

CAPITULO I

INTRODUÇÃO

1- ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO

A crescente importância da contratação pública, tem sido acompanhada de uma maior atenção legislativa sobre as regras a aplicar nesta área, procurando garantir que a escolha do co-contratante se apresente transparente e respeite os princípios da igualdade e da concorrência, permitindo melhores decisões relativas à utilização de fundos públicos e incrementando a eficiência económica.

Também o legislador comunitário tem dedicado a este assunto a maior atenção, visto que a possibilidade de concorrer a contratos através de linhas transnacionais, se apresenta como indispensável à criação de um mercado verdadeiramente único.

Esta importância do sector das obras públicas levou a que o Direito Administrativo a disciplinasse em termos autónomos, desde há muito tempo.

Com efeito, desde o sec. XIX que se encontra legislação que rege o regime das empreitadas de obras públicas. Em 28 de Abril de 1887 foram aprovadas as “cláusulas e condições gerais”, que disciplinavam as empreitadas e fornecimentos de obras públicas na Metrópole, tendo ainda sido aprovadas as respetivas instruções, em 18 de Julho do mesmo ano.

Contudo, apenas com a publicação, em 1906, do Decreto de 9 de Maio, que aprovou as Cláusulas e Condições Gerais das Empreitadas e Fornecimentos de Obras Públicas, se pode verdadeiramente falar de uma legislação geral reguladora do sector das empreitadas.

De seguida, em 10 de Maio de 1907 foi publicado o Decreto que aprovou o regulamento para a execução e contabilidade dos serviços de obras públicas, posteriormente revogado pelo Decreto n.º 4667 de 14 de Julho de 1918.

Até à década de 1960 o sector das empreitadas de obras públicas foi regulado pelo citado Decreto de 9 de Maio, pelo Decreto n.º 4667 de 14 de Julho de 1918, e pela Portaria 7702 de 24 de Outubro de 1933, que estabelecia as instruções para a arrematação e adjudicação de obras públicas e respetivas liquidações, bem como por outros diplomas complementares.

A citada legislação veio a demonstrar-se desadequada face ao desenvolvimento verificado na indústria da construção e à evolução entretanto operada na doutrina, pelo que em 1961 foi criada uma

Comissão para a elaboração de um novo diploma legal, que fosse mais consentâneo com a realidade das obras públicas da época. Do trabalho da referida Comissão resultou, em 19 de Fevereiro de 1969, o Decreto-Lei 48871, que aprovava o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas.

O Decreto-Lei 48 871 foi criado com o claro propósito de unificar a vasta legislação avulsa aplicável até essa data às empreitadas de obras públicas e aos fornecimentos.

O art.º 1º desse diploma estabelecia que o mesmo se aplicava às empreitadas destinadas à realização de trabalhos de construção, reconstrução, restauro, reparação, conservação ou adaptação de bens imóveis que, no território do continente e ilhas adjacentes, corram total ou parcialmente por conta do Estado ou de instituto público autónomo, mais determinando que nas obras das Autarquias Locais continuariam a aplicar-se as disposições do Código Administrativo.

Na sequência da adesão de Portugal à CEE o sistema legislativo nacional passou a ser diretamente influenciado pela legislação comunitária, tornando-se por esse facto necessário introduzir na ordem jurídica interna as regras de concorrência definidas na legislação comunitária, verificando-se ainda ser imperioso proceder-se à compilação num só diploma de toda a legislação avulsa publicada após 1969.

A União Europeia influenciou, de forma direta, os modelos europeus de contrato administrativo, que foram sofrendo sucessivas alterações. Considerando a importância económica das contratações públicas para o mercado económico europeu e a necessidade de serem observados os princípios do Tratado de Roma¹ a União Europeia passou a regulá-los, mediante a emissão de Diretivas. Desde essa altura, dada a permanente transferência de informações entre os Estados-Membros, foi-se criando um verdadeiro modelo de contratação pública europeia, adotado pelas diversas correntes de pensamento², apesar de se manter uma noção interna de contrato público distinta nos vários estados.

¹ O Tratado de Roma que institui a Comunidade Económica Europeia ou Tratado CEE que foi assinado em 1957 em Roma, congrega a França, a Alemanha, a Itália e os países do Benelux numa Comunidade que tem por objetivo a integração através das trocas comerciais, tendo em vista a expansão económica

² Cfr. FAUSTO QUADROS, "(...) Mas se, sobretudo no início da estruturação do Direito Comunitário, os ordenamentos administrativos nacionais contribuíram decisivamente para a sua formação, mais tarde iniciar-se-ia um momento em sentido contrário: o da contribuição do Direito Comunitário para o aprofundamento dogmático dos Direitos Administrativos nacionais. Foi principalmente através da jurisprudência do Tribunal de Justiça que esse contributo se verificou. Aquele Tribunal tem vindo a levar a cabo, para se usar terminologia muito cara à doutrina italiana, uma "reconstrução" ou uma "reelaboração" dos Direitos Administrativos nacionais, sobretudo porque nem sempre os princípios e os institutos são devolvidos aos Direitos Administrativos nacionais na pureza com que previamente foram deles importados. Esse trabalho de reelaboração dos Direitos Administrativos nacionais através do Direito Comunitário tem levado à circulação horizontal das noções, dos princípios e dos institutos reelaborados e reexportados, o que, desde logo, tem colocado um fascinante desafio aos cultores do Direito Administrativo Comparado, porque tem produzido o importante resultado de aproximar os sistemas administrativos nacionais dos Estados-membros entre si e, num plano mais geral, o de aproximar as Ordens Jurídicas de matriz românica e as do common law." (in A Nova Dimensão do Direito Administrativo, Editora Almeida, 2001, pp. 18 e 19)

Esta evolução do pensamento comunitário, que tem vindo a influenciar diretamente os Estados-Membros, baseou-se, como foi referido, na publicação de Diretivas. Foram editadas as Diretivas n.ºs 77/62/CEE (JOCE n.º L 13, de 15.1.77), dirigida aos contratos de fornecimento, e 71/305/CEE (JOCE n.º L 185, de 16.8.71), aos de empreitada de obras públicas.

Posteriormente foram publicadas as Diretivas 88/295/CEE, de 22.3.88 (JOCE L 127, de 20.5.88), e 89/440/CEE, de 18.7.89 (JOCE L 210, de 21.7.89), e, em seguida, a consolidação dos fornecimentos, obras, serviços e setores excluídos por conduto das Diretivas n.ºs 93/36/CEE, de 14.6.1993, 93/37/CEE, de 14.6.93 (JOCE L 199, de 9.8.93), e 93/38/CEE, de 14.6.93 (JOCE L 199, de 9.8.1993)³.

Na sequência do exposto temos que o Decreto-Lei 48 871 foi substituído pelo Decreto-Lei 235/86, de 18 de agosto. Este último diploma mantém, no essencial, as regras impostas pelo anterior diploma legal, adaptando-as às regras impostas pela Comunidade Económica Europeia, nomeadamente ao disposto nas Diretivas do Conselho n.º 71/304/CEE e 71/305/CEE, ambas de 26 de Julho.

Em 1993, mais concretamente a 10 de dezembro, foi publicado um novo regime jurídico aplicável às obras públicas através do Decreto-Lei 405/93, entretanto alterado pelos Decretos-Lei 208/94, de 6 de Agosto e 101/95, de 19 de maio, e Lei 94/97, de 23 de Agosto que deu uma nova redação aos n.º 1 e 2 do art.º 1º e ao art.º 239º.

A Diretiva n.º 89/665/CEE, de 21 de dezembro que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos foi transposta para a ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei 134/98, de 15 de Maio.

Da aplicação do Decreto-Lei 405/93 resultou claro que este diploma não havia acautelado, de forma adequada, as medidas relativas à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas adotadas pela Diretiva n.º 93/37/CE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993, pelo que foi decidido legislar no sentido de proceder à adequada transposição da Diretiva n.º 93/37/CE, tendo-se posteriormente determinado a alteração legislativa global do regime jurídico das empreitadas de obras públicas.

³ Cfr. Paula Cristina Fragão Pereira, “contributo para o estudo da transposição das directivas comunitárias sobre contratos públicos de fornecimentos e empreitadas de obras públicas. o caso Português”, Coimbra, 1994 pag. 28.

Em 1999 foi então publicado um conjunto de diplomas legais que passou a regular o sector das obras públicas e construção civil, renovando-se todo o sistema legal aplicado até então a essa área.

Como tal a 2 de Março de 1999 foram publicados os seguintes diplomas legais:

- O Decreto-Lei 59/99, que revoga o Decreto-Lei 405/93, estabelecendo um novo regime jurídico das empreitadas de obras públicas;

- O Decreto-Lei 60/99, que criou o Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do imobiliário, revogando o Decreto-Lei 99/88, de 23 de Março;

- O Decreto-Lei 61/99, que estabelece o regime de ingresso e permanência nas atividades de empreiteiro de obras públicas e de industrial de construção civil.

Posteriormente foi publicada a Portaria 102/2001, de 21 de Fevereiro, que publicou os programas de concurso-tipo e os cadernos de encargos-tipo para as várias modalidades de empreitadas e ainda o Decreto-Lei 6/2004, de 6 de Janeiro, que estabeleceu um novo regime de revisão de preços das empreitadas de obras públicas.

As regras constantes dos sucessivos regimes jurídicos de empreitadas de obras públicas foram sendo aplicadas de forma subsidiária a vários processos de formação de outros tipos contratuais jus administrativos nominados, uma vez que estes não eram regidos por qualquer regime legal material mínimo

Aliás, o 189º do CPA, imposto pela revisão efetuada a este diploma em 1996, consagra o recurso a normas regulatórias de outras formas de contratação pública para disciplinar o contrato administrativo⁴.

Atualmente vigora o CCP, aprovado pelo Decreto-Lei 18/2008, de 29 de Janeiro⁵, que surgiu a pretexto da necessidade de transposição para o ordenamento jurídico português das Diretivas Comunitárias 2004/18/CE e 2004/17/CE^{6 7} (ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004)⁸.

⁴ Lino Torgal, "A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breve nota sobre algumas das principais novidades", Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, pag. 55, 2007

⁵ O Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, foi objeto da Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de junho, e pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

⁶ A Diretiva 2004/18/CE substituiu as Diretivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas. A Diretiva 2004/17/CE, dedicada aos processos de

A transposição levada a efeito pelo legislador português não se ficou pela simples e direta transposição da Diretiva, tendo ido mais além, na medida em que não se achava circunscrito à definição da disciplina jurídico-normativa aplicável aos procedimentos pré-contratuais, tratando de incluir no CCP uma Parte III, destinada a regular o regime substantivo conformador dos contratos administrativos.

Como complemento do referido Código foram aprovadas as seguintes Portarias:

Portaria 701-A/2008	Modelos de anúncio aplicáveis aos procedimentos pré -contratuais previstos no CCP
Portaria 701-B/2008	Nomeia as entidades cujos representantes integrarão a comissão de acompanhamento
Portaria 701-C/2008	Publicitação da atualização dos limiares comunitários
Portaria 701-D/2008	Aprova o modelo de dados estatísticos a remeter pelas entidades adjudicantes à Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E., ou ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P.,
Portaria 701-E/2008	Modelos do bloco técnico de dados, do relatório de formação do contrato, do relatório sumário anual e do relatório de execução do contrato, ao abrigo da obrigação de comunicação a que se refere o artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos
Portaria 701-F/2008	Constituição, funcionamento e gestão do portal único da Internet dedicado aos contratos públicos (Portal dos Contratos Públicos),
Portaria 701-G/2008	Define os requisitos e condições a que deve obedecer a utilização de plataformas eletrónicas pelas entidades adjudicantes, na fase de formação dos contratos públicos (Pelo Decreto-Lei n.º 223/2009 foi prorrogada até 31 de Outubro de 2009 a possibilidade de os documentos que constituem a proposta ou a candidatura serem apresentados em suporte papel)
Portaria 701-H/2008	Aprova, ao abrigo do n.º 7 do artigo 43.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), o conteúdo obrigatório do programa e do projeto de execução, a que se referem os n.º 1 e 3 do artigo 43.º do CCP, bem como os procedimentos e normas a adotar na elaboração e faseamento de projetos de obras públicas, designado como instruções para a elaboração de projetos de obras
Portaria 701-I/2008	Constituição e à definição das regras de funcionamento do sistema de informação designado por Observatório das Obras Públicas, nos termos do disposto no artigo 466.º do CCP
Portaria 701-J/2008	Regulamenta o artigo 306.º do CCP, definindo o regime de acompanhamento e fiscalização da execução dos projetos de investigação e desenvolvimento relacionados com as prestações

adjudicação de contratos nos sectores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, substitui a Diretiva 93/38/CEE do Conselho.

⁷ A Diretiva 2004/18/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos de serviços, veio a proceder à compilação num texto único – com algumas alterações – das anteriores Diretivas 92/50/CEE, do Conselho de 18 de Junho de 1992 e 93/37/CEE e 93/36/CEE, do Conselho, ambas de 14 de junho de 1993. A Diretiva 2004/17/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (sectores especiais), veio reformular a Diretiva 93/38/CEE.

⁸ Ambas deveriam ter sido transpostas pelos Estados-Membros até 31 de Janeiro de 2006.

que constituem o objeto dos contratos de valor igual ou superior a 25 000 000€, obrigatórios de acordo com o disposto no n.º 7 do artigo 42.º do CCP

Portaria 959/2009 Aprova o formulário de caderno de encargos relativo aos contratos e empreitada de obras públicas

Tal como refere Mário Aroso de Almeida,⁹ “com a entrada em vigor do CCP a ordem jurídica portuguesa vê-se finalmente dotada de um diploma legal de que há muito necessitava, constituído por um corpo homogéneo e consistente de normas disciplinadoras de um conjunto de matérias que, nos nossos dias, se revestem da maior importância”.

O CCP foi ainda responsável por não dar seguimento à tradição da existência de um regime legal autónomo para as empreitadas de obras públicas, integrando-o num Código que inclui a regulamentação de outras matérias relacionadas com os contratos administrativos.

