de complexidade e formalismo (...) como se *os meios fossem fins em si mesmos*”<sup>8</sup>.

Neste sentido, numa mera síntese dos ensinamentos doutrinários relevantes nesta matéria, afigura-se fundamental recordar aqui os objetivos dos diferentes níveis do direito da contratação pública.

---

7 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 101.

8 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 350-351.

IV. Seja como for, **o que se pretende, nesta sede, não é propriamente rediscutir os fins da contratação pública.** O sentido desta intervenção é outro.

Antes de mais, e retomando uma ideia recentemente explanada<sup>9</sup>, vai procurar evidenciar-se que os fins europeus e os objetivos nacionais do *public procurement* apresentam intensidades, matizes ou colorações diferenciadas, pelo que o aproveitamento de todas as potencialidades de uma contratação pública efetivamente instrumental pode justificar respostas dualistas - em vez da perspectiva monista de generalização tendencial (mesmo para além do seu âmbito de aplicação) das soluções vertidas nas diretivas. Ideia esta que tem como pano de fundo o entendimento segundo o qual, para este efeito, as principais restrições à liberdade dos Estados membros advêm das diretivas em matéria de contratação pública e não dos princípios gerais do Direito da União Europeia aplicáveis aos contratos públicos não abrangidos pelas diretivas mas com relevância transfronteiriça.

Além disso, clarificados os objetivos de um regime legal de compras públicas, cumpre procurar identificar alguns domínios sensíveis do regime português das compras públicas cuja revisão se impõe se o direito da contratação pública quiser levar efetivamente a sério os fins renovados de um *public procurement* instrumental. Por outras palavras, recordados os grandes objetivos da contratação pública hoje, procurar-se-á identificar alguns domínios centrais em que se joga a seriedade e o efetivo comprometimento com tais objetivos - com as suas matizes diferenciadas no direito da União Europeia e no direito interno português - por parte do legislador nacional.

Tudo isto permitirá, num segundo momento e noutra sede, ao fazer o balanço da reforma da legislação nacional de contratação pública, a realização de *stress tests* à reforma adotada.

---

<sup>9</sup> Cfr. Rui Medeiros, *Em defesa de uma perspectiva dualista na regulamentação da contratação pública*, in *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira* (no prelo).

## 2. Contratação pública ao serviço da concorrência

### 2.1. Coordenadas gerais

I. A ideia de que o princípio da concorrência confere *unidade de sentido* às regras da contratação pública<sup>10</sup> ou de que “*competition is the predominant external goal of public procurement*”<sup>11</sup> está muito glosada na doutrina e, por isso, não se justifica aqui regressar a uma tal temática. Em contrapartida, porque **a ideia da concorrência pode ter manifestações muito diversas**, impõe-se clarificar nesta sede quais são os específicos objetivos em matéria de concorrência que o regime da contratação pública prossegue. É que, embora a concorrência, tutelada constitucionalmente e no quadro do direito da União Europeia, constitua “um valor comum, central e prioritário”, a verdade é que o princípio da concorrência nem sempre “cumpre a mesma *intenção normativa*”<sup>12</sup>.

II. É sabido que, no **direito da concorrência**, a preocupação se centra essencialmente na *liberdade concorrencial*. Efetivamente, neste domínio - embora em certas situações a concorrência seja algo que “o Estado tem a incumbência de «produzir» ou «fabricar»” -, está fundamentalmente “presente a ideia matricial de tutela ou proteção da concorrência no mercado, quer dizer, de garantia de que o mercado funciona sem entraves e em condições normais e efetivas de competição entre os agentes económicos (...). Assim se explica, por exemplo, que as considerações da *igualdade entre as empresas* (igualdade de acesso ou igualdade de oportunidades) se revelem, em princípio, alheias a esta disciplina. De facto, esta não se ocupa com o assegurar a igualdade entre empresas grandes e pequenas, nem tão-pouco com a aniquilação das «posições dominantes» ou dos «poderes de mercado significativos».

10 Cfr. Rui Medeiros, Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência, in *CJA*, n.º 69 (2008), p. 6.

11 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 104.

12 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013, p. 434 - cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2016 (reimp.), pp. 137 e ss. - cfr., desenvolvidamente, procurando reagir à perspetiva tradicional na qual *competition law* e *public procurement* revelam diferentes preocupações “related to the construction and development of the internal market”, e ensasindo “a more «integrative» approach”, Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, pp. 3 e ss..

Partindo de um *princípio de liberdade de empresa e de iniciativa económica*, o centro das atenções e das preocupações da regulação concorrencial (...) reside antes nos factos constitutivos de *falseamento*, de *abuso*, de *desvio* ou de *distorção* de uma certa ideia de ordem inerente ao funcionamento normal do mercado”<sup>13</sup>.

III. Em contrapartida, na contratação pública, é controverso se a intenção é também promover “*a single market by implementing in public markets a process of competition that replicates which is assumed to exist in private markets*”<sup>14</sup>.

É certo que se pode afirmar, na lógica da *mão invisível*, que, enquanto “*commercial pressure will generally ensure that private firms purchase from the most competitive source, including by avoiding discrimination (...), that cannot be assumed for the public sector. This is both because of greater political pressures to discriminate in favour of national industry and because government lacks the commercial incentives, including the profit motive, that drive efficient procurement in the private sector. Thus, the argument runs, regulation providing for a competitive approach is necessary to ensure this*”<sup>15</sup>. De resto, uma tal lógica concorrencial aflora em diferentes domínios - como, por exemplo, na delimitação das atividades abrangidas pela diretiva setores especiais<sup>16</sup> ou na qualificação

---

13 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 376, 381 e ss., 474 - cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 137 e ss..

14 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 167.

15 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 167 - cfr. ainda, embora reconhecendo que nos mercados públicos “*public interest substitutes profit maximization*” e que “*public markets are the for a where public interest substitutes profit maximization*”, a afirmação segundo a qual “*the commonly accepted assumption is that public procurement is not subject to the same commercial pressure or organizational incentives for sound management as private sector procurement which is underpinned by the foundations of strong competition*” e que, por isso, “*the main reason for regulating public sector and utilities procurement is to bring their respective markets in parallel to the operation of private markets*”, Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 1, 11 e 263.

16 Cfr., no sentido de que, “*in many utility sectors, high levels of market concentration or anaemic competition continue to be observed*” e de que “*utility operators were brought under the public procurement regime on the grounds that, because they enjoy monopoly or special and exclusive rights, they could not be presumed to have the incentives to procure efficiently (...). As the rationale for the Utilities Directive stems from the absence of competition-induced discipline to procure efficiently and competitively, the evaluation examined whether the utilities sectors are now exposed to competition*”

de uma entidade como organismo de direito público<sup>17</sup>.

Todavia, em matéria de contratação pública, o que sobressai é fundamentalmente a **“dimensão de igualdade no acesso à contratação pública e (...) de acesso aos benefícios públicos”**<sup>18</sup> ou, o mesmo é dizer, a vertente da *“igualdade concorrencial”* – com efeito, por “gerar uma «vantagem económica» para o operador selecionado (...), a adjudicação de um contrato público não pode deixar de ocorrer, ao menos *em princípio*, no âmbito de um *procedimento de seleção concorrencial aberto*, que assegure a igualdade de acesso e de oportunidades de participação a todos os potenciais interessados, bem como a igualdade de tratamento entre todos os participantes”<sup>19</sup>.

Concretamente, em relação às diretivas, há quem sublinhe que *“a requirement for competition was in fact introduced for the purpose of ensuring transparency (...) to prevent discrimination. Thus competition is required to support transparency rather than (...) transparency rules being introduced to support competition”*<sup>20</sup>. Ou seja, *“the directives merely seek to prevent discrimination, including through transparency and to remove restrictions on access, and do not have the alleged wider function of replicating private sector competition in public markets”*<sup>21</sup>.

---

*than they were”*, mas acrescentando em qualquer caso que, significativamente, *“on the occasion of the 2004 legislative modification, EU authorities concluded that the liberalization of the telecommunication sector and introduction of competition in that sector were sufficient to warrant its exclusion from the scope of the Utilities Directive 2004/17/EC”*, Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, pp. 54-55.

17 Cfr., afirmando que determinante é saber se se trata “de uma entidade que não atua com o estatuto e na condição de um operador económico normal, exposto à lógica e às vicissitudes do mercado”, Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 450-451 - cfr. ainda, acrescentando que, *“if an activity which meets general needs is pursued in a competitive environment, there is a strong indication that the entity which pursues it is not a body governed by public law”*, Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, pp. 261 e ss..

18 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 52.

19 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 430-431 e 434 - cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 137 e ss..

20 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 168.

21 Cfr., acrescentando que, *“while non-discrimination, transparency and equal treatment were written into the directives as general principles (...), «competition» provisions are confined to specific areas”*, Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, pp. 169-170.

A conclusão tem, em qualquer caso, para diversos autores, um alcance geral. Nesta perspectiva, no direito da contratação pública em geral, incluindo no plano nacional, considera-se que “o princípio da concorrência surge (...) como expressão concretizada da *primazia da igualdade*, em concreto, como exigência, reclamada à Administração Pública, de um tratamento igualitário de todos os operadores económicos: o princípio da concorrência funciona aqui, na contratação, como um cânone ou critério normativo que adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos a todos os operadores económicos interessados (*igualdade de acesso*), impondo-lhes ainda a obrigação de tratar igualmente os participantes (*igualdade de tratamento*)”<sup>22</sup>.

IV. Em rigor, porém, “também a *economicidade*, enquanto princípio e objetivo da contratação pública, ligado à salvaguarda do *interesse público financeiro*, se realiza, em primeira linha, através da outorga de contratos em concorrência. Agora, nesta aceção, **assegurar a concorrência efetiva já não constitui apenas um dever resultante de uma vinculação ao princípio da igualdade, mas também uma exigência vinculada ao princípio da economicidade, da procura da melhor proposta**. O apelo à concorrência tem lugar para que o maior número possível de empresas possa responder e, desse modo, aumentar a escolha quanto à proposta melhor e mais vantajosa para o interesse público”<sup>23</sup>.

É certo que, como se confirmará mais adiante, é duvidoso que esta segunda dimensão da relevância da concorrência na contratação pública traduza uma preocupação nuclear do legislador da União Europeia.