Com a entrada em vigor do CCP procedeu-se à revogação de sete diplomas legais, o que de facto demonstra o esforço de sistematização legislativa associado à criação deste Código. Foram revogados os seguintes diplomas:

- Decreto -Lei n.º 59/99, de 2 de Março – regime jurídico das empreitadas de obras públicas;
- Decreto -Lei n.º 196/99, de 8 de Junho - Fixa as regras gerais relativas à coordenação da aquisição e utilização de tecnologias de informação na Administração Pública e estabelece regras específicas para a locação, sob qualquer regime, ou a aquisição de bens ou serviços de informática;
- Decreto -Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, com exceção dos artigos 16º a 22º e 29º - regime de realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços;
- Decreto -Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto - Estabelece os procedimentos a observar na contratação de empreitadas, fornecimentos e prestações de serviços nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações;
- Decreto -Lei n.º 104/2002, de 12 de Abril - regime de aquisição de bens por via eletrónica por parte dos organismos públicos;
- Decreto -Lei n.º 245/2003, de 7 de Outubro – transpõe para o ordenamento jurídico interno a Diretiva n.º 2001/78/CE, da Comissão, de 13 de Setembro, retificada em 9 de Agosto de 2002, relativa à utilização de formulários tipo;

⁹ Cfr. Mário Aroso de Almeida, Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 66, 2007, pag. 3

- Decreto -Lei n.º 1/2005, de 4 de Janeiro - regime da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens, serviços e redes de comunicações eletrónicas, bem como dos equipamentos e serviços conexos;

Para além destes sete diplomas que foram revogados, o CCP procedeu ainda à revogação de partes de diplomas que continuam em vigor no nosso ordenamento jurídico:

- O artigo 138.º do Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro - Estatuto da Aposentação;

- Os artigos 10.º a 15.º do Decreto -Lei n.º 390/82, de 17 de Setembro - Regula a realização de empreitadas, fornecimentos e concessões de exclusivos, obras e serviços públicos, por parte dos órgãos autárquicos;

- O capítulo III da parte IV do Código do Procedimento Administrativo (art.º 178º a 189º), aprovado pelo Decreto -Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro;

- O n.º 9 do artigo 107.º do Decreto -Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro - regime jurídico da urbanização e edificação;

- Os artigos 14.º a 17.º e 24.º a 31.º do Decreto -Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto - regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamentos privados;

- As alíneas a) a e) e i) do n.º 2 do artigo 24.º e as alíneas a) a e) do n.º 3 do artigo 37.º, ambos do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro - regime jurídico de ingresso e permanência na atividade da construção;

- O artigo 13.º do Decreto -Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro - Transforma em entidades públicas empresariais os hospitais com a natureza de sociedade anónima, o Hospital de Santa Maria e o Hospital de São João e cria o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, E. P. E., o Centro Hospitalar de Setúbal, E. P. E., e o Centro Hospitalar do Nordeste, E. P. E., e aprova os respetivos Estatutos;

- O artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 50 -B/2007, de 28 de Fevereiro - Cria a Unidade Local de Saúde do Norte Alentejo, E. P. E., e aprova os respetivos Estatutos.

O CCP inclui ainda uma norma de revogação implícita, enunciada no n.º2 do art. 14.º do Decreto-Lei 18/2008, que aprova o CCP, que estipula que “é igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível”.

O art.º 16º do Decreto-Lei 18/2008, define a aplicação temporal do CCP, e determina que o mesmo se aplica a:

- Procedimentos de formação de contratos públicos iniciados (entende-se que um procedimento se inicia com a decisão tomada pelo órgão com competência para decidir contratar, nos termos do disposto no art.º 36º do CCP) após a sua entrada em vigor¹⁰;

- Execução dos contratos que revistam natureza administrativa celebrados na sequência de procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua entrada em vigor.

Já relativamente à aplicação no tempo das alterações impostas ao CCP pelo Decreto-Lei 278/2009¹¹, verifica-se que o texto do referido diploma não faz referência aos contratos, apenas constando do art.º 5º que as alterações impostas por esse diploma apenas serão aplicáveis aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor.

Assim, consideramos, tal como refere Miguel Assis Raimundo¹², que a aplicação do regime geral do artigo 12º do Código Civil (*ex vi* artigo 280º n.º 3, do CCP) parece levar a considerar que as novas regras impostas pelo do Decreto-Lei n.º 278/2009, uma vez que dispõem diretamente sobre o conteúdo das relações jurídicas (neste caso, as relações jurídicas criadas pelo contrato de empreitada de obra pública), abstraindo dos factos que lhes deram causa, são aplicáveis aos contratos de empreitada em vigor à data de entrada em vigor desse diploma.

O mesmo art.º 16º determina ainda que o CCP não se aplica às prorrogações, expressas ou tácitas, do prazo de execução das prestações que constituem o objeto de contratos públicos cujo procedimento tenha sido iniciado previamente à data de entrada em vigor daquele;

O Decreto-Lei 18/2008 definiu ainda um conjunto de regras transitórias, aplicáveis durante o prazo de um ano, contado desde a data da entrada em vigor do Decreto-Lei, que a seguir se enumeram:

Art. 9.º - Apresentação das propostas e candidaturas em suporte de papel

Art. 10.º - Fornecimento das peças concursais em papel

Art. 11.º - Ato Público do Concurso

Art. 12.º - Formalidades do Ato Público

¹⁰ O acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/09/2011, Proc. 0533/11, conclui que aos procedimentos de formação de contratos de aquisição, iniciados após a entrada em vigor do CCP, em 30 de Julho de 2008, aprovado pelo DL 18/2008, de 29 de Janeiro, aplica-se o regime desse diploma legal, por força das disposições do respetivo artigo 36, número 1, e do artigo 16, número 1, deste DL 18/2008.

¹¹ O Decreto-Lei 278/2009 procedeu à alteração do CCP, alterando os 2.º, 5.º, 55.º, 57.º, 58.º, 83.º, 86.º, 113.º, 115.º, 118.º, 132.º, 164.º, 180.º, 186.º, 295.º, 361.º, 370.º, 373.º, 381.º e 394.º.

¹² Cfr. Miguel Assis Raimundo, Alterações ao Código dos Contratos Públicos – O Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, in Revista do Direito Público e Regulação, CEDIPRE, 2010.

Art. 13.º - Comunicações e notificações por correio ou telecópia

O legislador comunitário pretendeu, com a publicação das Diretivas 2004/18/CE e Diretivas 2004/17/CE¹³, simplificar o quadro comunitário aplicável à contratação pública, procedendo, em simultâneo, à coordenação das Diretivas à época existentes.

Com a publicação destas duas diretivas, pretendeu-se ainda proceder à concretização de um conjunto de princípios que sustentam o mercado único, que sempre se pretendeu concorrencial, entre os quais se destacam o princípio da igualdade, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e as liberdades de circulação¹⁴.

Das conclusões retiradas do Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa,¹⁵ decorre que as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, relativas aos contratos públicos, foram um importante contributo para se instituir uma cultura de transparência e de orientação dos contratos públicos para a obtenção de resultados, gerando o crescimento das economias e melhorias da qualidade dos resultados dos contratos públicos que ultrapassam amplamente as despesas dos adquirentes públicos e dos fornecedores com a realização desses procedimentos. A avaliação levada a efeito determinou também que as diferenças na execução e na aplicação das diretivas conduziram a resultados distintos nos diversos Estados-Membros. Com efeito, verificou-se que o tempo necessário para completar os procedimentos e os custos suportados pelos adquirentes públicos variam consideravelmente entre os Estados-Membros.

Nessa sequência, no passado mês de Dezembro de 2011, foram conhecidas duas propostas de diretivas do Parlamento Europeu e do conselho relativa aos contratos públicos,¹⁶ que se enquadram na definição da estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo [COM(2010) 2020] assentando em três prioridades interdependentes e que se reforçam mutuamente

- Desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação;
- Promover uma economia hipocarbónica, que utilize eficazmente os recursos e seja competitiva;

¹³ Estas duas Diretivas são o produto de uma longa caminhada que teve início em 1971 com a adoção da Diretiva 71/305/CEE

¹⁴ Cláudia Viana, “O procedimento de ajuste direto no Código dos Contratos Públicos e a sua aplicação às autarquias locais”, Revista de Direito Regional e Local n.º 6, 2009, pag. 6,.

¹⁵ Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:EN:PDF>.

¹⁶ Estão aqui em causa as comunicações COM (2011) 895 (diretiva 2004/17) e COM (2011) 896 (diretiva 2005/18), que ainda se encontram em fase de proposta, e que por isso ainda poderão ser alteradas no âmbito do processo legislativo europeu. Disponíveis em www.contratacaopublica.com.pt

- Fomentar uma economia com níveis elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial.

Nesta estratégia os contratos públicos desempenham um papel fundamental, uma vez que são um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar estes objetivos, nomeadamente através da melhoria do ambiente empresarial e das condições para que as empresas inovem, bem como do incentivo a uma maior utilização dos contratos públicos ecológicos em apoio da transição para uma economia mais forte e eficiente em termos de recursos.

A referida proposta do Parlamento Europeu e do Conselho, que visa alterar a Diretiva 2004/18/CE, apresenta os seguintes objetivos complementares:

- Aumentar a eficiência da despesa pública para assegurar os melhores resultados neste domínio, em termos de relação qualidade/preço. Isto implica, em particular, uma simplificação e flexibilização das regras existentes em matéria de contratos públicos. A adoção de procedimentos racionalizados, mais eficazes, beneficiará todos os operadores económicos e facilitará a participação das PME e das empresas concorrentes transfronteiras;

- Permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns, como a proteção do ambiente, a maior eficiência na utilização dos recursos e da energia, a luta contra as alterações climáticas, a promoção da inovação, do emprego e da inclusão social e a criação das melhores condições possíveis para a prestação de serviços públicos de elevada qualidade.

Como já referimos, o CCP constitui-se como um documento codificador, que regula a fase de formação da generalidade dos contratos públicos, consagrando ainda o regime substantivo dos contratos administrativos, aí se incluindo o regime geral dos contratos administrativos e ainda o regime aplicável a um conjunto de contratos administrativos em especial, onde se encontram os contratos de empreitadas de obras públicas, de concessão de obras públicas e de serviços públicos, de locação de bens móveis e de aquisição de serviços.

Verifica-se, pois, que o regime de execução das empreitadas de obras públicas se encontra completamente integrado num código que vai para além do contrato de empreitadas de obras públicas,

mais se verificando que as regras aplicáveis a esse regime, e que anteriormente constavam de um diploma próprio e autónomo, foram objeto de um de três desenvolvimentos¹⁷:

- a) Integradas no CCP de forma a ser aplicadas a outros contratos, à semelhança, aliás, do que já sucedia anteriormente, ainda que de forma não expressa;
- b) Integradas no CCP, especificamente no Capítulo I do Título II, relativo à execução das empreitadas de obras públicas;
- c) Revogadas, passando a decisão dessas matérias a pertencer diretamente às partes intervenientes no contrato, ou mais concretamente à entidade adjudicante, ainda na fase de formação do contrato.

A disciplina das empreitadas de obras públicas encontra-se tratada no CCP, que é composto por quatrocentos e setenta e três artigos, divididos em cinco partes:

Quadro 4

Parte I (art.º 1º ao 16º)	Parte II (art.º 17º ao 277º)
Disciplina aplicável à contratação pública e aos contratos públicos	Contratação pública
Título I – Disposições gerais	Título I – tipo e escolha de procedimentos
Título II – Sectores da água, energia, transportes e serviços postais	Título II – fase da formação do contrato
	Título III – tramitação processual
	Título IV – instrumentos procedimentais especiais
	Título V – Acordos quadro
	Título VI – Centrais de Compras
	Título VII – Garantias Administrativas
	Título VIII – Extensão e âmbito de aplicação
Parte III (278º a 454º)	Parte IV (art.º 455º a 464º)
Regime substantivo dos contratos administrativos	Regime contra-ordenacional
Título I – contratos administrativos em geral	Parte V (art.º 465º a 473º)
Título II – Contratos administrativos em especial	Disposições finais

¹⁷ Lino Torgal, “A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breve nota sobre algumas das principais novidades”, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, pag. 55, 2007

2 – DEFINIÇÃO DE EMPREITADA DE OBRA PÚBLICA

Ensinava Marcello Caetano¹⁸ que o contrato de empreitada de obras públicas “é o acordo pelo qual alguma pessoa se encarrega de trabalhos de construção, adaptação, reparação ou conservação de bens imóveis do domínio público ou do património administrativo por conta de uma pessoa coletiva de direito público, com materiais subministrados por esta ou pelo empreiteiro, mediante certa retribuição”.

O Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, estabelecia que as empreitadas de obras públicas consistiam na realização de trabalhos de construção, reconstrução, restauro, reparação, conservação ou adaptação de bens imóveis que, no território nacional, corram total ou parcialmente por conta do Estado, de associação pública ou de instituto público.

Por sua vez o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, faz referência ao conceito de contrato de empreitada de obras públicas no n.º 4 do respetivo artigo 1º, determinando que se entende por empreitada de obras públicas o contrato administrativo destinado, mediante o pagamento de um preço, à realização de trabalhos de construção, reconstrução, restauro, reparação, conservação ou adaptação de bens imóveis.

O regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, trata a noção desta espécie contratual no artigo 2.º, n.º 3 definindo empreitada de obras públicas como o contrato administrativo, celebrado mediante o pagamento de um preço, independentemente da sua forma, entre um dono de obra pública e um empreiteiro de obras públicas e que tenha por objeto quer a execução quer conjuntamente a conceção e a execução das obras mencionadas no n.º 1 do artigo 1º, bem como das obras ou trabalhos que se enquadrem nas subcategorias previstas no diploma que estabelece o regime de acesso e permanência na atividade de empreiteiro de obras públicas, realizadas seja por que meio for e que satisfaçam as necessidades indicadas pelo dono da obra.

Trata-se, portanto, de um contrato administrativo de colaboração, associando um particular (empreiteiro) ao desempenho regular de atribuições administrativas.

Também na Diretiva 93/37/CEE, que tinha como objetivo a coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, se encontra uma definição de contrato de empreitada de obras públicas, presente no art.º 1 alínea a) onde se afirma que “os contratos de empreitada de

¹⁸ Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Vol. I, Almedina, Coimbra, pag. 583.

obras públicas são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objeto quer a execução quer conjuntamente a execução e conceção das obras relativas a uma das atividades referidas no Anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante.”

Procurando na Diretiva 2004/18/CE uma definição de empreitada de obras públicas, encontramos no art.º 1º alínea b) essa definição, que estabelece que os contratos de empreitada de obras públicas são contratos públicos que têm por objeto quer a execução, quer conjuntamente a conceção e a execução, quer ainda a realização, por qualquer meio, de trabalhos relacionados com uma das atividades na aceção do anexo I ou de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante.

A jurisprudência comunitária acrescenta ainda que para existir um contrato de empreitada de obras públicas ou uma concessão de obras públicas, na aceção atribuída pela Diretiva 2004/18/CE, é necessário que haja uma relação direta entre a administração adjudicante e os trabalhos ou as obras a realizar.

Essa relação direta pode consistir no facto de a obra se destinar a ser adquirida pela administração pública ou de conceder a esta um benefício económico direto, ou ainda no fato de a administração adjudicante ter assumido a iniciativa da realização ou suportar, pelo menos em parte, os custos da mesma¹⁹.

É no n.º 1 do art.º 343º do CCP que consta a noção de empreitada de obras públicas²⁰.

A noção constante do CCP é em tudo semelhante à noção decorrente do Direito Comunitário.

Assim, define-se empreitada de obras públicas como sendo um contrato oneroso que tem por objeto quer a execução quer, conjuntamente, a conceção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na atividade da construção²¹.

¹⁹ Cfr. Conclusões do Advogado-Geral no processo C-451/08 (17 de Novembro de 2009), disponível em www.contratacao publica.com.pt

²⁰ A definição de empreitada fornecida pelo Código Civil consta do art.º 1207, e consiste no “contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”.

²¹ O Decreto-Lei 12/2004 estabelece o regime jurídico de ingresso e permanência na atividade da construção, definindo a atividade da construção como sendo aquela que tem por objeto a realização de obra, englobando todo o conjunto de actos que sejam necessários à sua concretização, apresentando ainda um conceito de obra, que consiste no trabalho de construção, reconstrução, ampliação, alteração, reparação, conservação, reabilitação, limpeza, restauro e demolição de bens imóveis, bem como qualquer outro trabalho que envolva

Retira-se da definição apresentada que para a existência de um contrato de empreitada de obras públicas exige a verificação simultânea de seis requisitos:

- A existência de um contrato;
- A título oneroso;
- Celebrado por escrito;
- Entre uma entidade adjudicante;
- Com a intervenção de um empreiteiro;
- Com vista a realizar certo tipo de obras.

Para se afirmar que uma obra se apresenta como suscetível de ser integrada num contrato de empreitada de obras públicas, esta deverá satisfazer, ainda que indiretamente, um interesse público²².

A definição presente no CCP, com a exceção de uma referência expressa à exigência da forma escrita e à figura do empreiteiro, integra todos os elementos constitutivos da noção da Diretiva.

Porém, a referência à figura do empreiteiro, como parte necessária de um contrato com estas características encontra-se prevista no art.º 344º n.º 1 do CCP.

Quanto à exigência de forma, e no que diz respeito às empreitadas de obras públicas, o art.º 95.º n.º 1 al. d) determina que esta será apenas dispensada no caso de contratos de obras públicas de complexidade técnica muito reduzida e cujo preço contratual não exceda os 10 000€.

A noção de empreitada de obras públicas constante do citado art.º 343º do CCP tem de ser articulada com a noção de obra pública constante do n.º 2 desse mesmo artigo.

Por obra pública²³ deve-se entender o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público.

Não se inserem na definição de obra pública os trabalhos de limpeza (ao contrário do que sucede com a definição constante da Diretiva 2004/18/CE), pelo que a realização desse tipo de

processo construtivo, avançando ainda com a definição de empreiteiro que o empresário em nome individual ou a sociedade comercial que, nos termos do presente diploma, se encontra habilitado a exercer a atividade da construção.

²² A existência de um fim de interesse coletivo associado à obra a construir mostra-se como elemento constitutivo de um contrato de empreitada de obras públicas, sendo, aliás, esta finalidade pública a razão que justifica o afastamento do regime de empreitada de obra pública do regime de empreitada civil. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Códigos dos Contratos Públicos – comentado e anotado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 797; JOÃO CAUPERS, «Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?» in *Direito e Justiça*, Vol. Especial, 2005, p. 97

²³ A noção de obra consta do art.º 3º da Lei 31/2009, de 3 de Julho, que aprova o regime jurídico relativo à qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização de obra e pela direção de obra, estabelecendo que por obra se deve entender toda e qualquer construção ou intervenção que se incorpore no solo com carácter de permanência.

trabalho não constitui uma empreitada de obras públicas, devendo esses trabalhos (quando não incluídos numa empreitada de obras públicas) ser objeto de um contrato de prestação de serviços²⁴.

Também não se na noção de empreitada de obras públicas os trabalhos que digam respeito a bens móveis²⁵, uma vez que a noção de empreitada de obras públicas está diretamente relacionada com a natureza imóvel que constitui o seu objeto. As definições de coisa móvel e imóvel deverão ser obtidas com recurso ao estabelecido nos art.º 203º, 204º e 205º do CC.

A empreitada de obras públicas é assim um contrato público²⁶ pelo qual um particular²⁷ se encarrega de executar uma obra pública, mediante retribuição a pagar pela Administração²⁸.

A jurisprudência comunitária tem entendido que o carácter oneroso do contrato implica que a entidade adjudicante receba, com base no mesmo, uma prestação mediante uma contrapartida. Esta prestação consiste na realização das obras pretendidas pela entidade adjudicante (v. acórdãos de 12 de Julho de 2001, Ordine degli Architetti e o., C-399/98, Colect., p. I-5409, n.º 77, e de 18 de Janeiro de 2007, Auroux e o., C-220/05, Colect., p. I-385, n.º 45), admitindo o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 25 de Março de 2010 (proc. C-451/08) que tal prestação, em razão da sua natureza e do sistema e objetivos da Diretiva 2004/18/CE, deve revestir um interesse económico direto para a entidade adjudicante, podendo esse interesse económico residir também nas vantagens económicas que a entidade adjudicante poderá retirar da utilização ou da cessão futuras da obra, no facto de ter participado financeiramente na realização da obra ou nos riscos que assume em caso de insucesso económico da obra (v., neste sentido, acórdão Auroux e o já referido, n.ºs 13, 17, 18 e 45).²⁹.

A citada Diretiva n.º 2004/18/CE insere ainda no conceito de empreitada de obras públicas a lista de atividades enunciadas no anexo I, que faz referência a um conjunto de atividades cuja execução será objeto de um contrato de empreitada de obras públicas.

²⁴ Licínio Lopes, Alguns Aspetos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos, in Estudos da Contratação Pública II, Coimbra Editora, 2010, pag. 350.

²⁵ De acordo com os artigos 1207º e 1212º do CC, a empreitada civil pode ter por objeto uma coisa móvel.

²⁶ Segundo Pedro Gonçalves, in Direito dos Contratos Públicos (sumários desenvolvidos), Coimbra, 2010, pag. 19, contrato público é um contrato, quer dizer, um acordo formado por duas (ou mais) declarações de vontade que se ajustam para a produção de certos efeitos jurídicos, que terá de ostentar uma dupla característica: i) traduzir um acordo ou uma união de vontades entre duas ou mais pessoas (as “partes”); ii) representar-se como um acordo dirigido à produção de efeitos jurídicos vinculativos para uma ou para todas as partes.

²⁷ Verifica-se no entanto que a Diretiva 2004/18/CE não exclui que a empreitada seja executada por uma entidade pública, uma vez que do n.º 8 do art.º 1º decorre que os termos «empreiteiro», «fornecedor» e «prestador» de serviços» designam qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou organismos que, respetivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado.

²⁸ Diogo Freitas do Amaral, Direito Administrativo, Volume III, Lições aos alunos do curso de Direito, em 1988/89, Lisboa, 1989, p. 293

²⁹ Acórdãos disponíveis em www.contratacaopublica.com.pt.

De todo o exposto podemos concluir que a qualificação de um contrato de empreitada como sendo um contrato de empreitada de obras públicas exige que o objeto da empreitada seja uma obra pública (elemento material), que esteja em causa um fim de interesse coletivo que se pretende atingir com a execução da obra (elemento intencional) e que a obra seja adjudicada por um contraente público (elemento pessoal).

Não obstante a necessidade de se verificarem os três requisitos atrás referidos, entende-se que o elemento nuclear do contrato de empreitada de obras públicas é, sem dúvida, o conceito de obra pública.

Não obstante se verificar que o conceito de obra pública está perfeitamente consolidado na doutrina e na jurisprudência, o legislador, na parte final do n.º 1 do art.º 343º do CCP, remete para o conceito de obra pública constante no regime de ingresso e permanência na atividade de construção, o que torna necessário, para a determinação desse conceito, que se deite mão da legislação que descreve e define as categorias e subcategorias de obras públicas³⁰.

O CCP também adotou o clássico conceito de obra pública, que defende que uma obra pública depende da qualidade da entidade que a promove³¹, e do interesse subjacente à atividade desenvolvida por quem a executa, o que, tratando-se de contraentes públicos, exige que esteja sempre em causa a prossecução de uma atribuição que lhe esteja acometida por lei³² e que promova o desenvolvimento de um interesse público, por força até da própria CRP que, no art.º 266º, postula que a administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

O contrato de empreitada de obras públicas constitui um contrato de natureza administrativa, estando perfeitamente tipificado no Título II do CCP, que trata dos contratos administrativos em especial.

³⁰ Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, e respetiva regulamentação através da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro.

³¹ A entidade deve tratar-se de um contraente público, como determina o art.º 343º n.º2 do CCP.

³² O art.º 278º do CCP estabelece a competência genérica para a administração concretizar as suas atribuições mediante a utilização de contratos administrativos, estabelecendo que prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer.

Dentro da definição de empreitada de obras públicas podemos ainda encontrar uma subclassificação, segundo a qual, as empreitadas podem ser sistematizadas quanto ao modo de remuneração, a aplicar às mesmas, como a seguir se enunciará³³.

A empreitada é por preço global, também designada por preço único e fixo, *à forfait* ou *per avisionem*, quando a remuneração é fixada adiantadamente numa soma certa, correspondente à realização de todos os trabalhos necessários para a execução da obra objeto do contrato. O RJEOP definia no art.º 9º este tipo de empreitada como aquela cujo montante da remuneração, correspondente à realização de todos os trabalhos necessários para a execução da obra ou parte da obra objeto do contrato, é previamente fixado.

A empreitada definir-se-á como sendo por série de preços, ou por medição, sempre que a remuneração resultar da aplicação dos preços unitários, previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar, às quantidades desse trabalho realmente executadas, segundo se comprovar através dos autos que são realizados periodicamente.

A empreitada será por percentagem quando o empreiteiro assume a obrigação de executar a obra por preço correspondente ao seu custo, acrescido de uma percentagem destinada a cobrir os encargos de administração e a remuneração normal da empresa³⁴.

O CCP, ao contrário das anteriores legislações que regulavam as empreitadas de obras públicas³⁵, não inclui este tipo de classificação das empreitadas (em função do tipo de remuneração do empreiteiro), obrigando, contudo, que seja sempre ressalvado o disposto no art.º 96º n.º 1 d) do CCP, que determina que o contrato deve conter, sob pena de nulidade, a indicação do preço contratual ou o preço a receber pela entidade adjudicante ou, na impossibilidade do seu cálculo, os elementos necessários à sua determinação.

Deste modo, para a definição do tipo de remuneração de empreitadas existem sempre as seguintes duas possibilidades:

³³ Cfr. Licínio Lopes Martins, O contrato de empreitada por preço global no Código dos Contratos Públicos, in Revista de Direito Público e Regulação n.º 5, 2010, CEDIPRE, pag. 47.

³⁴ Cfr. Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, 2º volume, Almedina, pag. 1006.

³⁵ A classificação das empreitadas de obras públicas, em função do tipo de remuneração, advém, pelo menos desde a entrada em vigor do Decreto-Lei 48 871, de 1969 (art.º 2º), tendo sido acolhida nos diplomas seguintes, nomeadamente no Decreto-Lei 235/86, de 18 de Agosto (art.º 6º), no Decreto-Lei 405/93, de 10 de dezembro (art.º 6º) e no decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (art.º 8º).

- a) Através da definição de um preço contratual³⁶;
- b) Na impossibilidade de cálculo do referido preço contratual, através da definição dos elementos necessários à sua determinação.

Quer a noção de empreitada dada pelo direito espanhol³⁷ quer a noção dada pelo direito francês³⁸, são semelhantes à noção constante do CCP.

Na legislação espanhola essa definição de empreitada de obra pública consta do Capítulo II do título preliminar, onde se faz referência aos vários tipos contratuais tratados no Real Decreto Legislativo 3/2011, fazendo também parte dessa noção a definição de obra que o direito espanhol estabelece como sendo o resultado dos trabalhos de construção e de engenharia civil levados a efeito sobre um bem imóvel, destinados a assegurar um resultado que se destine a cumprir uma função económica ou técnica.

A definição de obra constante da legislação espanhola é bem mais sintética que a que consta do CCP, não se explicitando os vários tipos de obras que devem ser enquadradas como obra pública³⁹.

Também o direito francês acompanha a noção de empreitada constante da Diretiva 2004/18/CE, fazendo acompanhar a noção de empreitada com a noção de obra pública, adotando, à semelhança da legislação espanhola, uma definição sintética de obra.