Contudo, conforme se verá a propósito do segundo grande objetivo da contratação pública, afigura-se inquestionável que, ao menos na perspectiva do direito nacional da contratação pública, “a vinculação ao princípio da concorrência não advém apenas de uma relação instrumental com o princípio da igualdade, uma vez que parece

---

22 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 435 – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 129 e ss..

23 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 435-436 – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 131 e ss..

indiscutível que a «*mise en concurrence*» se revela ainda um instrumento decisivo para a concretização da própria ideia de economicidade da contratação pública<sup>24</sup>.

## 2.2. Concorrência e eficiência

I. Embora a contratação pública transparente e concorrencial surja “como «chancela» ou «marca de água» de que uma certa atribuição de uma vantagem é orientada *de acordo com critérios racionais e de mérito*”, a concorrência não tem de “ser prosseguida a todo o custo na contratação pública”. Com efeito, mesmo abstraindo dos casos da contratação interadministrativa ou das situações em que a concorrência não produz resultados satisfatórios porque, por exemplo “não se consegue criar critérios claros de preferência entre diferentes propostas que possam surgir”, **a concorrência pode conflitar, designadamente, com o princípio segundo o qual a boa administração postula que as entidades administrativas se pautem “por critérios de eficiência (...) e celeridade”** (artigo 5.º do CPA). De facto, “a concorrência demora tempo e tem custos (mesmo num quadro de contratação eletrónica), sendo por isso um constrangimento à eficiência, já que (...) a eficiência assenta tanto na rapidez de processos como na redução dos respetivos custos administrativos”. Ora, em rigor, “os procedimentos de formação com publicidade e concorrência assentam sempre, em alguma medida, na dimensão *temporal*: a partir de certo ponto o *tempo do procedimento* deixa de ser comprimível sem que se ponha em causa a sua própria natureza concorrencial<sup>25</sup>”.

II. Um primeiro e importante dilema de natureza *competencial* que a tensão entre concorrência e eficiência coloca no quadro de uma reforma do regime da contratação pública é o de saber quem deve realizar uma tal ponderação. **A opção, por outras palavras, coloca-se entre uma ponderação *jurisdicional* entre princípios concretamente conflitantes e uma solução *legal*.**

---

24 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 391.

25 Cfr., acrescentando, na p. 381, que a eficiência constitui “um princípio ligado à forma de atuar, ao *procedimento*, preconizando um modo de ação que consiga os objetivos que se propõe da forma mais ágil e aplicando o mínimo de recursos possível”, Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 350, 377, 380 e 383.

Não cabe aqui entrar na discussão bem conhecida em torno das vantagens e desvantagens de um *modelo principiológico* e de um *modelo procedimentalizado de regulação*<sup>26</sup>.

Mais importante é sublinhar, antes de mais, que o problema enunciado não se confunde, de modo algum, com a questão de saber se o direito *européu* da contratação pública não deveria evoluir num sentido efetivamente simplificador e flexível. Na verdade, a defesa por alguma doutrina autorizada de um modelo *européu* principiológico ou assente numa única diretiva construída com base no paradigma da diretiva setores especiais tem como pano de fundo a preocupação em responder à questão central de saber “*how to balance national sovereignty with market integration*”<sup>27</sup>, não significando, portanto, que o direito *nacional* da contratação pública não se deva assumir como um modelo procedimentalizado.

Sem dúvida, neste segundo plano - nacional -, algumas vezes na doutrina sublinham a centralidade dos princípios gerais da contratação (europeus e constitucionais) e a importância de tais princípios para nortear as decisões das entidades adjudicantes e para servir de parâmetros de apreciação - em última instância, jurisdicional - da validade dos contratos celebrados<sup>28</sup>.

Todavia, e desde logo, sendo o regime das compras públicas tão relevante para a atividade da Administração Pública e para o funcionamento do mercado, justifica-se que, num Estado democrático, o legislador legitimado democraticamente não se demita da sua tarefa de regulamentação da contratação pública.

Por outro lado, num Estado de direito que tutela a segurança

---

26 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 432 e 439 e ss..

27 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 226 - cfr., por todos, Sue Arrowsmith, *Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*, pp. 71 e ss.; *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, pp. 225 e ss..

28 Cfr. Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 342 e ss. (em especial, 344); *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 292 e ss. (em especial, 295) e 368-369.

jurídica e protege a confiança, não se afigura recomendável uma opção que conduza a um estado de incerteza num domínio tão sensível para os diferentes operadores. Ninguém certamente questionará que, se a ponderação entre concorrência e eficiência for deixada ao tribunal, aumentará significativamente “a margem de incerteza dos próprios destinatários (no caso que nos ocupa, os aplicadores do direito dos contratos públicos, a começar nos trabalhadores e dirigentes da Administração (...)) acerca das condutas que são *juridicamente devidas* em cada caso concreto”<sup>29</sup>. Uma tal incerteza “*is particularly problematic in the context of a function that involves many thousands of individuals making judgements on a daily basis that require an individual understanding of the rules. The high degree of complexity and uncertainty means that it is very difficult for purchasers acting in good faith to ensure that they comply with every detail of the regime on a day-to-day basis. However, failure to do so can have significant consequences, especially in view of the enhanced remedies*”<sup>30</sup> previstos, tanto em sede de processo administrativo, como no âmbito da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas e do julgamento por ele realizado das infrações financeiras dos dirigentes da Administração.

Não significa isto que não se possa admitir “um efeito direto do princípio da concorrência na «ordem administrativa»”<sup>31</sup>.

Do que se trata é tão-somente de sublinhar que o tribunal não deve estar autorizado a afastar, em nome da concorrência, disposições legais que admitem, em resultado da ponderação pelo legislador democrático de outros interesses juridicamente atendíveis, soluções menos amigas da concorrência. Significa isto que, desejavelmente, “a força normativa direta e imediata do princípio” é exercida “fundamentalmente sobre o poder legislativo”, sendo “este que tem o encargo de estruturar um sistema jurídico da contratação imbuído da lógica concorrencial (...)”. No desempenho dessa tarefa, cabe ao legislador definir a medida certa da concretização do princípio concorrencial, tendo designadamente em

---

29 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 442-443.

30 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, pp. 228-229.

31 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 440 e ss – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 140 e ss..

consideração a exigência de ponderação e, em certos casos, de conferir primazia a outros valores de interesse público igualmente merecedores de tutela, como a celeridade e a desritualização”<sup>32</sup>.

Discorda-se, por isso, do entendimento que tem sido adotado entre nós por alguns sectores jurisprudenciais ao lançar mão de uma leitura principialista do CCP “como pretexto para justificar aquilo que – nem mais nem menos – consiste numa nova legiferação substitutiva da decisão legislativa democrática”<sup>33</sup>. Assim, por exemplo, embora a letra do CCP confira à entidade adjudicante, em certas situações, o poder de escolha livre de um procedimento não concorrencial como o ajuste direto<sup>34</sup>, o Tribunal de Contas entende que o princípio da concorrência determina que a escolha do ajuste direto seja vista como uma exceção à regra concorrencial e, como tal, como uma exceção que deve ser avaliada “com rigor” e que implica também “um acrescido dever de fundamentação do ato que assente na verificação da exceção”<sup>35</sup>.

A reforma do CCP constitui, neste sentido, uma oportunidade para esclarecer esta questão e para, em nome da separação de poderes e da segurança jurídica, corrigir a tentação jurisprudencial de uma leitura principialista do regime legal de contratação pública<sup>36</sup>.

### **III. Noutro plano (agora *material*), o desafio de uma adequada ponderação entre concorrência e eficiência manifesta-se, com particular relevância, no regime do ajuste direto.**

Este é, na verdade, um tema sensível e importante, atento o paradoxo da situação existente em Portugal - em que, de um lado, se aprovou em 2008 um CCP amigo da (e comprometido com a) concorrência

---

32 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 394 – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 133-134.

33 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 32 – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 142 e ss.; Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 798 e ss..

34 Cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 143.

35 Cfr., a título meramente exemplificativo, Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/2011-1.ª S/ PL, de 12 de abril.

36 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 28 e ss..

e, do outro, se assiste – de acordo com os elementos que se extraem do Relatório do IMPIC sobre a Contratação Pública em Portugal no ano de 2015 (último ano disponível) – a uma prática generalizada de recurso a ajustes diretos. Recorde-se, com efeito, que, de acordo com o referido Relatório, dos contratos celebrados durante esse ano, “o tipo de procedimento a que se recorreu com maior frequência foi o ajuste direto, representando 90,2% do número total de procedimentos. Em termos de montantes contratuais, o seu peso relativo foi menor (47,9%) (...). Analisando a utilização dos diversos procedimentos de contratação por tipo de contratos (...), os procedimentos concursais são mais relevantes nos contratos de obras públicas (11,6%) do que nos contratos de aquisição de bens e serviços (2,0%)”. Refira-se ainda que “os contratos celebrados na sequência de procedimento por ajuste direto fundamentado em critérios de natureza material (portanto, não focados no valor do contrato), em 2015 representaram 6,4% do número de contratos na sequência de ajuste direto e 1,8% dos respetivos montantes contratuais”. Trata-se, pois, de um domínio fundamental para realizar um *stress test* ao modo como o objetivo da concorrência é efetivamente assumido pelo legislador da reforma da contratação pública.

Em rigor, o problema da reforma do regime do ajuste direto pode ser abordado sob perspetivas muito diversas, como a da redução dos limiares da sua admissibilidade<sup>37</sup>, a da definição dos fatores materiais que o justificam ou a da justificação ou não da regulamentação de um procedimento intermédio entre o ajuste direto e os regimes de compras públicas abertos à concorrência.

Na economia desta reflexão, não se podendo abordar todos esses aspetos, a análise centrar-se-á apenas na última dimensão assinalada.

A hipótese da criação de um novo procedimento intermédio entre o ajuste direto e o concurso tem sido muito criticada por vozes autorizadas da doutrina. Concretamente, para além de outras críticas terminológicas

---

<sup>37</sup> Cfr., defendendo justamente, e bem, que o legislador deve prosseguir o objetivo “de promoção da concorrência na formação dos contratos públicos (...) através da fixação de limiares exigentes para a adoção de procedimentos de concurso”, Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 38.

ou de natureza exegetica ao “*fundamentalismo*”<sup>38</sup> dos concursos ou de procedimentos abertos à concorrência, afirma-se “o ceticismo quanto à «força concorrencial» de uma mera obrigação de convidar, pelo menos, três entidades”, acrescentando-se que, “se for essa a vontade da entidade adjudicante”, será “praticamente impossível evitar situações em que os convites são meramente formais ou «para fazer número»”<sup>39</sup>.