Visitando os ordenamentos jurídicos extracomunitários podemos verificar que, por exemplo, a noção de empreitada do direito brasileiro acompanha, em termos genéricos as definições atrás referidas, consagrando que se está perante um contrato de empreitada de obras públicas sempre que o adjudicatário executa uma prestação de uma obra ou serviço de engenharia, que integrará o fornecimento do material e as despesas necessárias ao cumprimento da prestação, cabendo à entidade contratante garantir a remuneração das despesas decorrentes e o lucro auferido pelo contratado.

³⁶ A noção de preço contratual é-nos fornecida pelo art.º 97º n.º 1 do CCP, que refere que o preço contratual corresponde ao preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de -todas as prestações que constituem o objecto do contrato.

³⁷ O art.º 6º do Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público, estabelece que “Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante”

³⁸ O art.º 1º no ponto III do Code des Marchés Publics estabelece que “Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.”

³⁹ O CCP, no n.º 2 do art.º 343º define obra pública como quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis

3 - A IMPORTÂNCIA DO SECTOR DA CONSTRUÇÃO NA ECONOMIA PORTUGUESA

A indústria da construção em Portugal, à semelhança do que acontece em outros países, tem uma importância significativa no conjunto da economia nacional.

Tal como refere o Presidente do Tribunal de Contas, Dr. Guilherme d'Oliveira Martins, “a contratação pública é uma área de fundamental importância atendendo aos reflexos nas Finanças Públicas e no funcionamento da economia”.

O sector da construção, em Portugal, atingiu um pico histórico em 2001. Nesse ano foi feito um investimento na construção de infraestruturas cujo valor total ascendeu a 2.746.693€. Desde essa altura que o sector tem vindo a diminuir a sua atividade, a uma taxa média de 4,5% ao ano.

O incremento da atividade construtora verificado em Portugal ao longo dos últimos 30 anos está diretamente relacionado com a adesão de Portugal, em 1985, à Comunidade Económica Europeia.

Aquando da adesão de Portugal à Comunidade Europeia o país evidenciava um enorme atraso no que dizia respeito a infraestruturas, o que era considerando como um verdadeiro entrave ao desenvolvimento, e determinou uma forte aposta no sector da construção.

Da análise do quadro abaixo, resulta evidente a evolução crescente do investimento em infraestruturas verificado desde 1975 até 2003:

Quadro 2

Portugal – Investimento em infraestruturas							
Anos	Total (milhares €)	Construção (milhares €)	Taxa de variação Construção	Anos	Total (milhares €)	Construção (milhares €)	Taxa de variação Construção
1975	71.928	1.137	/	1990	2.394.783	834.718	43,23%
1976	104.566	6.554	/	1991	3.140.317	1.132.407	35%
1977	145.138	24.491	/	1992	3.685.706	1.078.439	-4,77%
1978	233.451	35.649	/	1993	3.728.531	1.231.039	14,15%
1979	252.134	67.313	/	1994	3.506.286	1365.297	10,91%
1980	304.040	73.453	/	1995	3.844.856	1.408.931	3,20%
1981	440.984	75.756	/	1996	4.217.408	1.574.658	11,76%

1982	672.038	141.551	/	1997	5.159.090	2.178.895	38,37%
1983	1.128.506	158.858	/	1998	8.884.144	2.131.646	-2,17%
1984	1.069.899	139.805	/	1999	6.766.472	1.735.426	-18,59%
1985	1.181.058	169.388	21,16%	2000	9.903.039	1.931.345	11,29%
1986	1.139.105	278.719	64,54%	2001	10.566.140	2.746.693	42,22%
1987	1.279.401	331.995	18,90%	2002	8.573.009	2.744.425	-0,08%
1988	1.498.589	447.763	35,11%	2003	6.833.740	2.437.341	-11,19%
1989	1.788.483	582.785	30,15%				
Totais 92.512.841 27.065.877							
Média de crescimento anual 1985-2003						18,10%	

Fonte: Departamento de Prospecção e Planeamento

No intervalo temporal referido, verifica-se que o investimento em infraestruturas atingiu um montante total de 92.512 milhões de euros, 29,2% dos quais aplicados em construção.

Em perspetiva, o mercado de contratos públicos nos Estados-Membros⁴⁰ ascende hoje a € 420 mil milhões de euros, o que representa 19% do PIB da União Europeia.

O setor da construção e obras públicas, pela sua consabida natureza cíclica, rotativa e instável, está fortemente dependente de fatores exógenos, que se revelam determinantes da maior ou menor pujança da sua atividade, nomeadamente, da evolução da conjuntura económica, do investimento público, da procura, das condições climáticas, do recrutamento de pessoal qualificado, da disponibilidade de materiais, das perspetivas de venda, das carteiras de encomendas, das taxas de juro, do crédito bancário, da obtenção de licenças, entre muitos outros condicionalismos micro e macroeconómicos nacionais, europeus e mundiais.

Ora, a crise financeira mundial, que afeta em especial os países da União Europeia desde 2008 e que, a partir de 2010, tem vindo a agravar-se com a crise das dívidas soberanas dos Estados, tem posto em evidência as fragilidades da economia portuguesa, o que tem causado uma retração do investimento privado de uma forma drástica.

⁴⁰ Os estados membros da União Europeia são 27: Alemanha • Áustria • Bélgica • Bulgária • Chipre • Dinamarca • Eslováquia • Eslovénia • Espanha • Estónia • Finlândia • França • Grécia • Hungria • Irlanda • Itália • Letónia • Lituânia • Luxemburgo • Malta • Países Baixos • Polónia • Portugal • Reino Unido • República Checa • Roménia • Suécia

Aliás, o crescimento da economia portuguesa apresentou uma evolução muito moderada de 2004 a 2008, ano em que se terá registado o início da estagnação, para, em 2009, se registar um decréscimo profundo de 2,7% do PIB, devido aos fortes impactos da crise financeira mundial⁴¹.

A atual recessão da economia portuguesa constitui a mais profunda dos últimos trinta anos, verificando-se um aumento da taxa de desemprego para máximos históricos, apesar das iniciativas preconizadas pelos governos, na tentativa de atenuar aqueles efeitos, promovendo o investimento e o emprego, através da designada despesa pública estimuladora (stimulus spending)⁴².

Ainda de acordo com os dados do INE supracitados, a evolução do PIB Nacional e do PIB da Construção (taxa de variação anual/preços constantes – Ano base 2006) foi a seguinte:

Quadro 3

PIB Nacional	1,5%	0,9%	1,4%	1,9%	0%	-2,7%
PIB da Construção	-1,5%	-3%	-4,9%	0,3%	-5,1%	-11,7%
	2004	2005	2006	2007	2008	2009

Ao contrário do crescimento modesto da economia nacional até ao ano de 2008, o sector da construção apresenta, desde 2004, decréscimos de produção acentuados que culminaram numa variação negativa de 11,7% em 2009. Apenas em 2007 a produção do setor regista um ligeiro acréscimo de 0,3%.

Da comparação relativa entre a evolução do PIB nacional e a evolução da produção do setor da construção, pode-se concluir ser o sector muito sensível às flutuações do ciclo económico e da conjuntura, retraindo-se de forma muito mais drástica sempre que a economia se retrai, como aconteceu em 2009.

Em simultâneo com a situação instável da economia portuguesa, altamente dependente de fatores externos, Portugal tem sido pródigo em exemplos de derrapagens nos valores das obras públicas, verificando-se ainda que os prazos definidos para a conclusão das mesmas são, por regra, ultrapassados, o que agrava de sobremaneira o panorama do setor da construção.

⁴¹ Fonte: INE – Contas Nacionais Trimestrais

⁴² Cfr. Pedro Gonçalves, Gestão de contratos públicos em tempo de crise, in Estudos da Contratação Pública III, Almedina, 2010, pag. 7.

Todavia, as constantes derrapagens financeiras, os costumeiros incumprimentos dos prazos de execução contratualizados, cedo fizeram prever o desacerto de determinados investimentos, questionando-se mesmo a justificação e utilidade dos mesmos, quando ponderados estes fatores.

No seguimento desta constatação, o Tribunal de Contas⁴³ elaborou um conjunto de recomendações que deveriam ser tidas em consideração pelos decisores políticos. Entre as referidas recomendações constam um conjunto de medidas que deveriam ser adotadas nas empreitadas de obras públicas.

As medidas que o Tribunal de Contas aconselha que sejam aplicadas nas empreitadas de obras públicas são as seguintes:

- A nomeação sistemática de um gestor de empreendimento;
- A apresentação oportuna de previsões rigorosas e credíveis de custos globais e de prazos de conclusão dos empreendimentos;
- A obrigação de avaliação custo - benefício dos empreendimentos; a exigência de qualidade dos projetos; a fixação de critérios objetivos de avaliação das propostas;
- A maximização da precisão e do rigor do clausulado contratual; a garantia, em tempo oportuno e de modo transparente e eficaz, dos fundos necessários à execução dos investimentos;
- A melhoria do sistema de informação para a gestão, nomeadamente com recurso à contabilidade analítica e promoção sistemática da consulta ao mercado.

A leitura do quadro 4 é bastante elucidativa relativamente às derrapagens verificadas, de forma genérica, nas empreitadas de obras públicas. Com efeito, e como decorre dos dados indicados no quadro 3, todas as obras públicas aí indicadas foram concluídas acima do valor adjudicado, sendo que em todos os casos esse valor ultrapassou o limite anteriormente imposto para os trabalhos a mais (25%).

⁴³ Auditoria a empreendimentos de obras públicas por gestão direta - conclusões e Recomendações do Tribunal de Contas, Relatório n.º 17/2009 AUDIT,

Quadro 4

Empreendimentos	Valores Adjudicação (€)	Custo Final (€)	Encargos (empreitadas+fornecc. Prest. Serviços)	
			Desvio	
			%	Valor (€)
Construção da Ponte Rainha Santa Isabel	32.019.902	69.682.525	117,62%	37.662.623
Construção do Edifício Casa da Música	29.292.503	98.210.139	27%	68.917.636
Construção do Túnel Terreiro Paço	49.308.435	78.447.510	59,10%	29.139.075
Modernização e Reestruturação do Túnel Rossio	39.630.992	51.738.407	30,55%	12.107.415
Ampliação do Aeroporto Sá Carneiro	308.177.572	401.345.904	30,23%	93.168.332
Total	458.429.404	699.424.485	52,57%	240.995.081

Fonte: relatório de auditoria n.º 17/09 AUDIT – Tribunal de Contas, Maio de 2009

4 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AOS PROCEDIMENTOS ABRANGIDOS PELO CCP

A administração está, no âmbito da contratação, sujeita às regras e aos princípios aplicáveis à atividade administrativa em geral.

Essa sujeição implica que a administração está obrigada a desencadear um procedimento administrativo⁴⁴ sempre que pretende celebrar um contrato administrativo.

A Diretiva n.º 2004/18/CE, nos seus considerandos n.ºs 2 e 46, enumera os princípios emanados do Tratado de Roma, cuja observação se impõe aos Estados-Membros, quais sejam: igualdade de tratamento, não-discriminação, reconhecimento mútuo, proporcionalidade e transparência.

Os referidos princípios entroncam com o princípio estruturante da União Europeia, consagrado no art.º 4º do citado Tratado que institui a Comunidade Europeia, e que se encontra também plasmado

⁴⁴ Por procedimento administrativo entende-se a sucessão ordenada de atos e formalidades que visam assegurar a correta formação ou execução da decisão administrativa e a defesa dos direitos e interesses legítimos dos particulares (art.º 1º do CPA).

no Tratado de Lisboa no art.º 119º n.º 1, que estabelece a “economia de mercado aberto e de livre concorrência.

O art.º 1º n.º 4 do CCP determina que à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência⁴⁵. No entanto, entende-se que para além dos referidos princípios, à contratação pública deverão aplicar-se ainda os princípios fundamentais aplicáveis aos procedimentos administrativos, que se encontram perfeitamente explicitados pela doutrina⁴⁶ e que constavam, de forma expressa, da anterior legislação, apesar de se entender que não careciam dessa enunciação, uma vez que a aplicabilidade dos mesmos constitui uma verdadeira imposição de conduta na atividade da Administração Pública, tal como decorre dos art.º 3º a 12º do CPA.

O princípio da transparência, mencionado no art.º 1º n.º 4 do CCP, exige que as decisões tomadas pelos instrutores dos procedimentos pré-contratuais sejam explicitadas e devidamente fundamentadas (art.º 38º, 68º n.º 4, 71º n.º 2, 95º n.º 2, 184º n.º 1, 186º n.º 1, 211º n.º 1, 215º n.º 1, 223º n.º 2, 231º n.º 8, 232º n.º 7 e 249º, todos do CCP), de modo a surgirem como lógicas, racionais e, tanto quanto possível, incontroversas, para todos os intervenientes.

Esse princípio impõe ainda que os critérios de escolha do co-contratante e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar sejam previamente (art.º 115º n.º 2 d), 132º n.º 1 n), 164º n.º 1 q), 196º, 206º todos do CCP) definidos e tornados públicos (art.º 115º, 130º, 131º, 157º n.º 1, 162º n.º 1, 167º, 193º, 197º, 204º, 208 todos do CCP)⁴⁷.

O artigo 315.º do CCP concretiza este princípio ao impor aos contraentes públicos a obrigação de publicitar na internet qualquer acordo com o co-contratante que implique modificação objetiva do contrato e represente um valor acumulado superior a 15% do preço contratual.

O princípio da transparência, no entender de Marcelo Rebelo de Sousa⁴⁸, encontra-se também ele imbricado com os princípios da igualdade, da justiça, da proporcionalidade, da prossecução do

⁴⁵ Estes princípios encontram-se também plasmados no art.º 2º da Diretiva 2004/18/CE, que impõe que as entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente.

⁴⁶ Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Almedina, 2ª edição, 2012, Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Almedina, 6ª edição, 1993 e Sérvulo Correia, Legalidade e Autonomia Contratual no Contrato Administrativo, Almedina, 2003.

⁴⁷ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pag. 74.

⁴⁸ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, 1994, Lex-Edições Jurídicas, pag. 41

interesse público, bem como o da participação dos administrados, constituindo, em larga medida, uma projeção do princípio da tutela dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos.

Por sua vez o princípio da igualdade, também consagrado no n.º4 do artigo 1.º do CCP, que é, como se sabe, um dos princípios essenciais da CRP, aplicável, designadamente, à atividade administrativa pública, impõe o tratamento igualitário de todos os interessados na adjudicação de um contrato público que se encontrem em condições objectivamente idênticas relativamente à capacidade de execução das prestações contratuais. Determina este princípio que se devem proporcionar iguais condições de acesso e de participação aos interessados em contratar, constituindo uma violação deste princípio a interpretação das regras aplicáveis ao procedimento que possam determinar uma discriminação entre os participantes no procedimento e entre estes e os não participantes⁴⁹.

Atentemos agora no princípio da concorrência, que recomenda que todas as disposições aplicáveis à contratação pública sejam interpretadas e aplicadas no sentido mais favorável à participação nos procedimentos pré-contratuais do maior número de interessados, evitando-se exclusões por motivos meramente formais. Aliás, a própria Constituição, nos art.º 81º alínea f) e 99º alíneas a) e c) impõe o respeito por este princípio.

Com este princípio pretende-se salvaguardar o interesse público, criando condições para que a todos os interessados em contratar seja permitido apresentar as suas propostas em condições de comparabilidade com as restantes, para daí se apurar qual a mais vantajosa para o interesse público⁵⁰.

Assim, as entidades adjudicantes terão ainda de respeitar no âmbito da instrução de procedimentos pré-contratuais, os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da publicidade, da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé, da estabilidade, da responsabilidade, da comparabilidade dos concorrentes ou das suas propostas, da unidade da despesa.

Para além dos referidos princípios, a atividade procedimental das entidades adjudicantes deve ainda ter em consideração os princípios associados a toda a atividade administrativa, nomeadamente os princípios atinentes aos procedimentos administrativos constantes do CPA, como sejam os que decorrem dos artigos 9º, 56º, 57º, 59º, as regras referentes aos requerimentos, constantes dos artigos 74º a 82º também do CPA, as regras relativas às notificações constantes dos artigos 66º a 70º do CPA

⁴⁹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, obra citada, pag. 75.

⁵⁰ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, obra citada, pag. 75

e ainda as regras que regulam os prazos e que decorrem dos artigos 58º, 71º a 73 do CPA bem como as regras da audiência de interessados constantes dos artigos 100º a 103º do CPA.

5 – ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CCP

O CCP veio introduzir na ordem jurídica nacional uma nova sistematização da contratação pública, definindo um procedimento para a formação dos contratos públicos para toda a administração pública, procedendo à uniformização dos regimes substantivos dos contratos administrativos⁵¹, e reunindo num único diploma legal a matéria procedimental da contratação pública.

O âmbito de aplicação objetivo do CCP, em que interessa determinar a que relações jurídicas pré-contratuais se aplica a Parte II do CCP, (relevando as normas dos artigos 4.º e 5.º) determina que o Código disciplina a contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contratos administrativos.

Tal como foi já referido, o legislador pretendeu, com a transposição crítica das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, concretizada com através do CCP, proceder à revogação de toda a legislação relativa às matérias reguladas no CCP, quer estas sejam ou não com ele incompatíveis, o que contudo não esgota a regulamentação legislativa relativa aos contratos públicos. Reflexo dessa afirmação é o estabelecido nos art.º 4º e 5º do CCP, que procedem à expressa exclusão do âmbito de aplicação do CCP de determinadas categorias contratuais: em inteiro rigor, apenas o artigo 4.º (“contratos excluídos”) determina uma tal exclusão; o artigo 5.º (“contratação excluída”) limita-se a excluir outros tipos de contratos da incidência apenas da Parte II⁵².

O CCP estabelece, no art.º 1º n.º 2, o princípio geral de que o regime da contratação pública aí estabelecido é tendencialmente aplicável à formação de todo e qualquer contrato público, entendendo-se como tal todo o contrato que, independentemente da sua designação e natureza, seja celebrado por entidades adjudicantes referidas no CCP⁵³.

O regime procedimental da contratação pública, previsto no art.º 1º n.º 2 e 3 do CCP, aplica-se à formação dos contratos qualquer que seja a sua designação ou natureza (administrativa ou privada),

⁵¹ Regime anteriormente definido nos artigos 178º a 189º do Código do Processo Administrativo.

⁵² Cfr. Pedro Gonçalves, “Direito dos Contratos Públicos (sumários desenvolvidos), Coimbra, 2010, pag. 28.

⁵³ Cfr. Rui Medeiros, Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 69, 2008, pag. 7.

a celebrar pelas entidades adjudicantes identificadas no CCP e que estão ou devam estar submetidas à concorrência de mercado, incluindo-se as empreitadas de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis, aquisição de serviços e concessão de serviços, contratos de sociedade e outros contratos submetidos à concorrência.

Por sua vez, da leitura dos art.º 5º n.º 1 e art.º 16º n.º 1, conclui-se que o regime da contratação pública é aplicável à formação de contratos cujas “prestações estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência do mercado”.

Um dos contratos que, tal como é definido pelo art.º 6º n.º 1 do CCP, está taxativamente tipificado como sendo sujeito à concorrência é o contrato de empreitada de obras públicas.

O regime substantivo dos contratos públicos só se aplica aos contratos administrativos, ou seja ao acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e co-contraentes privados ou somente entre contraentes privados ou somente entre contraentes públicos, que se integra numa das seguintes categorias:

- Contratos que a lei qualifica como contratos administrativos ou então sujeitos a um regime substantivo de direito público;

- Contratos que confirmam ao co-contraente direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções do contraente público.

- Contratos sujeitos por lei a um procedimento de formação regulada por normas de direito público e em que a prestação seja condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público;

- Contratos com objecto passível de acto administrativo ou que incidam sobre o exercício de poderes públicos.

No que concerne ao âmbito subjetivo do CCP, cujas disposições relevantes são os artigos 2.º, 7.º, 275.º, 276.º e 278.º podemos considerar que as entidades que se encontram sujeitas ao CCP se podem subdividir em três grupos:

- a) Setor Público tradicional (art.º 2º n.º 1 do CCP);
- b) Organismos de Direito Público (art.º 2º n.º 2 do CCP);
- c) “Setores Especiais” da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (art.º 7º do CCP).

As entidades a quem se aplicam as regras da contratação pública denominam-se entidades adjudicantes, constando entre essas entidades, como decorre do art.º 2º n.º 1 do CCP, o Estado, as Regiões Autónomas, as Autarquias Locais, os Institutos Públicos, as Fundações (com excepção das previstas na Lei 62/2007), as Associações Públicas e as Associações destas entidades adjudicantes.

Para além das referidas entidades, que possuem carácter público, são também entidades adjudicantes, sujeitas às regras da contratação pública, quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada, tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter comercial ou industrial, cuja atividade não se submeta à lógica do mercado e da livre concorrência, e sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas, ou estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por entidades previstas no citado artigo.

São ainda entidades adjudicantes, de acordo com o disposto no art.º 2º n.º 2 alínea b), e d) do CCP, quaisquer pessoas coletivas que se encontrem na situação referida na alínea anterior relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante nos termos do disposto na mesma alínea e as associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores do mesmo artigo, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas.

O art.º 4º do CCP, que procede à transposição dos art.º 15º e 16º da Diretiva Comunitária n.º 2004/18/CE, enumera os contratos que se encontrem excluídos da disciplina do CCP.

O n.º 1 desse art.º 4º exclui os contratos que têm por objeto convenções internacionais, previamente comunicadas à Comissão Europeia e devidamente enquadradas no Tratado da União Europeia, para a realização de projetos comuns relacionados com uma obra pública ou a aquisição de bens móveis ou de serviços destinados à realização ou à exploração de um projeto pelos estados signatários; a regulação por acordo entre Estados membros ou entre um destes e um Estado terceiro no âmbito de uma convenção internacional reguladora do estacionamento de tropas, ou contratos precedidos de procedimentos específicos adotados por uma organização internacional.

Por sua vez, o n.º 2, ainda do art.º 4º, estabelece que estão ainda excluídos da aplicação do CCP certos contratos cuja natureza jurídica contém especificidades que afastam a sua formação de um ambiente de concorrência, ou que contêm regimes procedimentais específicos, tais como:

1 - Contratos de trabalho em funções públicas e contratos individuais de trabalho (Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro);

2 - Contratos de doação de bens móveis a favor de qualquer entidade adjudicante;

3 - Contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares, regulados pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto;

4 - Contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à co-produção de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão.

Não obstante o supra exposto, estes últimos contratos não estão completamente excluídos da aplicação da Parte II do CCP, na medida em que a alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º refere que quando os mesmos sejam celebrados por entidades que operam nos sectores especiais (sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais regulados nos artigos 7.º a 15.º do CCP), a Parte II do CCP é sempre aplicável à formação de contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à co-produção de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão.

O art.º 5º do CCP trata da contratação excluída da aplicação da Parte II.

Assim, da leitura desses normativos legais retira-se que estão excluídos os contratos a celebrar entre quaisquer entidades adjudicantes, os quais não estão, nem são susceptíveis de estar, submetidos à concorrência de mercado (artigo 5.º, n.º 1 do CCP).

O legislador identifica como razões válidas para a submissão à concorrência de mercado a natureza ou características das prestações, a posição relativa das partes ou o contexto da sua formação.

O n.º 2 do art.º 5 estabelece um outro tipo de restrição à aplicação da Parte II do CCP, que se aplica aos denominados contratos *in house*⁵⁴.

⁵⁴ Conceito desenvolvido a partir da jurisprudência comunitária, especialmente a partir do Acórdão C-107/98 de 18 de Novembro de 1999, denominado "Teckal", do Tribunal judicial das Comunidades Europeias.

Este tipo de contratos implica a celebração de um contrato por uma entidade pública adjudicante e uma outra adjudicatária, juridicamente distinta daquela, sobre a qual exerça um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, ou outra que desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma entidade pública que sobre ela exerça o referido controlo.

Assim, para que se possa considerar que estamos perante um contrato *in house*, e por isso fora do âmbito de aplicação da Parte II do CCP, é necessário que se verifiquem, de forma cumulativa, dois requisitos:

- a) A adjudicatária estar submetida, perante a entidade adjudicante, a um controlo análogo à que esta exerce, isoladamente ou em conjunto com outra entidade, sobre os seus serviços;
- e
- b) A adjudicatária desenvolver o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.

Como é referido no estudo de Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente⁵⁵, para se definir se se está perante contratação *in house*, excluída da Parte II do CCP o legislador lançou mão dos dois citados conceitos indeterminados, cujo preenchimento caberá à doutrina e à jurisprudência.

O tipo de exclusão prevista no n.º 2 do art. 5º aplica-se a situações em que se verifica uma relação jurídica de dependência entre a entidade pública adjudicante e a entidade adjudicatária, de tal forma que a entidade dependente não possui qualquer autonomia de vontade, constituindo-se como uma extensão daquela, “limitando-se” a prestar o serviço ou a fornecer o bem determinado pela entidade pública adjudicante, satisfazendo as suas necessidades, de tal forma que se pode mesmo afirmar que nos encontramos, nestas situações, perante um contrato consigo mesmo, ou perante uma operação interna.

A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos a celebrar pelos hospitais, E. P. E. e pelas associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica. A parte II do CCP não se aplica igualmente às instituições de ensino superior públicas e pelos laboratórios de Estado quando no âmbito da atividade científica e tecnológica, nas seguintes situações:

⁵⁵ Cfr. Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente, “Código dos Contratos Públicos – âmbito da sua aplicação”, Almedina, 2008, pag. 63.

a) De empreitada de obras públicas cujo valor seja inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março;

b) De locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços cujo valor seja inferior ao referido na alínea b) do artigo 7.º da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

Do n.º 3 do art.º 5º do CCP, decorre que as entidades citadas beneficiam de uma maior flexibilidade na celebração de contratos de empreitadas de obras públicas e aquisição de bens e serviços, sendo que os valores referidos nas alíneas supra transcritas, constam do regulamento (CE) 117/2009, de 30 de Novembro, que se encontram em vigor desde 1 de Janeiro de 2009, correspondendo esses valores a:

a) Nas empreitadas de obras públicas – € 4.845.000,00;

b) Na locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços – € 193.000,00.

O n.º 4 do artigo 5.º do CCP contém ainda um conjunto de excepções que se traduzem, nas matérias por eles referidas, numa reserva de contratação não submetida à concorrência, pois a formação de tais contratos fica dispensada da aplicação da Parte II do CCP.

Encontram-se abrangidos por essas excepções:

a) Contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis;

b) Contratos mediante os quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º se obrigue a alienar ou a locar bens móveis ou a prestar serviços, excepto quando o adquirente ou o locatário também seja uma entidade adjudicante;

c) Contratos cujo objecto principal consista na atribuição, por qualquer das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º, de subsídios ou de subvenções de qualquer natureza;

d) Contratos de sociedade cujo capital social se destine a ser exclusivamente detido pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º;

e) Contratos de aquisição de serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros, nomeadamente os contratos relativos a operações de obtenção de fundos ou de capital pela entidade adjudicante, bem como os contratos a

celebrar em execução das políticas monetária, cambial ou de gestão de reservas e os de aquisição de serviços de carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal;

f) Contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de saúde e de carácter social mencionados no anexo II -B da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, bem como os contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de educação e formação profissional mencionados no referido anexo, que confirmam certificação escolar ou certificação profissional;

g) Contratos que se destinem à satisfação de necessidades de uma entidade adjudicante cujos serviços se encontrem instalados em território de Estado não signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, desde que celebrados com uma entidade também nele sediada;

h) Contratos a celebrar, ao abrigo de um acordo de cooperação para o desenvolvimento, com uma entidade sediada num dos Estados dele signatários e em benefício desse mesmo Estado, desde que este não seja signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu;

i) Contratos abrangidos pelo disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 296.º do Tratado da Comunidade Europeia, desde que a respectiva formação seja regulada por lei especial.