Ainda assim, uma reforma da contratação pública que leve a sério a tensão entre concorrência e eficiência pode justificar uma revisão do regime do ajuste direto que introduza espaço para maior concorrência. Sem dúvida, nesta ponderação o que avulta, não é tanto a dimensão concorrencial “de *igualdade no acesso à contratação pública* e (...) de acesso *aos benefícios públicos*”<sup>40</sup>, mas mais a vertente da concorrência enquanto “exigência vinculada ao princípio da economicidade, da procura da melhor proposta”<sup>41</sup>. Apesar de tudo, mesmo com esta limitação, uma concorrência imperfeita no regime de compras públicas é à partida mais amiga da economicidade do que um procedimento de contratação pública com convite apenas a uma entidade. O legislador, na ponderação entre os princípios da concorrência (e economicidade), de um lado, e eficiência, do outro, não está condenado a uma opção binária entre compras públicas sujeitas ao princípio da concorrência e contratação pública fora de um quadro concorrencial mas eficiente. E dificilmente se pode recusar que, teoricamente, o objetivo central de obtenção de “*value for taxpayers money*”<sup>42</sup> é mais facilmente prosseguido em aquisições públicas em ambiente aberto a diversos concorrentes

38 Cfr. Margarida Olazabal Cabral, *Concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 114; Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, p. 371; *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, p. 391.

39 Cfr. Luís Verde Sousa, *Alterações procedimentais*, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, E-Book, Coimbra: Cedipre, Setembro 2016, p. 21- cfr., por último, desenvolvidamente, com uma profunda análise, e sempre tendo como pano de fundo “a opinião de que a permissão para adotar um procedimento restritivo da concorrência deve ficar, em regra, reservada para montantes económicos mais reduzidos, salvo no caso de especificidades que justifiquem a flexibilização procedimental, como aquelas que inerem aos (...) contratos de natureza pessoal ou pessoalíssima”, Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 34 e ss..

40 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 52.

41 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 435.

42 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 4.

do que em ambiente fechado a um único convidado, visto que, em teoria, “quantos mais interessados se apresentarem a querer negociar maior possibilidade de escolha a entidade adjudicante terá e mais os concorrentes procurarão otimizar as suas propostas”<sup>43</sup>.

Não se ignora que, para além das situações patológicas de conluio entre os operadores, um procedimento com convite a três entidades livremente selecionadas pela entidade adjudicante pode não conduzir na prática a um incremento concorrencial. “Não existe, de facto, nenhuma garantia de que a identidade do adjudicatário não se encontra já predeterminada quando a Administração recebe o poder de escolher a identidade dos (...) operadores económicos que compõem e preenchem o número mínimo de participantes no procedimento que o legislador” fixar<sup>44</sup>. Todavia, por um lado, não há elementos que permitam saber de antemão em que medida a imposição da adoção – em vez do ajuste direto – de um procedimento de consulta prévia a um número mínimo de operadores económicos se tornará na realidade uma exigência inútil, porque torpedeada por convites de entidades adjudicantes a empresas cujas propostas já se sabe de antemão serem menos vantajosas do que aquela que será apresentada pela empresa que se deseja ter como adjudicatária. Por outro lado, o legislador da reforma não fica dispensado, se quiser levar a sério o objetivo de promover por esta via um mercado mais concorrencial, de lançar mão de outros instrumentos que permitam combater eventuais práticas fraudulentas. Pense-se, por exemplo, na extensão da contratação eletrónica a estes procedimentos – com o acréscimo de transparência daí adveniente - ou na eventual exigência de explicitação numa decisão fundamentada do critério que subjaz à opção de convidar as entidades selecionadas.

### 2.3. Concorrência e transparência – entre o pioneirismo e a imobilidade em matéria de tramitação eletrónica e de desmaterialização dos procedimentos

#### I. A promoção da *igualdade concorrencial* e a busca da melhor proposta

<sup>43</sup> Cfr. Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, p. 391.

<sup>44</sup> Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 36-37.

num quadro concorrencial beneficiam de **procedimentos transparentes**. E a chamada contratação eletrónica constitui um instrumento relevante – tanto na perspetiva dos concorrentes à adjudicação, como sob a ótica do interesse público (na medida em que potencia múltiplos controlos e permite uma maior responsabilização no quadro de uma administração contratante aberta<sup>45</sup>) –, para alcançar um tal desiderato.

Neste domínio, a aposta das diretivas de 2014 na desmaterialização dos procedimentos foi “precedida da posição vanguardista do Código de 2008 na implementação de plataformas eletrónicas”, a qual “foi apontada pelas instituições europeias como um dos maiores méritos deste diploma e um dos principais fatores que o conduziram a ser usado como exemplo de referência no ordenamento europeu. A simplificação e a flexibilização procedimental resultantes dessa medida foram notáveis”<sup>46</sup>.

Ainda assim, volvidos quase dez anos da publicação do Código, uma revisão da legislação nacional que continue a investir a sério numa contratação eletrónica amiga da transparência pode dar novos passos em dois domínios fundamentais.

II. Como é sabido, **o CCP de 2008 isentou os procedimentos de ajuste direto da obrigação de utilização de uma plataforma eletrónica** (artigo 115.º, n.º 1, alínea g), e n.º 4, do CCP). “Na lógica interna do sistema então aprovado, o legislador concebeu o ajuste direto como o procedimento vocacionado para permitir à entidade adjudicante flexibilizar a formação de contratos tendentes à prossecução do interesse público e para adotar uma tramitação mais célere, a qual, permitindo dar satisfação imediata à necessidade subjacente ao contrato, poderia simultaneamente ser ainda moldada segundo as características do setor de atividade envolvido. Por outras palavras, estando a entidade adjudicante – e não o legislador – mais próxima do mercado e conhecendo melhor do que ninguém o modo de operar dos seus prospetivos cocontratantes, deveria ser ela – e não o legislador – a definir os aspetos da tramitação do ajuste direto que permitiriam

---

45 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 356 e ss..

46 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 59.

aos concorrentes apresentar propostas mais céleres e mais adequadas às necessidades públicas. Esta seria a mais-valia do ajuste direto”<sup>47</sup>.

Na prática, e de acordo com o Relatório do IMPIC sobre a Contratação Pública em Portugal no ano de 2015, na parte em que se refere ao Índice da Contratação Pública Eletrónica em Portugal, “dos procedimentos iniciados durante o ano de 2015, a percentagem de procedimentos cuja tramitação decorreu através de uma das sete plataformas eletrónicas certificadas para a contratação pública (incluindo-se, neste número, todos os procedimentos de contratação, designadamente os ajustes diretos simplificados) foi de 14,3%, resultante em grande parte da não obrigatoriedade de tramitação dos ajustes diretos nas plataformas (...). A representatividade da contratação tramitada por plataformas eletrónicas foi mais significativa quando nos reportamos aos valores monetários inerentes aos procedimentos de contratação: a soma dos preços base dos procedimentos tramitados por plataformas de contratação pública ascendeu a 67,4% do somatório do preço base de todos os procedimentos abertos em 2015”.

Perante este quadro, hoje, vários anos depois da introdução da exigência em geral de utilização das plataformas eletrónicas, impõe-se refletir se – deixando de lado o ajuste direto simplificado - a isenção aplicável aos ajustes diretos se deve manter. E, sendo a regra a obrigatoriedade de uso das plataformas eletrónicas na contratação pública, a exceção é que carece de ser fundamentada, pelo que aquilo que há que perguntar é se ainda subsistem razões específicas ponderosas para excecionar os ajustes diretos da sujeição ao regime geral.

A principal razão apresentada para justificar a exceção prende-se com a preocupação em não banir dos procedimentos de ajuste direto “um largo universo de potenciais cocontratantes dos mercados públicos”. Neste sentido, o fim da isenção produziria “um efeito colateral indesejado: o de deixar uma importante parcela de operadores económicos de fora do universo de possíveis cocontratantes, os quais não conseguiriam operar com mecanismos eletrónicos com o nível de complexidade das

---

<sup>47</sup> Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 60.

plataformas”. Pelo contrário, diz-se, a manutenção da isenção adotada em 2008, ao habilitar a entidade adjudicante a escolher dispensar o uso da plataforma eletrónica no ajuste direto, permite abrir “um larguíssimo leque de hipóteses de contratação de novos operadores que de outro modo nunca poderiam ganhar acesso ao mercado dos contratos públicos”<sup>48</sup>.

Todavia, e desde logo, idênticos receios de grande parte dos operadores também se colocaram aquando da aprovação do CCP de 2008 e da imposição da obrigatoriedade em geral do uso das plataformas eletrónicas e a verdade é que, apesar de tais receios, “o tempo veio dar razão a todos aqueles que acreditam na propensão e na capacidade sempre manifestadas pelos portugueses para assumir os desafios da inovação e da modernidade”<sup>49</sup>. De resto, sem prejuízo da adoção de soluções gradativas, está por demonstrar que, num mercado concorrencial, se deva proteger pequenos operadores económicos da necessidade de se adaptar a novas exigências que se casam com a revolução tecnológica e digital em curso.

Por outro lado, não se vislumbra uma conexão necessária entre o limiar (não imutável) do ajuste direto e as especiais dificuldades que os operadores sentem quanto à utilização de plataformas eletrónicas. Dito por outras palavras, a menos que uma micro, pequena ou média empresa esteja especialmente vocacionada para celebrar contratos com entidades adjudicantes de baixo valor – mas acima do limiar do ajuste direto simplificado –, o limiar objetivo do ajuste direto dificilmente constitui um critério adequado para delimitar o âmbito subjetivo de proteção de particulares categorias de operadores económicos. E, se excecionalmente a proteção de pequenos operadores em específicos setores de mercado exigir uma tal isenção, nada obsta a que o legislador excecione os ajustes diretos em tais setores em vez de permitir em geral que em todo o universo dos ajustes diretos as entidades adjudicantes se subtraíam, por sua livre decisão, ao uso de plataformas eletrónicas.

---

48 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 61-62.

49 Cfr. Luís Valadares Tavares, *Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos*, in *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (coord. Maria João Estorninho), E-Book, FDUL, Maio de 2016, p. 23.