A exclusão determinada pelo citado art.º 5º da aplicação da Parte II do CCP não significa que à contratação excluída se apliquem as regras do direito privado no que diz respeito à formação destes contratos, porquanto as entidades adjudicantes estão submetidas no processo de formação de contratos aos princípios gerais da atividade administrativa e às normas que concretizam preceitos constitucionais constantes do CPA⁵⁶.

Também quando estejam em causa contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, aplicam-se as normas constantes do CPA, com as necessárias adaptações.

Quando a entidade adjudicante seja o Estado, ou as Regiões Autónomas, ou as Autarquias Locais, ou os Institutos Públicos, ou as Fundações Públicas, com excepção das previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro, ou as associações públicas, ou ainda as associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas (enumerados no n.º 1 do art.º 2º do CCP), na formação dos contratos referidos nos números 1 a 4 do art.º 5º do CCP é ainda aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos capítulos VIII e IX do título II da parte II do CCP, o que significa

⁵⁶ Maria João Estorninho, A fuga para o direito privado, Almedina, 2009.

que mesmo aos contratos excluídos se aplicam as disposições relativas à habilitação dos concorrentes e à prestação de caução nos contratos, o que garante que as entidades adjudicantes que possam beneficiar da flexibilidade conferida pela contratação excluída deverão, ainda assim, zelar pela idoneidade dos contraentes e salvaguardar o cumprimento do contrato a executar através do caucionamento da responsabilidade pelo bom cumprimento das prestações contratuais adjudicadas.

Por força da Diretiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, as entidades que operam nos sectores especiais da água, energia, transportes e serviços postais, conforme se encontram definidos no art.º 9º n.º 1 do CCP, são identificadas pelo CCP como entidades abrangidas pela aplicação da Parte II do CCP.

Contudo, a submissão dos contratos dos sectores especiais às regras do CCP não verifica automática. Com efeito, deverá, numa primeira fase verificar-se se a atividade é subsumível no conjunto de atividades integradas nos sectores especiais, confirmando de seguida que a entidade adjudicante é enquadrável no âmbito subjetivo especial definido pelo legislador para os sectores especiais, e por último garantindo que o contrato a celebrar é um dos contratos indicado pelo CCP como integrando o regime adjudicatório dos sectores especiais.

6 - PRINCIPAIS NOVIDADES DO CCP RELATIVAMENTE ÀS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS

Ao longo deste trabalho, ainda que de forma indireta, foram já abordadas várias inovações impostas pelo CCP. De seguida passaremos a elencar as principais novidades no que diz diretamente respeito ao regime de empreitadas de obras públicas.

Assim, relativamente aos elementos da solução da obra, verifica-se que o CCP impõe que, entre os elementos que devem ser patenteados no concurso passe a constar o programa e o projeto de execução⁵⁷, quando o RJEOP apenas determinava, no art.º 63º, que as peças do projeto a exibir no concurso deveriam ser as suficientes para definir a obra, incluindo a sua localização, a natureza e o volume dos trabalhos, o valor para efeito do concurso, a caracterização do terreno, o traçado geral e os pormenores construtivos.

Quanto aos erros e omissões, verifica-se que o CCP vai mais além que o RJEOP. Com efeito, no anterior regime apenas podiam ser reclamados erros e omissões após a celebração do contrato e

⁵⁷ É o art.º 43º do CCP que define os elementos da solução da obra que integrarão o caderno de encargos.

desde que fossem relativos aos elementos do projeto, competindo essa comunicação apenas ao empreiteiro a quem fosse adjudicada a obra, afetando.

Com o CCP permitiu-se que as reclamações dos erros e omissões fossem também enunciados na fase da apresentação das propostas, podendo sê-lo antes da celebração do contrato⁵⁸ e por impulso de qualquer interessado que manifeste o propósito de participar no procedimento⁵⁹.

Outra novidade do CCP consiste na obrigação de as listas de erros e omissões apresentadas serem publicitadas pela entidade adjudicante, através do seu carregamento nas plataformas eletrônicas, o mesmo devendo ser feito com a decisão que sobre as mesmas recair, com a obrigatória notificação dessa decisão a todos os interessados, como consta do art.º 61º do CCP⁶⁰.

Naturalmente que com a alteração relativa ao momento da apresentação de reclamações sobre erros e omissões (passando agora a ser desde o decurso do prazo para apresentação das propostas) também constitui novidade a obrigação que impende sobre os concorrentes no sentido de apresentarem, juntamente com a proposta, os termos do suprimento de cada um dos erros ou das omissões aceites, devendo ainda fazer constar, sob pena de exclusão da proposta⁶¹, o valor atribuído a cada um dos suprimentos, incorporado no preço ou preços indicados na proposta.

Quanto à responsabilidade pela execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões o CCP também impõe algumas novidades, na medida em que, atualmente, para além do dono de obra, a responsabilidade pela realização desses trabalhos deverá ser imputada ao empreiteiro sempre que:

- Fosse exigível a deteção dos erros e omissões na fase de formação do contrato;
- Não forem identificados pelo empreiteiro os erros e omissões verificados no prazo de 30 dias após data em que fosse exigível a sua deteção;
- Quando lhe incumba a elaboração do projeto de execução.

⁵⁸ De acordo com o estipulado no art.º 61º n.º 1 do CCP, até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas, os interessados devem apresentar ao órgão competente para a decisão de contratar uma lista na qual identifiquem, expressa e inequivocamente, os erros e as omissões do caderno de encargos detetados.

⁵⁹ Considera-se interessado todo aquele que adquira as peças do procedimento, ou no caso dos ajustes diretos, concurso prévio por prévia qualificação, processo de negociação e diálogo concorrencial, que seja convidado a participar.

⁶⁰ No RJEOP esta obrigação não se colocava ao dono de obra, na medida em que apenas podiam ser apresentados erros e omissões, pelo concorrente a tivesse sido adjudicada a empreitada, e após a consignação da obra, como determinava o art.º 14º desse diploma.

⁶¹ De acordo com o disposto no art.º 146º n.º 2 alínea j) serão excluídas as propostas que identificando erros ou omissões das peças do procedimento, não identifiquem, expressa e inequivocamente os termos do suprimento de cada um dos erros ou das omissões aceites nos termos do disposto no n.º 5, do qual não pode, em caso algum, resultar a violação de qualquer parâmetro base fixado no caderno de encargos, e procedam à incorporação do valor no preço ou preços indicados na proposta, atribuído a cada um dos suprimentos a que se refere a alínea anterior.

Para além do dono de obra e do empreiteiro o CCP postula ainda que também os autores do projeto devem ser responsabilizados quando os erros e omissões resultarem de erros ou omissões do projeto.

Outra novidade do CCP é a determinação do preço base como valor máximo que a entidade adjudicante está disposta a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objeto⁶².

Relativamente aos trabalhos a mais⁶³ também se verificam algumas alterações.

Os trabalhos a mais não podem agora ultrapassar os 5%⁶⁴ do preço contratual, quando no anterior regime podiam ir até aos 25%⁶⁵.

O valor dos trabalhos a mais não pode, somado ao valor dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, ultrapassar os 50% do preço contratual.

No entanto, atualmente os trabalhos a mais compreendem o “saldo” obtido através da dedução dos trabalhos a menos aos trabalhos a mais, o que à luz do RJEOP não era admitido.

Quanto ao preço anormalmente baixo verifica-se uma evolução do CCP no sentido em que, mantendo contudo a possibilidade de a entidade adjudicante definir o que se deve entender por preço anormalmente baixo (art.º 115º e 132º), passar a estabelecer-se um critério supletivo, no art.º 71º, que define, no caso das empreitadas de obras públicas, que será considerado que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo quando seja 40 %, ou mais, inferior àquele.

No caso de serem admitidas⁶⁶ e adjudicadas propostas com um preço enquadrável como anormalmente baixo deverá proceder-se ao reforço da caução, tal como determina o art.º 89º do CCP, o que não resultava do RJEOP.

⁶² Cfr. art.º 70º n.º 2 alínea d) do CCP que determina que serão excluídas as propostas cujo preço proposto seja superior ao preço base, ao passo que o RJEOP apenas determinava no art.º 107º n.º 1 alínea b) que o dono da obra não podia adjudicar a empreitada sempre que se verificasse que todas as propostas, ou as mais convenientes, ofereciam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso, tendo a jurisprudência caminhando no sentido de considerar que o referido conceito indeterminado definindo que não deveria concretizar-se a adjudicação quando as propostas ultrapassem os 25% do preço base do concurso (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 19/11/2003, disponível em www.dgsi.pt).

⁶³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas de 23 de Novembro de 1999, que decidiu que: “1 – Para que determinados trabalhos possam ser qualificados como trabalhos a mais deverão ser ao menos enquadráveis no objecto do contrato de empreitada. E “objecto do contrato” deverá ser aquele que resulta do programa e projecto, bem como do competente caderno de encargos. 2 – A necessidade de execução desses trabalhos deverá resultar de qualquer circunstância que tenha imprevisivelmente surgido no decorrer da execução da empreitada. 3 – Não poderão ser qualificados como “trabalhos a mais” aqueles cuja realização era, de início, previsível, mas que por deficiente execução de um projecto, nele não tenham, desde logo, sido incluídos, ou que tenham resultado de uma decisão de alteração do mesmo, posterior à celebração do contrato.”

⁶⁴ Este valor poderá ir até aos 25% quando estejam em causa obras cuja execução seja afetada por condicionamentos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente as obras marítimas-portuárias e as obras complexas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis, bem como as obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis (art.º 370º n.º 3 do CCP).

⁶⁵ Até à introdução do art.º 27-A no RJEOP aprovado pelo Decreto-Lei 235/86, não se estabelecia qualquer limite para a execução de trabalhos a mais, sendo que esse limite resultou da transposição da alínea d) do n.º 3 do art.º 5 da Diretiva Comunitária 71/305/CEE.

Quanto aos prazos de garantia das obras⁶⁷, previstos no art.º 397º do CCP constata-se que se estabeleceram prazos diferentes, em função da natureza do defeito verificado.

Assim, os prazos de garantia serão os seguintes:

- Para elementos construtivos estruturais o prazo de garantia será de 10 anos;
- Para elementos construtivos não estruturais e instalações técnicas o prazo de garantia será de 5 anos;
- Para equipamentos autonomizáveis da obra o prazo de garantia será de 2 anos.

Quanto à liberação da caução, cujas regras se encontram previstas no art.º 295º do CCP, verifica-se que essas devoluções são concretizadas do seguinte modo:

- Para prazos de garantia superiores a 2 anos a liberação será progressiva, a partir do final do 2.º ano de garantia, desde que não existam defeitos ou tenham sido corrigidos atempadamente;
- Para prazos de garantia superiores a 5 anos, pelo menos 75% da caução será liberada no final do 5.º ano;

O incumprimento dos prazos de liberação da caução por parte do contraente público determina a aplicação de mecanismos de promoção de liberação da mesma diretamente pelo co-contratante.

Com o CCP foi criado o Observatório das Obras Públicas, que tem como missão a recolha, tratamento e divulgação de dados estatísticos sobre formação e execução de contratos de empreitada de obras públicas (incluindo empreitadas integradas em concessões de obras públicas).

A atividade deste Organismo será feita, essencialmente, através da análise de dois documentos-chave:

- Relatório de contratação (art.º 108º do CCP) – entregue pela entidade adjudicante após a celebração do contrato (fase de formação);
- Relatório final de obra (art.º 402) – após conta final da empreitada (fase de execução) -

O CCP introduziu ainda a obrigação de se concretizarem várias comunicações⁶⁸ ao INCI, I.P.⁶⁹.

⁶⁶ Aos concorrentes que apresentem propostas com um preço enquadrável como anormalmente baixo, será concedido um prazo para apresentar a justificação desse preço, podendo essa justificação levar o Júri a não excluir essa proposta.

⁶⁷ O RJEOP definia no art.º 226º que o prazo de garantia é de cinco anos, podendo o caderno de encargos estabelecer prazo inferior, desde que a natureza dos trabalhos ou o prazo previsto de utilização da obra o justifiquem.

⁶⁸ Serão objeto de comunicação ao INCI, I.P. as seguintes situações:

- Sempre que se verificarem situações de exclusão de propostas com fundamento em preço total anormalmente baixo, sem esclarecimentos justificativos ou com esclarecimentos não considerados, ou indícios de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência (art.º 70º n.º 3); Caducidade da adjudicação (art.º 86); Não prestação da caução pelo adjudicatário (art.º 91); Não outorga do contrato pelo adjudicatário (art.º 105); Indícios de que a cessão da posição contratual/subcontratação resultam de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência (art.º

PARTE II

O PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL, EM ESPECIAL NAS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS

7 - DECISÃO DE CONTRATAR

O procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas (à semelhança aliás do que sucede com todos os contratos administrativos) inicia-se com a decisão de contratar.

Concordamos com Sérvulo Correia⁷⁰ quando, de forma esquemática, define os passos a seguir na decisão de contratar, que passaria pela (i) da verificação, por parte da entidade adjudicante, da existência de uma necessidade, (ii) da sua completa caracterização e (iii) da identificação do meio/instrumento/etc. adequado à sua satisfação, o qual consistirá no objeto do contrato a celebrar.

A decisão de iniciar um procedimento tendente à formação de um contrato é livre, estando ainda na disponibilidade do decisor a escolha do tipo de procedimento, que, contudo, após ser tomada, vincula, por força da lei, a entidade adjudicante, ao contrário do que sucede no direito privado, em que essa vinculação resulta dos ditames de boa-fé, nos termos do disposto no art.º 227º, n.º 1 do Código Civil⁷¹.

Esta decisão inclui um conjunto de outras decisões instrumentais de bastante relevância para o procedimento⁷².