III. Noutro plano, para quem recuse uma “grande e fraturante distinção (...) entre o regime de formação de um contrato e o regime da sua execução”<sup>50</sup>, **a desmaterização dos procedimentos constitui um desafio que se coloca também na fase de execução dos contratos.**

Com efeito, não se afigura correto afirmar “um corte radical o público que leva à celebração de um contrato e o desenrolar da relação contratual propriamente dita (...). Não é contestável, por exemplo, que a celebração de um contrato por procedimento sujeito à publicidade e à concorrência tem por efeito bloquear, pelo menos em alguma medida, as modificações que durante a sua execução lhe poderão ser introduzidas pelas partes; ou seja, em homenagem aos princípios da contratação pública, limita-se automaticamente a autonomia contratual”<sup>51</sup>.

Neste sentido, seja na relação entre contraente público e cocontratante, seja na perspetiva dos concorrentes preteridos e do controlo público do agir das entidades administrativas, não se afigura irrelevante a possibilidade de conhecer as vicissitudes contratuais que ocorram no quadro da execução do contrato. O Código de 2008, nos seus artigos 315.º, 465.º e 466.º, deu um primeiro passo nesse sentido. Hoje, em tempo de reforma, caso se queira levar a sério a aposta numa atividade administrativa contratante transparente, impõe-se ir mais longe e apostar verdadeiramente num *paradigma cloud* em matéria de contratos públicos que incorpore também as vicissitudes que se verifiquem após a adjudicação e celebração do contrato.

### **3. Contratação Pública como instrumento para a melhor satisfação das necessidades públicas – em especial, a preocupação com a economicidade na aplicação dos recursos públicos**

#### 3.1. Coordenadas gerais

I. Como já foi assinalado, para além da preocupação em assegurar uma igualdade concorrencial, **outro objetivo nuclear da contratação**

---

50 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 127.

51 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 128-129.

**pública é o da procura do *best value for money*.**

A doutrina sublinha normalmente a este propósito que do que se trata, nesta segunda dimensão instrumental, é de uma contratação pública “ao serviço da “*proteção do interesse público financeiro*”<sup>52</sup>. A regulação da contratação é, assim, chamada a cumprir “o objetivo precípua da economicidade e, portanto, da procura do *best value for money*, mediante a busca da melhor proposta com o menor custo e gasto de recursos”<sup>53</sup>.

Em rigor, porém, as compras públicas devem fundamentalmente ser adequadas à satisfação das concretas necessidades públicas que não podem ser asseguradas pelos meios internos da Administração. Neste sentido, mais do que pôr o acento tónico na economicidade, há que sublinhar a importância, na vertente agora em equação, de uma contratação pública “vinculada ao princípio (...) da procura da melhor proposta”<sup>54</sup>.

II. Quando se pensa numa contratação pública instrumentalizada à prossecução do *best value for money*, justifica-se a adoção de uma **aproximação dualista**.

Com efeito, como se defendeu recentemente em publicação para a qual se remete<sup>55</sup>, a preocupação com os dois objetivos nucleares da contratação pública - “a proteção do interesse público (...) e a proteção da igualdade entre os operadores económicos”<sup>56</sup> - não assume a mesma centralidade nas diretivas da União Europeia e no direito português. Se “a europeização do direito da contratação pública determinou a acentuação dos valores da concorrência, da transparência, da igualdade e da não discriminação e uma relativa secundarização da prossecução do interesse público”, a verdade é que, historicamente, no plano nacional, “a regulamentação da contratação pública surgiu marcada por

52 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 391 e ss..

53 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 384-385.

54 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 391 e ss..

55 Cfr., para mais desenvolvimentos, Rui Medeiros, *Em defesa de uma perspectiva dualista na regulamentação da contratação pública* (no prelo).

56 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 384.

uma perspetiva financeira ou orçamental e pela exigência de uma boa utilização dos dinheiros públicos”<sup>57</sup>.

A diferença neste domínio entre a perspetiva do direito da União Europeia e a ótica do direito nacional - com a consequente matização do discurso (cuja relevância não se questiona) sobre a *europaização* da contratação pública<sup>58</sup> - merece ser ponderada seriamente pelo legislador estadual. É que, na perspetiva nacional, “para além do fim da proteção da concorrência, o regime da contratação pública é permeado pelas particulares cautelas que devem rodear essa atividade de *transformar impostos em despesas*, que é o que no essencial se faz por meio da contratação pública”<sup>59</sup>. Ora, podendo tais preocupações legítimas entrar em conflito com o objetivo de uma igualdade concorrencial, tem sentido que uma reforma do regime da contratação pública pondere se, em vez de um regime de compras públicas tendencialmente monista, não se deve acentuar a dimensão dualista abrindo espaço para que as preocupações nacionais com a satisfação das necessidades públicas se possam afirmar com menos constrangimentos no âmbito permitido pelo direito da União Europeia.

III. Noutro plano, *(i)* se, por um lado, como já foi assinalado, um regime de contratação pública não constitui um fim em si mesmo e só é justificado na medida em que seja necessário para cumprir determinados objetivos tutelados juridicamente, assegurando ao mesmo tempo o cumprimento das vinculações jurídico-públicas a que a Administração está adstrita, e *(ii)* se, por outro lado, um dos objetivos nucleares do regime das compras públicas reside na *efetiva* procura do *best value for money*, pode afirmar-se que neste domínio, contanto que não sejam comprometidos outros objetivos e limites da atividade contratual pública,

---

57 Cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 144 – cfr., afirmando em qualquer caso que a nova geração de diretivas relativiza, “de certo modo, o princípio da concorrência e a finalidade da máxima abertura dos procedimentos à concorrência, seja porque prestam atenção à boa utilização dos dinheiros públicos, ou porque incentivam a utilização estratégica dos contratos públicos ou ainda porque evidenciam respeito por tradições culturais”, Pedro Gonçalves, *A reforma europeia da contratação pública*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11 (julho 2016), p. 23.

58 Cfr. Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, pp. 19 e ss.; *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, pp. 57 e ss..

59 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 70.

**a atividade das compras públicas deve aproximar-se das boas práticas de contratação na atividade privada empresarial<sup>60</sup>.**

Convém, a este propósito, evitar quaisquer equívocos. A ideia de “introduzir na gestão pública a consideração de valores próximos da gestão empresarial privada”<sup>61</sup> não significa, de modo alguma apologia, em nome de uma certa “ideologização”<sup>62</sup>, de uma espécie de “opção zero”, com a remissão para o direito privado do modo de regulação do procedimento de formação dos contratos públicos<sup>63</sup>. Não se ignora, concretamente que o tipo de autonomia e de postura subjetiva da Administração – com a “desconfiança em relação às decisões discricionárias do poder”<sup>64</sup> – “nunca pode ser o da preferência pessoal, do arbítrio, que até certo ponto pode nortear a conduta dos particulares na gestão dos seus negócios”<sup>65</sup>.

Do que se trata é tão-somente de sublinhar a importância de se atender ao *benchmarking* privado ou ao “*market economy buyer test*”<sup>66</sup>. Neste domínio, mais do que reconhecer a especificidade dos compradores públicos, “*the critical question is the extent to which the public character of such a purchaser does or should restrict its purchaser autonomy*”<sup>67</sup>. É que a “*incontrolabilidade dos fins e até certo ponto dos meios* que os privados prosseguem e utilizam, respetivamente, na celebração dos seus contratos”<sup>68</sup> não impede que se reconheça que – para além das preocupações crescentes com a *corporate governance*, as obrigações de transparência, a *accountability* e a responsabilização<sup>69</sup> – o comportamento desejável de um comprador privado num mercado concorrencial constitui um excelente parâmetro de controlo das práticas

60 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 494.

61 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 427.

62 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 490.

63 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 432 e ss..

64 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 57.

65 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 499.

66 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, pp. 466 e ss..

67 Cfr. Sue Arrowsmith / Peter Kunzlik, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, p. 17.

68 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 92 - cfr. ainda Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 150 e ss..

69 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 179-180.

de contratação pública adotadas. “*In substance, the market economy buyer test would result in comparison of the behaviour of the public buyer and the behaviour to be expected from a purchaser that, when faced with similar market conditions and comparable choice, adopts its decisions on the basis of value for money considerations*”<sup>70</sup>.

Por isso, na medida em que tal não deva ser afastado pelas exigências próprias do agir da Administração – “*where public procurement rules do not impose specific constraints on the exercise of discretion buy the public buyer*”<sup>71</sup> –, não se deve recusar, na tarefa de configuração de um regime de contratação pública, um teste de universalização a partir das boas práticas de operadores privados em mercados concorrenciais.

3.2. Domínios especialmente relevantes para a realização de stress tests a uma reforma do Código de 2008 que esteja efetivamente ao serviço da melhor satisfação das necessidades públicas

I. Impõe-se prosseguir com a identificação de alguns **domínios centrais** em que se podem concretizar na revisão do Código de 2008 as coordenadas gerais enunciadas em abstrato<sup>72</sup>.

70 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 467.

71 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 468.

72 Refira-se entre parênteses que uma contratação pública que, mais do que pôr o acento tónico na economicidade, esteja “vinculada ao princípio (...) da procura da melhor proposta” (cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 392), deve preocupar-se igualmente em prevenir o *abuso do recurso ao critério do mais baixo preço*. Não se esqueça que, segundo o Relatório do IMPIC sobre a Contratação Pública em Portugal no ano de 2015, “numa amostra de 6 287 procedimentos concursais cujos contratos foram celebrados em 2015, constatou-se que 71,5% (4 494) tiveram como critério de adjudicação o preço mais baixo, previsto no art.º 74.º, n.º 1, al. c). A estes contratos corresponderam 47,9% de montantes contratuais”.

Não se ignora que, no plano do direito da União Europeia, a mudança introduzida em 2014 nesta matéria é fundamentalmente formal ou terminológica (cfr. Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9 (setembro/dezembro 2013), p. 52), merecendo, pois, sérias reservas o “*sound bite* (...) de que, com a Diretiva 2014/24/UE, o critério do mais baixo preço teria desaparecido ou, pelo menos, ficado de algum modo menosprezado” (cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 53-54). Como lembra Sue Arrowsmith, “*the requirement to base the award on either the lowest priced or the most economically advantageous tender has been reformulated as a requirement to make the award to the most economically advantageous tender. However, this is a change of form and not substance since a*

II. Antes de mais, a *economicidade na aplicação dos recursos públicos* – da mesma forma que uma efetiva utilização da contratação pública para a prossecução de outras políticas públicas – justifica que **a decisão de contratar em sentido amplo seja carregada de sentido.**

Concretamente, a verificação da necessidade pública a suprir, a aferição da necessidade de recorrer ao mercado e uma estimativa adequada dos custos que implicará previsivelmente a celebração do correspondente contrato público são aspetos absolutamente decisivos no quadro do dever de boa administração<sup>73</sup>. O mesmo se poderá dizer em face da preocupação atual – de que se falará melhor mais adiante – com a “transição da compra burocrática («de como comprar») para a compra estratégica («o que comprar»)”, pois também aqui o momento inicial da formação do contrato – com a definição do objeto do contrato, a elaboração do caderno de encargos, a fixação do critério de adjudicação – é absolutamente determinante<sup>74</sup>.

---

*procuring entity may determine what is the most economically advantageous tender by considering price only*”. É duvidoso, aliás, que o direito da União Europeia esteja habilitado para impor um determinado critério de adjudicação, não podendo uma tal solução ser justificada pelos objetivos da construção do mercado interno (cfr. *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, pp. 176-177 e 208). De resto, não se pode ignorar que o critério do mais baixo preço, para além de potenciar a redução da despesa pública, também apresenta outras vantagens (*v.g.* simplificação do processo de avaliação das propostas),.

Seja como for, como também resulta do debate europeu que precedeu a aprovação da reforma de 2014 (cfr. Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, in *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, Lisbon, 2014, pp. 45 e s.) ou do confronto com as boas práticas de contratação na atividade privada empresarial, uma boa gestão da coisa pública não deve centrar-se apenas no comprar barato no momento aquisitivo inicial. A própria importância que a reforma europeia de 2014 atribui ao *life cycle costing* traduz a mesma preocupação em evitar a tentação do imediatismo e de compras públicas exclusivamente centradas no impacto orçamental de curto prazo. Por isso, mesmo quando se lance mão do critério do preço mais baixo, há que diferenciar as perspetivas “do preço *inicial* mais baixo e a do critério do preço mais baixo ao longo do ciclo de vida do produto” (cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, pp. 200-201).

Em qualquer caso, neste domínio, mais do que uma alteração *normativa*, do que se trata é de investir na melhoria das *práticas* de contratação. Ora, neste texto, o que se pretende é tão-somente identificar domínios relevantes numa revisão *legislativa* do Código 2008 efetivamente comprometida com o objetivo de utilização das compras públicas para a satisfação das necessidades públicas.

73 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 725 e ss..

74 Cfr. Isabel Celeste Fonseca, *O (novo) conceito de «proposta economicamente mais vantajosa» e a*

O legislador português, em medidas avulsas e setoriais, não ignora totalmente o problema. É sabido, por exemplo, que nas leis do orçamento se incluem disposições que visam limitar a despesa pública com a celebração de contratos de aquisição de serviços ou o recurso ao *outsourcing* para realização de estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria, bem como trabalhos especializados e representação judiciária e mandato forense<sup>75</sup>. Da mesma forma, para referir outra situação expressamente contemplada pelo legislador, o lançamento e a adjudicação de uma parceria público-privada, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, depende de estudos que permitam avaliar o *value for money* da parceria.

Todavia, se se quiser um regime de contratação pública que potencie a melhor satisfação das necessidades públicas – em conformidade com o princípio da economia, eficiência e eficácia na realização de despesas<sup>76</sup> –, impõe-se ir mais longe e exigir com alcance geral que, antes de se vincular através da decisão de contratar, a entidade adjudicante, além de fundamentar a necessidade de recurso ao *outsourcing*<sup>77</sup>, pondere efetivamente se há justificação para utilizar recursos públicos escassos na satisfação da concreta necessidade pública prosseguida pelo procedimento de contratação pública que se equaciona lançar. Ora, numa tal ponderação, não se afigura irrelevante que se procure saber de antemão de que ordem de grandezas se está a falar caso se avance efetivamente para a compra pública hipotizada. Bem andou, por isso, a Diretiva 2014/24/UE quando, no seu artigo 40.º, prevê a consulta preliminar ao mercado, não apenas para informar os operadores económicos dos planos de contratação, mas também para possibilitar que a entidade adjudicante prepare esclarecidamente o procedimento de contratação. Este trabalho

---

*adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios*, in *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (coord. Maria João Estorninho), E-Book, FDUL, Maio de 2016, pp. 53-54.

75 Cfr., por último, artigos 49.º e 50.º da Lei do Orçamento do Estado para 2017 (Lei n.º 46/2016, de 28 de dezembro).

76 Cfr. artigo 18.º da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 151/2015, de 11 de Setembro).

77 O n.º 2 do artigo 127.º, na redação resultante da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2012), estabelece que “a *publicitação da celebração de contratos na sequência de ajuste direto, de valor igual ou superior a € 5000, deve conter a fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste direto, em especial, sobre a impossibilidade de satisfação da necessidade por via dos recursos próprios da Administração Pública*”.

prévio – também no interesse dos concorrentes - deve estar refletido na indicação ao mercado do preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução do contrato a celebrar. Por isso, uma boa gestão pública justifica que o preço base seja devidamente fundamentado – ainda que, se necessário for, a partir das análises prévias do mercado realizadas pela entidade adjudicante<sup>78</sup>. Logo, a possibilidade – admitida pelo artigo 47.º do Código de 2008<sup>79</sup> – de a entidade adjudicante iniciar um procedimento de contratação sem demonstrar minimamente que estabeleceu um preço base merece ser revista, devendo exigir-se à partida que, antes da decisão de contratar – que, ao contrário da tese tradicional neste domínio, não constitui um mero convite a contratar em que fica preservada a liberdade de contratar ou não por parte da entidade adjudicante<sup>80</sup> –, a entidade adjudicante faça uma avaliação prévia (e proceda à sua explicitação) da despesa máxima que pode custar (e, como tal, está disposta a incorrer) a satisfação da específica necessidade pública prosseguida através da celebração de um contrato público.

III. Noutro plano, afigura-se fundamental ponderar como é que o legislador se posiciona perante a prática de **preços anormalmente baixos**.

a) O tema surge a propósito da contratação pública como instrumento para a melhor satisfação das necessidades públicas, visto que **o combate aos preços anormalmente baixos constitui, antes de mais, uma forma de tutela preventiva do risco de incumprimento contratual**.

Na realidade, as entidades adjudicantes “should not be forced to award the contract under circumstances where there is a reasonable *risk of non-performance* of the contract”<sup>81</sup>. Nesta perspetiva, as propostas que apresentem um preço anormalmente baixo são aquelas que apresentam um efetivo risco de incumprimento. Ou seja, numa das

---

78 Cfr. Luís Valadares Tavares, *Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos*, p. 16.

79 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 66 e ss..

80 Cfr., por exemplo, Rui Cardona Ferreira, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 38 e ss..

81 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 402.

suas dimensões nucleares, o instituto do preço anormalmente baixo serve para proteger a entidade adjudicante “do puro e simples risco de incumprimento: a circunstância de uma proposta não assegurar uma remuneração suficiente para os respetivos custos faz temer que o seu autor possa vir a ser incapaz de executar a totalidade das prestações que se destinam a satisfazer um interesse da coletividade”<sup>82</sup>. “Por isso, visto que o interesse público é demasiado relevante para suportar esse risco, esta anomalia é suficiente para tornar inaceitável uma proposta que *pode até não violar qualquer regra de direito da concorrência*, mas que, em qualquer caso, não consegue eliminar todas as suspeitas quanto à sua robustez e exequibilidade”<sup>83</sup>.

Noutro plano – além de poder estar outrossim ao serviço de uma contratação pública que respeite os requisitos ambientais, sociais e laborais legalmente exigidos (quando, concretamente, a entidade adjudicante exclui uma proposta por considerar que a adjudicação que “tem em mãos conduziria à celebração de um contrato que não poderia ser executado sem desrespeito por normas legais ou regulamentares que vinculam uma ou ambas as partes”<sup>84</sup>) –, pode também discutir-se em que medida é que o regime do preço anormalmente baixo não permite igualmente impedir, no mercado das compras públicas, um esmagamento de alguns operadores económicos. Neste caso, a entidade adjudicante aparece, não já “no exercício da função de adjudicação, mas no cumprimento de um dever jurídico de verificação de violações das regras da concorrência e de aplicação de sanções”, sendo nessa medida convocada para exercer, neste domínio, “uma *função de vigilância da aplicação das regras da concorrência* e, nesse contexto, para «sancionar» comportamentos que infrinjam tais regras, com a exclusão das propostas”<sup>85</sup>. Nesta perspetiva, “o regime do preço anormalmente baixo não está apenas votado à tutela do risco de incumprimento contratual: na sua *ratio* reside ainda o objetivo de assegurar uma *concorrência leal e efetiva* nos mercados da contratação

---

82 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 100-102.

83 Cfr. Duarte Rodrigues Silva / Pedro Fernández Sánchez, *Contributos para a densificação do conceito de preço anormalmente baixo no direito dos contratos públicos europeu e português*, p. 165.

84 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 99.

85 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 425.

pública”, pelo que “este móbil da promoção de uma *sã concorrência* justifica, também, a emergência de um regime que habilita as entidades adjudicantes a lançarem dúvidas ou suspeições sobre a formação e a estrutura de custos dos preços propostos”<sup>86</sup>.

b) É sabido que o **CCP, em 2008**, não “pretendeu deixar as entidades adjudicantes indefesas contra operadores económicos aventureiros que arriscam apresentar propostas com preços excessivamente baixos, insuficientes para remunerarem as prestações constitutivas do objeto contratual: o complexo normativo formado pela alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º, pela alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º e pelo artigo 71.º do CCP permite (e impõe) às entidades adjudicantes excluírem propostas cujos autores não esclarecem, ou esclarecem insuficientemente, as suspeitas quanto a um preço julgado anómalo, que, em caso de adjudicação, poderia acabar prejudicando a correta execução do contrato, por deixar o contraente privado destituído da necessária liquidez financeira para cumprir pontualmente as suas obrigações”<sup>87</sup>.