De entre as várias decisões instrumentais destacam-se a decisão relativa à autorização da despesa, a escolha do procedimento de adjudicação, a aprovação das peças do procedimento e a nomeação do Júri⁷³.

317); Plano final da consignação (art.º 357); Consignação total ou primeira consignação parcial posterior à prevista no contrato ou no plano final de consignação (art.º 358); Resolução do contrato (art.º 405); Factos susceptíveis de constituírem contra-ordenação e ocorrências passíveis de registo (art.º 455 e 461); Relatório de contratação e o relatório final da obra (art.º 108 e 402); Dados estatísticos necessários à elaboração do relatório estatístico relativo aos contratos de EOP celebrados pelas entidades adjudicantes (art.º 472).

⁶⁹ O Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (InCI, I.P.) é a entidade reguladora do sector da construção e do imobiliário, à qual compete atribuir os títulos para o exercício das atividades reguladas, nomeadamente, Alvará de Construção, Título de Registo, Licença de Mediação Imobiliária e Inscrição de Angariador Imobiliário, visando a sua atuação potenciar um mercado de construção e do imobiliário moderno e competitivo através de uma efetiva ação inspetiva e fiscalizadora.

⁷⁰ Cfr. Sérvulo Correia & Associados, "Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e serviços", 2008, pag. 29.

⁷¹ Paulo Mota Pinto, Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato, in Estudos da Contratação Pública II, Coimbra Editora, 2010, pag. 275.

⁷² O art.º 40º do CPP define as peças dos procedimentos de formação de contratos.

⁷³ Nos ajustes direto, em que seja solicitada uma única proposta, é nomeada uma comissão, e nos casos em que, apesar de serem solicitadas várias propostas apenas é apresentada uma, a intervenção do Júri é dispensada

Determina o art.º 36º do CCP que a decisão de contratar cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, podendo essa decisão estar implícita nesta última.

De acordo ainda com o citado art.º 36º a referida decisão de contratar determina o início do procedimento de formação do contrato, o que põe cobro à discussão que se verificava na vigência do regime anterior, em que determinados autores consideravam que só com a abertura do concurso se iniciava o procedimento administrativo de formação do contrato⁷⁴.

O CCP caminhou no sentido do anteriormente defendido por Sérvulo Correia⁷⁵, que considerava que o procedimento de formação dos contratos se iniciava com a decisão de contratar.

A decisão da escolha do procedimento a adotar deve sempre, nos termos do art.º 38.º do CCP, ser fundamentada, o que servirá o propósito de enunciar o cumprimento dos requisitos que a lei prevê, permitindo a qualquer interessado aferir da correção e/ou validade do ato de escolha do procedimento⁷⁶.

Contudo, e como defende Jorge Andrade da Silva entende-se que este dever de fundamentação expresso no art.º 38º do CCP, corresponde a uma determinação que não carecia de enunciação, na medida em que estando aqui em causa um ato administrativo externo que pode afetar a esfera jurídica de terceiros, pelo que esse dever de fundamentação já decorria da aplicação do art.º 124º do CPA⁷⁷.

Também na legislação espanhola o processo tendente à celebração do contrato também se inicia com a decisão de contratar⁷⁸. O Decreto Real Legislativo 2/2011 vai porém mais além no que respeita ao dever de fundamentação da decisão, determinando que as entidades do setor público só podem celebrar contratos que se verifiquem necessários para o cumprimento das suas atribuições legais, devendo nos documentos que são patenteados a concurso constar, de forma clara e expressa, quais as necessidades que se pretende suprir com a celebração do contrato.

⁷⁴ De acordo com Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, III, 1985, pag. 438 e Mário e Rodrigues Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, pag. 226, o procedimento só se iniciava com a abertura do concurso, ou seja com a publicação do aviso do mesmo, e Margarida Olazabal Cabral, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1997, pags. 137 e seguintes, que subscrevia a posição de que o concurso não se iniciava com a deliberação ou decisão da sua abertura, mas antes com o próprio ato da sua abertura, apenas existindo, antes disso, atos preparatórios. Internos.

⁷⁵ Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 2003, pag. 656 e seguintes.

⁷⁶ Cfr. João Henrique Pinheiro, *Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação*, CEDIPRE, 2011, pag. 46.

⁷⁷ Cfr. refere Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Público, Comentado e Anotado*, Almedina, 3ª edição, 2010, pag. 167.

⁷⁸ É o art.º 109º do Real Decreto Legislativo 3/2011 que determina, numa tradução livre, que a celebração dos contratos públicos deverá ser sempre precedida de um procedimento, que se deverá iniciar através de uma decisão do órgão competente para contratar da qual constará a fundamentação da necessidade, de acordo com o previsto no art.º 22º do mesmo diploma legal (que será abordado mais à frente).

Consideramos que o CCP também deveria ter concretizado em que deveria consistir a obrigatoriedade da fundamentação da decisão de contratar, para dessa forma se reforçar a aplicação do princípio da transparência. Consideramos que essa fundamentação devia sempre incluir a identificação da necessidade a satisfazer⁷⁹, a estimativa de custo associado e a oportunidade do ato, de forma a ser possível aferir o interesse público em causa.

No caso das empreitadas de obras públicas, para que seja possível ao órgão competente para decidir contratar proferir a decisão que inicia o procedimento, é obrigatória a existência de um projeto de execução.

Falaremos mais à frente sobre as restantes peças do procedimento que integram o processo dos contratos de empreitadas de obras públicas, focando-nos agora no projeto de execução⁸⁰ por se considerar que este documento constitui a peça fundamental do procedimento.

A decisão de contratar depende muito da boa ou má elaboração do projeto de execução, e da melhor ou pior qualidade desse documento advirão consequências que se prolongarão muito para além da fase pré-contratual e até da fase de execução do contrato.

Ainda que formalmente, e como foi já referido, o início do procedimento ocorra com a decisão de contratar, entendemos que esse início está condicionado pelo processo associado à elaboração do projeto de execução.

Nesse sentido o CCP veio impor às partes uma maior responsabilidade, quer aquando da “encomenda” do projeto, quer aquando da sua elaboração e execução, sendo (um) exemplo disso o disposto no art.º 378º n.º 6 do CCP, que prevê a possibilidade de o dono da obra, ser indemnizado pelo autor do projeto, quando os erros ou omissões decorrerem do incumprimento de obrigações de conceção a que está obrigado e estes forem assumidos por terceiros perante o dono da obra.

Também na Portaria 701-H/2008 são impostas regras que vão no sentido de uma maior responsabilização, na medida em que se prossegue, entre outros objetivos, o de aperfeiçoar e desenvolver os requisitos mínimos exigidos em cada fase do projeto.

Continuamos sem ter conhecimento de que existam processos judiciais, com sentenças

⁷⁹ A necessidade de se fundamentar o interesse público subjacente a toda e qualquer obra pública decorre do disposto no artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/18/CE, prevê-se que os contratos de empreitada de obras públicas têm por objeto a realização de uma «obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante», o que reforça o supra exposto sobre

⁸⁰ De acordo com o disposto na alínea t) do art.º 1º da Portaria 701-H/2008, de 29 de Julho «Projeto de execução», é o documento elaborado pelo Projetista, a partir do estudo prévio ou do anteprojecto aprovado pelo Dono da Obra, destinado a facultar todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar;

proferidas, relativas a pedidos de indemnização apresentados pelos donos de obras aos autores dos projetos, e que tenham condenado estes ao pagamento de uma indemnização. Este facto comprova que continuamos sem o grau de responsabilização que se exigiria às entidades públicas para que fosse possível moralizar o sector.

Um contrato que seja celebrado sem que a decisão de contratar e a autorização da despesa tenham sido devidamente emitidas pela entidade competente, será considerado, de acordo com o art.º 133º n.º 2 do CPA, um contrato nulo.

Como foi referido, a decisão de contratar inclui também a autorização da despesa. Os limites da competência para a autorização de realização da despesa pública continuam regulados no Decreto-Lei 197/99, de 8 de Junho, nos artigos 16º a 22º⁸¹.

Esses limites dependem diretamente da natureza da pessoa coletiva e do órgão que pratica o ato de autorização de realização de despesa pública.

Estes limites à competência para autorizar a despesa têm de ser articulados com o disposto nos artigos 69º n.º 2 e 109º do CCP que, com o propósito de agilizar esse processo de decisão, estabelece a admissibilidade da delegação da competência para decidir contratar, aí se incluindo também, como prescreve o n.º 3 do art.º 109º do CCP, a competência para a autorização da despesa, para além das restantes competências que estão conferidas ao órgão competente para praticar aquele ato.

Essa admissibilidade da delegação de competências inclui ainda a competência para escolher o tipo de procedimento, para aprovar as peças do procedimento, para retificar erros e omissões, para emitir pronúncia sobre lista de erros e omissões apresentados pelos concorrentes, para prorrogar o prazo⁸² para apresentação de propostas, para decidir sobre a classificação dos documentos da proposta, para designar o Júri e/ou peritos, para coadjuvar o Júri, para delegar competências no Júri, para fundamentar a qualificação de preço anormalmente baixo, para adjudicar uma proposta, para notificar o adjudicatário da decisão de adjudicação, para solicitar documentos legalmente exigidos, para solicitar documentos de habilitação na versão original, para dispensar a redução do contrato a escrito, para aprovar a minuta do contrato, para propor

⁸¹ Este Diploma foi parcialmente revogado pela Decreto-Lei 18/2008, de 29 de Janeiro.

⁸² Aos prazos procedimentais relativos à fase de formação dos contratos aplicam-se as regras definidas pelo art.º 72º do CPA, contando-se esses prazos em dias úteis, sem que lhes seja aplicada a dilação prevista no art.º 73º do CPA, por força do disposto no art.º 470º do CCP, sendo, contudo, o prazo para apresentação de propostas contínuo, não se suspendendo nos sábados, domingos e feriados.

ajustamentos ao conteúdo do contrato, e para representar a entidade adjudicante na outorga do contrato.

8 - ESCOLHA DO TIPO DE PROCEDIMENTO

Depois de proferida a decisão de contratar, segue-se a escolha do tipo de procedimento. No estrito respeito dos limites legais e com o propósito último de procurar o procedimento que melhor corresponda ao interesse público em presença, a escolha de entre a tipificação taxativa dos procedimentos previstos no CCP deverá atender:

- À complexidade do objeto da contratação;
- Ao valor e ainda ao próprio conteúdo do acordo a celebrar;
- As próprias características do setor de atividade económica em que o mesmo se enquadra.

Como decorre das conclusões do Relatório Final do CEDOUA⁸³, a decisão da “escolha do procedimento e a definição dos trâmites procedimentais a seguir (quando tal não resulte imperativamente da lei), assim como a definição das especificações técnico-jurídicas a respeitar devem passar pelo crivo da sua necessidade e de uma análise de custos (para os interesses dos concorrentes e para a própria Administração, por exemplo em termos de morosidade procedimental) e benefícios (para o interesse público divisado pela Administração) que demonstre, in fine, a proporcionalidade da opção a tomar”.

A escolha do tipo de procedimento pressupõe a ponderação da sua adequação ao objeto da contratação⁸⁴.

O CCP, seguindo o disposto nas Diretivas⁸⁵ que transpôs, prevê que, para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar um dos seguintes tipos de

⁸³ Cfr. CEDOUA/Faculdade de Direito de Coimbra/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO Alves Correia, Antônio Barbosa de Melo, Pedro Gonçalves, Raquel G. Moniz e Dulce Lopes), *Contratação Pública Autárquica*, cit., pag. 58.

⁸⁴ João Henriques Pinheiro, *Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação*, CEDIPRE, 2011, pag. 46.

⁸⁵ O direito comunitário já se encontra a trabalhar com base nas propostas de diretivas (as comunicações COM (2011) 895 (diretiva 2004/17) e COM (2011) 896 (diretiva 2005/18)), mantendo os tipos de procedimentos constantes das anteriores diretivas, avançam com um novo tipo de procedimento, que se designa “parceria para a inovação”, que se destina ao desenvolvimento e à posterior aquisição, por parte das entidades públicas, dos produtos, obras ou serviços que resultem dessa parceria, desde que os níveis de desempenho e os custos a suportar com a aquisição a concretizar de seguida correspondam ao estabelecido previamente à adjudicação da parceria.

procedimentos⁸⁶:

- a) Ajuste direto;
- b) Concurso público;
- c) Concurso limitado por prévia qualificação;
- d) Procedimento de negociação;
- e) Diálogo concorrencial^{87 88}.

Em comparação com o RJEOP constatamos que se Eliminaram, os procedimentos de concurso limitado sem apresentação de candidaturas, a negociação sem publicação prévia de anúncio, e a consulta prévia.

Ainda quanto à escolha do tipo de procedimento pré-contratual, o CCP fixa no art.º 17º e seguintes, dois tipos de critérios:

- Critério que atende ao valor do contrato (artigos 17º a 21º do CCP);
- Critério que procede à escolha com base em critérios materiais (artigos 23º a 30º do CCP)⁸⁹.

Os art.º 31º a 33º do CCP definem outras regras para a escolha do tipo de procedimento em

⁸⁶ Os procedimentos pré-contratuais estão abrangidos pelo princípio da tipicidade dos procedimentos, como explica Rodrigo Esteves de Oliveira, "Os Princípios gerais da contratação pública", in Estudos da Contratação Pública I, Almedina, 2009, pag. 105 e ss.

⁸⁷ A legislação espanhola estabelece cinco tipos de procedimentos: procedimento aberto (em que qualquer interessado pode concorrer, ficando excluída a possibilidade de serem negociadas as condições do contrato com os concorrentes); procedimento restrito (em que apenas podem concorrer as empresas que, tendo em conta a sua solvência, sejam convidadas pela entidade adjudicante, ficando também excluída a negociação das condições do contrato); procedimento negociado (o contrato será adjudicado à empresa que, após várias auscultações, apresentar a melhor proposta, podendo negociar-se as condições desse contrato com um ou vários dos convidados); Dialogo competitivo (a entidade contratante conduz um processo em que são previamente selecionadas várias entidades a quem é solicitada a apresentação de soluções que satisfaçam as necessidades do adjudicatário, servindo essas soluções de base à apresentação das propostas pelos concorrentes selecionados); contratos menores (em que apenas a aprovação da despesa, que pode ser feita diretamente na fatura. Este tipo de contrato, que não pode ter uma duração superior a um ano, nem ser objeto de prorrogação, pode ser utilizado nas obras quando o valor das mesmas não ultrapassar os 50.000€ e nas aquisições de bens e serviços quando esse valor não ultrapassar os 18.000€).