Todavia, por um lado, o n.º 1 do artigo 71.º do Código de 2008 fixa supletivamente – e apenas “quando o preço base for fixado no caderno de encargos” (o que, como se acabou de dizer, pode não acontecer) – dois limiares de preço anormalmente baixos percentuais e delimitados em abstrato – e à margem do concreto contexto contratual – para todo o universo das empreitadas de obras públicas e para todo o universo dos restantes contratos – respetivamente, quando o preço total da proposta seja 40% ou mais ou seja 50% ou mais inferior ao preço base. Na prática, tais percentagens servem muitas vezes como valor de referência adotados pelos concorrentes que pretendem a todo o custo obter a adjudicação. Concretamente, segundo o Relatório do IMPIC sobre a Contratação Pública em Portugal no ano de 2015, “considerando os contratos de bens e serviços (incluindo os relacionados com obras públicas), independentemente do tipo de

---

86 Cfr. Duarte Rodrigues Silva / Pedro Fernández Sánchez, *Contributos para a densificação do conceito de preço anormalmente baixo no direito dos contratos públicos europeu e português*, in *RMP*, 148 (Out. - Dez. 2016), pp. 167-168.

87 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 97.

procedimento, constatamos que em 13,8% dos contratos da amostra os valores contratuais finais aproximaram-se ou foram mesmo inferiores ao preço anormalmente baixo calculado em função do preço base” (embora a representatividade em termos dos montantes contratuais globais tenha sido um pouco inferior – 6,1%). Ora, tendo em conta que ainda por cima o preço base nem sequer carece de estar baseado numa análise prévia do mercado realizada pela entidade adjudicante, a conjugação de um preço base não sério com a admissibilidade de limiares aritméticos de preço anormalmente baixo fixados em abstrato e que ficam muito aquém do preço base, não só potencia práticas de esmagamento de preços com inevitáveis consequências negativas para a desejável equilibrada concorrência entre as empresas no mercado (*v.g.* situações de esmagamento de operadores que não tenham estrutura para suportar políticas de *dumping* de concorrentes mais fortes ou casos de insolvência de empresas que avançam com propostas temerárias), como também pode conduzir à incapacidade do adjudicatário para assegurar um cumprimento pontual e não defeituoso das prestações do contrato que se obrigou a executar.

Por outro lado, mesmo perante propostas abaixo dos limiares fixados para o preço anormalmente baixo, “uma importante parte dos tribunais administrativos – impulsionada pelo próprio STA, que inutilizou os esforços que alguns sectores dos TCA Sul e Norte tentaram consolidar – desenvolveu uma linha argumentativa destinada a dispensar o juiz de proceder à (sempre trabalhosa...) avaliação casuística (...) da suficiência do preço proposto para a cobertura dos custos em que o concorrente incorre com a execução do contrato”<sup>88</sup>. Só que, por esta via, a jurisprudência está a deitar fora um instrumento jurídico suscetível de potenciar uma concorrência equilibrada e o pleno cumprimento dos contratos celebrados.

Ora, se “o interesse público é demasiado relevante para suportar o risco do incumprimento contratual”, não se coadunando com soluções

---

<sup>88</sup> Cfr., com as respetivas indicações jurisprudenciais, Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 98 – cfr. ainda Duarte Rodrigues Silva / Pedro Fernández Sánchez, *Contributos para a densificação do conceito de preço anormalmente baixo no direito dos contratos públicos europeu e português*, pp. 163-164.

que deixem a entidade adjudicante “indefesa perante propostas não sérias”<sup>89</sup>, e se além disso há que preservar a concorrência, forçoso é concluir que a revisão do CCP constitui uma oportunidade importante para corrigir as duas disfunções assinaladas<sup>90</sup>.

IV. Noutro plano, e independentemente agora da relevância da “*previous experience as a qualitative selection criterion*”<sup>91</sup>, outro desafio importante que se coloca a um legislador de revisão do Código de 2008 que esteja comprometido com o objetivo de potenciar a satisfação de necessidades públicas através de compras públicas respeita ao modo como se regula a possibilidade de atribuição de relevância à **performance negativa passada**. Na verdade, a avaliação e a mitigação do risco de incumprimento ou de cumprimento defeituoso por parte do operador económico não se esgota num regime adequado de preços anormalmente baixos, recomendando ainda a ponderação dos desempenhos passados<sup>92</sup>.

É bem sabido que, na contratação privada, “a solução para o problema de uma má execução passada, ou de informações alheias que não inspirem confiança num determinado agente económico, é muitíssimo simples e incontestada: simplesmente, não se volta a contratar aquela entidade. Ninguém contestará que esse seja um motivo válido para um privado não contratar - pelo contrário, essa é uma conduta que sem dúvida seria considerada prudente e avisada”<sup>93</sup>.

Não se ignora que, na contratação pública, e sobretudo no direito da União Europeia, há limites importantes que impedem uma transposição acrítica da solução que prevalece no quadro da contratação privada. Não surpreende, por isso, que a Diretiva 2014/24/UE, embora dando passos neste domínio, seja cautelosa na atribuição de relevância

---

89 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 100-102.

90 Cfr., sobre o debate europeu no contexto do processo de elaboração das diretivas de 2014, Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, pp. 47 e ss..

91 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 307.

92 Cfr. Luís Valadares Tavares, *Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos*, p. 22.

93 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 882.

à *bad past performance*<sup>94</sup>. Concretamente, o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), prevê, como motivo de exclusão de um operador económico, apenas as situações em que o mesmo “*tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis*”, acrescentando ainda o n.º 6 do mesmo artigo que qualquer concorrente, mesmo que se encontre nessa situação, “*pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão*”.

Ainda assim, se até aqui, à luz do direito português vigente, se mostrava “problemática a possibilidade de as entidades adjudicantes preverem nas peças procedimentais qualquer impedimento relacionado com a simples má execução contratual em anterior(es) contrato(s)”<sup>95</sup>, a revisão do Código de 2008 constitui uma oportunidade para, antes de mais, transpor para o direito interno a abertura limitada da Diretiva 2014/24/UE. Tarefa que não é fácil atento “o vasto número de conceitos indeterminados com o que o legislador europeu descreveu aquilo a que se chama a «*bad past performance*» de um operador económico na execução de contratos como impedimento à participação em futuros procedimentos de contratação pública”<sup>96</sup>.

Todavia, em coerência com a importância que se deu *supra* ao teste de universalização a partir das boas práticas de operadores privados e com a defesa de uma revisão do regime da contratação pública aberta à adoção de soluções *dualistas*, tem sentido que neste domínio o legislador de revisão do Código de 2008 aproveite a maior autonomia de que dispõe na regulamentação das compras públicas não reguladas pelas diretivas de 2014 para consagrar soluções inovadoras e que não se

---

94 Cfr. Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, pp. 51-52.

95 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 884-885.

96 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 83-84.

tornem facilmente letra morta<sup>97</sup>.

V. Enfim, para referir apenas mais um domínio sensível para aferir do grau de compromisso do legislador de revisão do Código de 2008 com uma política de contratação pública que seja efetivamente adequada a cumprir o seu desiderato de satisfação das necessidades públicas que impõem o recurso ao *outsourcing*, há que visitar o **regime de modificação dos contratos**.

Este é um domínio por excelência em que se joga o dilema já assinalado entre o paradigma do contrato enquanto meio de prossecução do interesse público e o paradigma do contrato enquanto instrumento de abertura dos mercados à concorrência<sup>98</sup>. Com efeito, “enquanto a lógica do interesse público dita um amplo poder de modificação unilateral pelo contraente público, a lógica do mercado limita as modificações do contrato não sujeitas à concorrência; enquanto a lógica do interesse público ditaria que a Administração pudesse preferir uma empresa nacional para manter a capacidade industrial do país, a lógica do mercado dita que isso não seja possível; e por aí fora”<sup>99</sup>.

É bem sabido que, durante muito tempo, o poder de modificação unilateral do contrato administrativo, de forma a adaptá-lo à melhor prossecução do interesse público visado pelo contrato, era considerada a “prerrogativa exorbitante por excelência” de que gozava a Administração<sup>100</sup>.

A verdade, porém, é que preocupações financeiras e concorrenciais

---

97 Cfr., para mais desenvolvimentos, Marco Caldeira / Juliana Braz Mimonno, *Da exclusão por incumprimento de contrato(s) anterior(es) à luz das novas diretivas em matéria de contratação pública*, in *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, pp. 893 e ss.; Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, pp. 40 e ss. – cfr. ainda, antes das novas diretivas, Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 882 e ss..

98 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 35.

99 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 50 - cfr. ainda, especificamente sobre o regime de modificação do contrato e seu condicionamento pela chamada *pós eficácia do procedimento de formação*, Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 117 e ss..

100 Cfr. Maria João Estorninho, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 131.

conduziram progressivamente à introdução de limites cada vez mais estritos à admissibilidade de modificações contratuais. Recorde-se que, ao lado das razões internas, a leitura prevaiente do direito da União Europeia foi no sentido de impor, “em nome da salvaguarda da concorrência, fortes limitações à modificação dos contratos”<sup>101</sup>. Assim, por pressão interna e externa, tem-se assistido a uma restrição do poder de modificação dos contratos celebrados pela Administração. E, paradoxalmente, uma tal evolução tem sido particularmente visível no regime do contrato de empreitada de obras públicas, isto é, no regime do contrato administrativo que há quem considere que, não só assume “um papel normativamente modelar do regime do contrato administrativo”, como “constitui o berço histórico” do regime da modificação e, portanto, de um dos institutos mais marcantes do contrato administrativo<sup>102</sup>.

O movimento vem de há muito<sup>103</sup>. O CCP de 2008 reforçou a tendência, procurando reduzir as derrapagens nos custos das obras públicas através da consagração de normas destinadas a evitar diferenças significativas entre o valor contratado e o valor final das obras públicas e a promover uma cultura de maior responsabilidade dos principais

---

101 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 397.

102 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, p. 272.

103 A evolução do tratamento dos trabalhos a mais antes do CCP de 2008 é significativo. Historicamente, tanto na vigência do Decreto-Lei nº 48 871 (artigo 22º), como em face do disposto no Decreto-Lei nº 235/86 (artigo 27º), permitia-se genericamente os trabalhos a mais resultantes da ordem dada por escrito pelo dono da obra. Bastava, para o efeito - mas esta era já uma limitação importante - que tais trabalhos se destinassem à realização da mesma empreitada. Em 1990 inicia-se o processo conducente à introdução de novos pressupostos da realização de trabalhos a mais. Assim, o Decreto-Lei nº 320/90, de 15 de Outubro, apoiado na alínea f) do artigo 9º da Diretiva 71/305/CEE, posteriormente revogada pelo nº 8 do artigo 1º da Diretiva 89/440/CEE, veio prever, ao lado da execução de trabalhos a mais, a execução das obras complementares que se tivessem tornado necessárias na sequência de uma circunstância imprevista. Mas, porque não se fazia referência à necessidade de se tratar da mesma empreitada, estabeleceu-se que essas obras complementares só podiam ser realizadas se não pudessem ser técnica ou economicamente separadas do contrato da empreitada principal sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes ou se, sendo separáveis, fossem estritamente necessárias ao acabamento da obra principal. Posteriormente, o RJEOP aprovado pelo Decreto-Lei nº 405/93, ao eliminar os trabalhos complementares, passou a exigir que os trabalhos a mais se tivessem tornado necessários em virtude de uma circunstância imprevista e que, além disso, não pudessem ser técnica ou economicamente separados do contrato sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes ou, sendo separáveis, fossem estritamente necessários à conclusão da obra adjudicada.

intervenientes na conceção e execução de um projeto de empreitadas de obras públicas<sup>104</sup>. Mais recentemente, “sob os ventos da austeridade orçamental”<sup>105</sup>, o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, deu um passo importante no sentido da “«deslocação» do regime do contrato administrativo dos direitos nacionais para o direito europeu”, com o consequente agravamento da “alteração do paradigma clássico do regime da sua execução”<sup>106</sup>. Na verdade, ao proceder a um conjunto de modificações ao CCP, tendo alegadamente “em vista o seu ajustamento ao disposto nas diretivas comunitárias de contratação pública e o cumprimento dos compromissos assumidos no âmbito do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, firmado entre o Estado Português e a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu”, o diploma de 2012 contribuiu para que Portugal se tornasse “um dos países pioneiros da União Europeia a «transpor» para o direito interno” as preocupações europeias com a limitação da modificabilidade dos contratos administrativos. O legislador, ao fazê-lo, alterou fundamentalmente o regime das modificações objetivas do contrato de empreitada de obras públicas (artigos 370.º e seguintes do CCP – e, por consequência, o regime dos serviços a mais plasmado no artigo 454.º e construído com base naquele)<sup>107</sup>.

Longe vai, pois, o tempo em que se reconhecia que, por motivos de interesse público, deve ser conferido ao dono da obra “uma faculdade unilateral de redefinição parcial da posição jurídica do empreiteiro e, deste modo, do próprio conteúdo de certas cláusulas do contrato administrativo de empreitada de obras públicas”<sup>108</sup>, porquanto a realização de uma obra pública é uma operação demasiado importante para que o dono da obra se encontre definitivamente vinculado pelo plano inicial<sup>109</sup>.

104 Cfr. Rui Medeiros, *O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimimento de erros e omissões e de trabalhos a mais*, in *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 428.

105 Cfr. Paulo Alves Pardal, *A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental*, in *Novas fronteiras da contratação pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 171 e ss..

106 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 523-524.

107 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 526 e ss..

108 Cfr. Paulo Otero, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, in *ROA*, 1996, III, pp. 930-931.

109 Cfr. Panayotis Glavinis, *Le contrat international de construction*, Paris, 1993, pág. 121.

Hoje, justifica-se repensar a tendência para dificultar a adaptabilidade dos contratos à prossecução do interesse público, seja em matéria de empreitadas, seja noutros tipos contratuais. Em alguns casos, aliás, a modificação deve ser admitida até com maior latitude. Pense-se, por exemplo, em contratos de longa duração: “dada a complexidade relacional, as vicissitudes e o dinamismo do tempo, por mais engenhosa e diligente que seja a capacidade de previsão dos contraentes, será praticamente irrealista exigir-lhes que, de forma clara, precisa e inequívoca, antecipem nas peças procedimentais, para dez, quinze, vinte anos..., todas as vicissitudes e efeitos, independentemente da respetiva origem”<sup>110</sup>.

A revisão do CCP constitui uma oportunidade de ouro para fazer esta reforma.

Por um lado, a própria solução plasmada no artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE – no culminar de um longo processo legislativo<sup>111</sup> – reconhece a heterogeneidade das hipóteses em que se pode justificar uma modificação dos contratos celebrados com a Administração, procurando apesar de tudo – ao abrir a porta ao aumento dos “casos de modificações ao contrato que não exigirão a adoção de um procedimento adjudicatário autónomo”<sup>112</sup> – fazer “um equilíbrio entre o interesse na flexibilidade do instrumento contratual e a proteção do mercado”<sup>113</sup>.

Por outro lado, e sobretudo, surgindo “o direito europeu – jurisprudencial (e legal) – como uma tendência contracorrente com a regra universal de modificação do contrato administrativo”, compreende-se que um legislador que esteja empenhado em assegurar que o contrato se encontra ao serviço da prossecução do interesse público – e que assuma concomitantemente que a modificação não

---

110 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, p. 400.

111 Cfr. Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, pp. 49 e ss..

112 Cfr. Pedro Matias Pereira / Carla Machado, *Modificação e rescisão do contrato*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12 (agosto 2016), p. 81.

113 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte II*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 10 (janeiro/abril 2014), p. 168.

se esgota num “problema de concorrência e de natureza financeira”<sup>114</sup> – proceda neste domínio, não já a uma “harmonização máxima”, mas apenas a uma “harmonização necessária/suficiente para efeitos de garantir” a observância das norma da União Europeia<sup>115</sup>.

#### 4. Contratação Pública como instrumento de prossecução de políticas públicas transversais

I. O direito da contratação pública prossegue “interesses públicos, no plural”<sup>116</sup>.

É sabido que, historicamente, “*public procurement has been an important part of the Member States industrial policies*”, tendo sido muitas vezes utilizado “*as a policy tool*” – neste sentido, “*protectionist public procurement, when strategically exercised, has resulted in the evolution of vital industries for the state in question*”<sup>117</sup>. A contratação pública foi, pois, usada, durante muito tempo – numa época em que imperavam as “tradicionalis conceções sobre o domínio puramente estadual dos contratos públicos”<sup>118</sup> –, “*as a tool of industrial policy, to preserve jobs and profits in national industry or to promote development of particular sectors*”<sup>119/120</sup>.

---

114 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 406-407.

115 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 397 e ss. (em especial, 405 e 407).

116 Cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 145.

117 Cfr. Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, p. 34.

118 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 516.

119 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 8.

120 As compras públicas estavam assim frequentemente associadas a políticas de discriminação que privilegiavam as aquisições domésticas “como forma de estímulo à indústria nacional e de afirmação do bem-estar nacional uma vez que os ganhos obtidos através de políticas discriminatórias ficariam nas empresas nacionais (...). Os fundamentos para a discriminação na contratação pública variavam, mas, na maior parte dos casos, envolviam razões de política industrial, motivos de segurança pública ou outras considerações (por exemplo, a manutenção de um nível mínimo de capacidade de produção no setor da defesa, a proteção de minorias, de empresas localizadas em algumas regiões ou de pequenas e médias empresas”. Assim, por exemplo, mesmo para não falar de situações em que a contratação pública se encontrou ao serviço dos direitos humanos (“como sucedeu com a chamada Lei Massachussets que impedia empresas que tivessem negócios com a Birmânia de aceder a contratos públicos nos EUA,

Certamente, à semelhança do que sucede no quadro da “liberalização do comércio internacional”<sup>121</sup>, a aposta, no espaço da União Europeia, na criação do mercado único não é compatível com muitas das políticas protecionistas historicamente adotadas.

Contudo, à medida que “*important progress has been made and the gradual liberalisation of public procurement markets in the EU has taken place*”, a normação europeia sobre contratação pública tem-se aberto a outros objetivos fundamentais<sup>122</sup>. As diretivas de 2014 acentuam, justamente, a conexão **entre contratação pública e a estratégia Europa 2020 de aposta num crescimento inteligente, sustentável e inclusivo**, ou seja, a ideia de contratação pública como instrumento de prossecução de políticas públicas, com especial enfoque nas áreas do ambiente, coesão social e emprego e inovação, bem como na preocupação de facilitar a abertura do mercado dos contratos públicos a pequenas e médias empresas.

II. A doutrina não se cansa de sublinhar o **potencial do *green public procurement* e do *social best value***<sup>123</sup>.

No fundo, é *communis opinio* que o recurso à contratação pública pode constituir uma ferramenta determinante para a realização de políticas públicas (os contratos públicos podem, por exemplo, ser “utilizados para subsidiar sectores estratégicos, induzir melhores práticas laborais e ambientais, gerar investigação e desenvolvimento ou

---

enquanto aquele país não respeitasse os direitos humanos”), “a utilização da contratação pública como mecanismo de apoio social verificou-se em muitos Estados, como o Reino Unido, quando, na sequência da primeira guerra mundial, se tornou necessário favorecer os veteranos, ou, em 1938, nos Estados Unidos, quando o governo federal privilegiou, na aquisição de bens, produtos produzidos por invisuais. Ocorreu ainda, neste país, com o *buy American Act* ou com o apoio concedido a veteranos da guerra do Vietname, no Canadá, com o benefício da população indígena como forma de compensação pela perda de terras, na África do Sul, relativamente à população negra, ou na Malásia, relativamente à etnia Malay” (cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, pp. 15, 21-22 e 29-30).

121 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, p. 30.

122 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, pp. 112 e ss..

123 Cfr. Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, pp. 344 e ss.; *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, pp. 415 e ss..

financiar inovações tecnológicas”<sup>124</sup>). É certo que, frequentemente, a prossecução de tais objetivos horizontais “*involve paying higher prices for the goods, works or services*”<sup>125</sup>. Todavia, se “*many policies do involve additional costs*”<sup>126</sup>, a verdade é que, mesmo nesses casos, as compras públicas constituem uma “janela de oportunidade, uma vez que os custos financeiros associados são, frequentemente, mínimos quando comparados com outros modos de implantação (*v.g.* através da concessão de subsídios)”<sup>127</sup> e a potencialidade estratégica da contratação pública - pelo seu próprio peso no PIB – não pode ser negligenciada.

Em qualquer caso, para que estas potencialidades de uma contratação pública instrumental sejam plenamente aproveitadas, afigura-se fundamental operar, tanto no plano normativo – quer através da transposição das diretivas de 2014 (*infra*, III), quer no contexto de uma revisão do Código de 2008 de matriz dualista (*infra*, IV) –, como, sobretudo, no quadro da implementação no terreno de boas práticas de contratação (*infra*, V).

III. A regulamentação do acesso ao mercado das **pequenas e médias empresas**<sup>128</sup> constitui um exemplo paradigmático daquilo que pode ser uma transposição legislativa da nova geração de diretivas que evidencie que o direito da contratação pública não está exclusivamente centrado na tirania de uma escolha de racionalidade económica absoluta, como se a única coisa que interessasse fosse a obtenção de uma eficiente aplicação de recursos, admitindo, pelo contrário, discriminações positivas no acesso à contratação pública<sup>129</sup>. Concretamente, no plano normativo, para além da aposta já feita pelo Código de 2008

---

124 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, p. 22.

125 Cfr. Sue Arrowsmith, *A taxonomy of horizontal policies in public procurement*, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law* (ed. Sue Arrowsmith / Peter Kunzlik), Cambridge University Press, 2009, p. 128.

126 Cfr. Sue Arrowsmith, *A taxonomy of horizontal policies in public procurement*, p. 128

127 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, p. 18.

128 Cfr. Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, pp. 40 e ss..

129 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 398 e ss. (em especial, 400 e 402).

num “*SME-friendly procurement*”<sup>130</sup>, e deixando de lado o regime de subcontratação<sup>131</sup>, o legislador pode, na transposição das diretivas de 2014, apostar na promoção da *divisão em lotes* – ainda que tal divisão “generate some additional costs”<sup>132</sup> – através da sujeição à concorrência de compras públicas organizadas por lotes mais pequenos ou subdivididos territorialmente, para permitir que as empresas mais pequenas, que não conseguiriam apresentar proposta para um único grande contrato ou para o país inteiro, consigam ir a jogo nalgum ou nalguns dos lotes. Com efeito, “mais do que qualquer outro instituto, é porventura do regime da divisão em lotes que mais claramente depende a possibilidade de acesso das micro, pequenas e médias empresas aos contratos públicos”<sup>133</sup>.

IV. Noutros domínios, como já foi assinalado em estudo recente (dispensando, por isso, a revisitação agora do tema), a prossecução de políticas públicas transversais pode passar, no quadro de *uma revisão com matriz dualista do CCP*, pelo **aproveitamento das possibilidades oferecidas no âmbito não regulado pela normação sobre contratação pública da União Europeia**.

a) Na verdade, não obstante a importância crescente dos objetivos sociais e ambientais da contratação nas diretivas europeias, “*European Union law is trying to strike a delicate balance between competition and (...) objectives*” horizontais<sup>134</sup>.

130 Cfr. Nicholas Hatzis, Nicholas Hatzis, *The legality of SME development policies under EC procurement law*, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law* (ed. Sue Arrowsmith / Peter Kunzlik), Cambridge University Press, 2009, pp. 564 e ss..

131 Cfr., no sentido de que “subcontracting is the most important and realistic way of promoting SMEs’ participation in public procurement” e discutindo ainda os limites à “prohibited and compulsory subcontracting”, se bem que num texto anterior às novas diretivas, Nicholas Hatzis, *The legality of SME development policies under EC procurement law*, pp. 357 e ss. – cfr. ainda, enfatizando que “sub-contracting plays a major role in the opening up of public markets as it is the most effective way of SMEs’ participation in public procurement”, Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, p. 34.

132 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 349.

133 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, pp. 27-28 – cfr., entre nós, para mais desenvolvimentos, David Coelho, *A divisão de contratos em lotes na Diretiva 2014/24/UE*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13 (agosto 2016), pp. 83 e ss..

134 Cfr. Roberto Caranta, *Sustainable Public Procurement in the EU*, in *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (eds. Roberto Caranta / Martin Trybus), Copenhagen:

O receio de que a introdução de objetivos horizontais “acabe por redundar em restrições ao princípio da igualdade de acesso à contratação pública” pode ser ilustrado com os limites que subsistem ao nível do direito da União Europeia à “utilização da contratação pública para fins de política pública que são *externos*, por assim dizer, ao objetivo imediato da celebração do contrato”<sup>135</sup>. De facto, embora se admita hoje que os critérios de adjudicação não sejam estritamente económicos, continua a entender-se, para prevenir “*the use of overbroad secondary criteria*”<sup>136</sup>, que os fatores não estritamente económicos “*must be objective, apply to all the tenders, be (...) linked to the subject-matter of the contract in question, and be of direct economic advantage to the contracting authority*”<sup>137</sup>. Os limites em matéria de escolha do critério de adjudicação evidenciam bem que persistem “tensões entre a possibilidade de realização de políticas de contratação pública dos Estados-membros que prosseguem objetivos (...) horizontais e o esforço do Direito da União Europeia no tocante à liberalização dos contratos públicos no contexto da afirmação do mercado interno”<sup>138</sup>.

Sem dúvida, para dar um exemplo, nada obsta a que, num contrato dirigido a pessoas portadoras de deficiência, os critérios de adjudicação tenham “em conta requisitos relativos às necessidades específicas de cada categoria de usuário” ou que um contrato para a aquisição de programas e equipamentos informáticos inclua “um critério de adjudicação que relacione a qualidade às características de acessibilidade específica necessárias para diversos grupos de pessoas portadoras de deficiência (por exemplo: um produto ou serviço acessível a pessoas cegas, surdas, com deficiência mental ou com problemas de mobilidade)”. Em contrapartida, a situação altera-se se estiver em causa uma situação não enquadrável na previsão do artigo 20.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE – segundo o qual “*os Estados-Membros podem reservar o direito a participar*

---

DJØF Publishing Copenhagen, 2010, p. 49.

135 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 398-399.

136 Cfr. Mario E. Comba, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (eds. Roberto Caranta / Martin Trybus), Copenhagen: DJØF Publishing Copenhagen, 2010, p. 316.

137 Cfr. Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, p. 415.

138 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, pp. 203 e ss..

*em procedimentos de contratação pública a entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30 % dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos*<sup>139</sup> – e se tratar, por exemplo, de uma “exigência de que à execução do contrato esteja vinculado um número mínimo de trabalhadores (...) do sexo feminino”, pois a referida “vinculação ao objeto implica que essas características estejam relacionadas com as necessidades sociais cuja satisfação constitua o objeto do contrato”<sup>140/141</sup>.

b) Pelo contrário, **no plano nacional, “green and social considerations can well fit into the «primary» objectives of public procurement**<sup>142</sup>, caso o Estado decida assumir amplamente tais objetivos ao lado da preocupação com o *best value for Money*. Daí que tenha sentido que o legislador português, se quer aproveitar efetivamente todas as oportunidades de uma contratação pública instrumental, lance

139 Cfr., no sentido de que “as novas diretivas continuam a ser comedidas na matéria das reservas, não dando acolhimento a soluções mais radicais, experimentadas noutras paragens, que permitem, por exemplo, a reserva de contratos para PME”, Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, p. 27.

140 Cfr. Sónia Palma, *Critérios de Adjudicação*, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, E-Book, Coimbra: Cedipre, Setembro 2016, pp. 63-64.

141 A controvérsia suscitada pelo n.º 7 do artigo 42.º do texto inicial do CCP – entretanto revogado pelo DL n.º 149/2012, de 12 de Julho – ilustra igualmente bem as limitações que a prossecução nacional de políticas transversais pode suscitar à luz do direito da União Europeia. Recorde-se que o referido preceito dispunha que “o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de valor igual ou superior a (euro) 25 000 000 deve prever a obrigação de o adjudicatário elaborar um ou vários projetos de investigação e desenvolvimento diretamente relacionados com as prestações que constituem o objeto desse contrato, a concretizar em território nacional, pelo adjudicatário ou por terceiras entidades, de valor correspondente a, pelo menos, 1% do preço contratual”. A conformidade desta disposição com o direito da União Europeia foi questionada, porque, por um lado, se afigurava discriminatória ao conferir às empresas portuguesas ou que já se encontrassem estabelecidas em Portugal uma vantagem em relação às empresas instaladas noutros Estados-membros, e, por outro, se tratava de uma exigência independentemente da sua utilidade no quadro da execução do contrato e que constituía uma desvantagem para as empresas que não quisessem aceitar esse encargo adicional (cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, pp. 278-279).

142 Cfr. Mario E. Comba, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, pp. 307 e ss..

mão, na construção de soluções legais, da maior abertura de que dispõe em domínios não abrangidos pelas diretivas da União Europeia<sup>143</sup>.

V. Seja como for, se se quiser levar a sério a utilização da contratação pública como instrumento de prossecução de políticas públicas transversais, deve reconhecer-se que tal desiderato não pode, em larga medida, ser obra do legislador, sendo absolutamente determinante **a aposta na instituição de mecanismos que conduzam na prática os compradores públicos à adoção de políticas de contratação socialmente inclusivas, eficientes, hipocarbónicas e baseadas no conhecimento e na inovação**. Significa isto, por outras palavras, que, sem prejuízo de algumas benfeitorias que podem ser introduzidas no CCP, a promoção de uma “contratação verde”<sup>144</sup>, do emprego e da inovação dificilmente pode ser apenas ou até fundamentalmente obra da lei.

Com efeito, se em alguns casos o efetivo aproveitamento das novas potencialidades oferecidas pelas diretivas de 2014 depende inclusivamente de uma realidade que não é transformável por simples vontade da Administração – pense-se, por exemplo, nas parcerias para a inovação (em que provavelmente se irá assistir a “uma transposição minimalista, isto é, muito próxima ao texto da Diretiva”<sup>145</sup>) –, a verdade é que em muitos aspetos tudo vai depender fundamentalmente do modo como os compradores públicos atuarem no terreno. E, para isso, é fundamental pensar no modo como alterar os comportamentos das entidades adjudicantes e como acompanhar as aquisições públicas, incluindo designadamente através da “previsão de um sistema mínimo de governação do setor”<sup>146</sup>.

Numa palavra, para além de legislação adequada, “a realização do bem comum, através de contratos públicos, exige (...) decisores

---

143 Cfr., para mais desenvolvimentos, Rui Medeiros, *Em defesa de uma perspetiva dualista na regulamentação da contratação pública* (no prelo).

144 Cfr. Vasco Pereira da Silva, in *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (coord. Maria João Estorninho), E-Book, FDUL, Maio de 2016, pp. 41 e ss..

145 Cfr. Pedro Cerqueira Gomes, *Alterações em procedimentos*, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, E-Book, Coimbra: Cedipre, Setembro 2016, p. 29.

146 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, p. 15.

públicos profissionalizados e responsáveis, mecanismos de regulação e de controlo eficazes”<sup>147</sup>. Um legislador de revisão do CCP que esteja verdadeiramente empenhado numa contratação pública estratégica cabe, pois, consagrar tais mecanismos.

---

<sup>147</sup> Cfr. Maria João Estorninho, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum*, p. 7.