⁸⁸ O Direito Brasileiro estabelece também vários tipos de procedimento: Concorrência (utilizado nos procedimentos de obras até ao valor de 588.177,52€), que é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto; Tomada de preços (utilizado nos procedimentos de obras até ao valor de 588.177,52€), que é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação; Convite (utilizado nos procedimentos de obras até 58.817,75€) que é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas; Concurso, que é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias; Leilão, que é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

⁸⁹ Os art.º 31º a 33º definem ainda outras regras de escolha do procedimento, aí se incluindo regras para a escolha do procedimento em função do tipo de contrato, regras para a escolha do procedimento para a formação de contratos mistos, e regras para a escolha do procedimento em função da entidade adjudicante.

função do tipo de contrato, e da entidade adjudicante⁹⁰.

Em regra, o órgão com competência para decidir contratar goza de discricionariedade na escolha do procedimento pré-contratual.

O revogado art.º 183º do CPA determinava que “com ressalva do disposto nas normas que regulam a realização de despesas públicas ou em legislação especial, os contratos administrativos devem ser precedidos de concurso público”.

Esta regra também decorre do art.º 28º da Diretiva 2004/18/CE, que postula que “para celebrarem os seus contratos públicos, as entidades adjudicantes aplicam os processos nacionais, adaptados para os efeitos da presente diretiva”, mais determinando que “devem celebrar esses contratos públicos recorrendo a concursos públicos ou limitados”.

Nas circunstâncias específicas previstas no artigo 29º da Diretiva, as entidades adjudicantes podem celebrar os seus contratos públicos mediante diálogo concorrencial.

Nos casos e nas circunstâncias específicas expressamente previstas nos artigos 30º e 31º da mesma Diretiva, podem as entidades adjudicantes recorrer a um procedimento por negociação, com ou sem publicação de anúncio de concurso.

O art.º 18º do CCP estabelece às entidades adjudicantes uma liberdade limitada, na medida em que a entidade adjudicante apenas pode exercer a escolha entre os procedimentos de ajuste direto, concurso público, e concurso limitado por prévia qualificação, ficando desde logo o valor do contrato a celebrar condicionado por essa escolha, de acordo com os limites que se encontram definidos, para cada tipo de procedimento, no art.º 17º e seguintes do CCP.

O fundamento para essa limitação é simples e assenta na necessidade de fixar maiores exigências e solenidade formal para processos com maior dimensão financeira, para além de se considerar que essa limitação também promove o respeito pelo princípio da concorrência.

No caso de aplicação do critério do valor do contrato para a definição do tipo de procedimento a adotar, devemos entender valor do contrato⁹¹ como o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas

⁹⁰ O art.º 31º define os critérios de escolha do procedimento em função do tipo de contrato; o art.º 32º define os critérios de escolha do procedimento para a formação de contratos mistos; o art.º 33º define os critérios de escolha do procedimento em função da entidade adjudicante.

⁹¹ Não se deverá confundir valor do contrato com preço do contrato, que se encontra definido no art.º 97º do CCP e consiste no preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato.

as prestações que constituem o seu objeto (art.º 17º n.º 1 do CCP).

Inclui-se também no valor do contrato o valor de quaisquer contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário, e ainda o valor das vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.

O valor do contrato, que tem de ser estabelecido pela entidade adjudicante imediatamente antes do início do procedimento, é o produto de uma estimativa a efetuar com base nos preços de mercado praticados à data a abertura do procedimento⁹².

No caso das empreitadas de obras públicas essa estimativa decorre do valor definido no projeto de execução.

A referida estimativa, designada de valor de contrato, terá uma função determinante no procedimento uma vez que é com base na mesma que se abrem os tipos de procedimento utilizáveis pela entidade adjudicante, e que se define o preço base⁹³, que funciona como um teto para o preço contratual.

É aqui que verifica uma mudança em relação ao anterior RJEOP. No anterior regime era aplicada a regra segundo a qual, os procedimentos pré-contratuais eram escolhidos em função do valor estimado do contrato a celebrar. Com o CCP as entidades adjudicantes não têm de adotar determinados procedimentos em função do valor estimado do contrato a celebrar, podendo escolher livremente entre o ajuste directo, o concurso público ou o concurso limitado, ficando contudo automaticamente condicionadas relativamente ao valor do contrato a celebrar.

Conforme vimos, a escolha entre o ajuste direto, o concurso público e concurso limitado por prévia qualificação não se encontra dependente da demonstração de quaisquer requisitos materiais previamente fixados na lei, ao contrário do que acontece com o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial (artigos 17.º a 21.º, 29.º e 30.º do CCP).

Nos casos em que se opta pela escolha de um procedimento tendo por base os critérios materiais o decisor deve enunciar a motivação da sua escolha, para que seja possível sindicar a prossecução do interesse público associado a essa escolha, e o respeito pelos princípios definidos

⁹² O valor do contrato deve ser definido como máximo rigor (o que depende também da qualidade do projeto) para que se evitem situações em que uma incorreta definição do referido valor determina a apresentação de todas acima desse valor, ou a apresentação de propostas acima do valor do mercado, para se aproximarem do valor definido pela entidade adjudicante.

⁹³ Por preço base entende-se, de acordo com o disposto no art.º 47º do CCP, o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato.

no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, onde se inclui a transparência, a igualdade e a concorrência.

O valor do contrato não inclui IVA, como determina o disposto no art.º 473º do CCP, sendo que o valor da proposta também deverá ser apresentado sem IVA, somando-se-lhe a taxa de IVA que se verificar em vigor à data da emissão das faturas.

No quadro seguinte podemos, de uma forma esquemática, verificar quais os limites do valor do contrato para a escolha do tipo de procedimento que se pretende adotar:

Quadro 5

Tipo de procedimento		Tipo de contrato		Valor máximo
Ajuste Direto	Empreitada de obras públicas	Geral		150.000,00€
		Entidade adjudicante – Banco de Portugal ou uma das referidas no art.º 2º, 2 CCP		1.000.000,00€
	Locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços	Geral		75.000,00€
		Entidade adjudicante – Banco de Portugal ou uma das referidas no art.º 2º, 2 CCP		Valor referido no art.º 7º b) da Diretiva*
		Contratos de aquisição de planos, de projetos ou de criações conceptuais nos domínios da arquitetura ou da engenharia, a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no art.º 2º, 2 CCP		25.000,00€
	Outros tipos de contrato, salvo contratos de concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos e de sociedade (art.º 21º CCP)			100.000,00€
Qualquer tipo de contratos, salvo contratos de concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos de sociedade			Sem valor	
Concurso Público e concurso limitado por prévia qualificação	Com publicação de anúncio no JOUE	Qualquer valor, independentemente do tipo de contrato		
	Sem publicação de anúncio no JOUE, em que a entidade adjudicante seja o Estado	Qualquer valor nas empreitadas e em outros tipos de contrato, salvo contratos de concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos e de sociedade (art.º 21º CCP)		
	Sem publicação de anúncio no JOUE, em que a entidade adjudicante seja o Estado	Contratos de locação ou de aquisição de bens móveis excepcionados pelo anexo V da Diretiva* nos domínios da defesa; contratos de aquisição de serviços tendo por objecto serviços de investigação e desenvolvimento, de transmissão de programas televisivos, e emissões de rádio, de interconexão e serviços integrados de	Valor inferior ao referido no art.º 7º, c da Diretiva*, no caso de empreitadas de obras públicas	
Valor inferior ao referido no art.º 7, b) da Diretiva*, nos contratos de Locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços				
Qualquer valor nos outros tipos de contrato, salvo contratos de concessão				

		telecomunicações e serviços mencionados no anexo II da referida Diretiva	de obras públicas, concessão de serviços públicos e de sociedade (art.º 21º do CCP)
	Sem publicação de anúncio no JOUE, em que entidade adjudicante não seja o Estado	Valor inferior ao referido no art.º 7º, c da Diretiva*, no caso de empreitadas de obras públicas	
		Valor inferior ao referido no art.º 7, b) da Diretiva*, nos contratos de Locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços	
		Qualquer nos outros tipos de contrato, salvo contratos de concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos e de sociedade (art.º 21º do CCP)	

* Diretiva n.º 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004, do PE e do Conselho, de 31 de Março de 2004

No que diz concretamente respeito ao procedimento de ajuste direto, o CCP veio alargar de forma exponencial os valores máximos para a adoção deste procedimento, colocando, no nosso entendimento, em causa os supra citados princípios da transparência, igualdade e concorrência.

Com efeito, no caso das empreitadas de obras públicas verificou-se um aumento desse limite nos ajustes diretos em 600%⁹⁴.

Para além da definição de limites à utilização do procedimento de ajuste direto bastante elevados, verifica-se ainda que foram criados regimes excepcionais à sua utilização. No caso das empreitadas de obras públicas, com a publicação do Decreto-Lei 34/2009, de 6 de Fevereiro, estabeleceram-se medidas excepcionais de contratação pública, aplicáveis aos procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação e de ajuste direto, destinados à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, necessários para a concretização de obras nas seguintes áreas:

- a) Modernização do parque escolar;
- b) Energias renováveis, eficiência energética e redes de transporte de energia;
- c) Modernização da infraestrutura tecnológica – Redes Banda Larga de Nova Geração;
- d) Reabilitação urbana.

O regime imposto pelo citado Decreto-Lei 34/2009 era aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos cuja decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2010.

Ainda no procedimento de ajuste direto constate-se que o CCP não impõe qualquer limite (nem mínimo, nem máximo) para o número de entidades a convidar, podendo dar-se o caso de ser

⁹⁴ Com o RJEOP o limite para recurso ao ajuste direto (atendendo ao critério do valor do contrato) nas empreitadas de obras públicas era de 25.000,00 Euros (cfr. alínea d) do n.º do art.º 48º), ao passo que com o CCP o limite para o recurso ao ajuste direto é de 150.000,00 Euros (cfr. N.º 1 do art.º 19º do CCP).

convidada apenas uma entidade, o que, na nossa opinião, se traduz numa clara ameaça ao cumprimento dos citados princípios da transparência e concorrência.

De acordo com os dados retirados no portal BASE⁹⁵, o valor dos contratos de empreitadas de obras públicas celebrados em 2011, na sequência de procedimentos de ajuste direto totalizam 610.328.324,15€, para um total de 7918 adjudicações, tendo as entidades adjudicantes recorrido ao concurso público para celebrar contratos num valor total que ascendeu a 762.594.328,32€, para um total de 1100 adjudicações.

Destes dados desde logo se conclui que nos moldes atuais ditados pelo CCP o procedimento de ajuste direto deixou de ser um procedimento residual, passando a constituir, a par do concurso público, o procedimento mais utilizado na contratação pública.

Consideramos que esta realidade, consequente do CCP, que atribui ao procedimento de ajuste direto características que o tornam num dos dois tipos de procedimento mais utilizados, constitui uma mudança negativa, na medida em que o ajuste direto sempre teve um carácter de exceção, tendo passado agora a representar um procedimento regra, o que leva, inevitavelmente a práticas abusivas, difíceis de controlar⁹⁶, ainda que “legalmente legitimadas”.

Diga-se, que esta realidade não é exclusivamente Portuguesa, o mesmo se passando, por exemplo em França⁹⁷, em Espanha⁹⁸ ou no Brasil⁹⁹.

Fazendo uma breve análise estatística dos dados da contratação Portuguesa concluímos que, por comparação com ano de 2010, em 2011 ocorreu uma diminuição do valor total das

⁹⁵ www.base.gov.pt

⁹⁶ Cfr. Paula Cristina Fragão Pereira, contributo para o estudo da transposição das directivas comunitárias sobre contratos públicos de fornecimentos e empreitadas de obras públicas. o caso Português, Coimbra, 1994 pag. 52.

⁹⁷ Cfr. Andre de Laubadere, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, Traite de Droit Administratif, Tome 1, 11^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, p. 632 : « *Ces hypothèses sont si nombreuses que, dans le pratique, le marché négocié apparaît comme la solution la plus fréquente, du moins en nombre de marchés conclus chaque année.* »

⁹⁸ Cfr. José Antonio Moreno Molina: “*El recurso a la contratación directa, pese a su carácter excepcional en la legislación sobre contratos (...) presentaba unos caracteres especialmente preocupantes en España, onde la Administración central adjudicó en 1990, por medio de dicho procedimiento, más de la mitad de los contratos públicos d obras y de suministro. En efecto, según el Tribunal de Cuentas, el sistema de contratación directa, cuya utilización debería ser rigurosamente excepcional (...) fue utilizado en 898 de las 1.467 contrataciones realizadas por todos los departamentos ministeriales en 1990 (...)*” (in NUEVO REGIMEN DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA – Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999, Editora La Ley, p. 335).

⁹⁹ Cfr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “*Pelo trabalho e complexidade dos procedimentos licitatórios e o tempo que normalmente demandam, é fato incontestável que o administrador público busca normalmente fugir à realização do processo licitatório, elastecendo demais os termos utilizados pelo legislador ou abandonando alguns dos requisitos legais dos dispositivos que autorizam a contratação direta. A descrença na eficácia do instituto da licitação, a falta de treinamento dos recursos humanos envolvidos nas Comissões de Licitação e a impunidade freqüente para os que violam as prescrições sobre o tema, foram fatores que contribuíram para a formação em determinados sectores, dessa visão distorcida.*” (in Contratação Direta Sem Licitação, 6^a edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 214).

adjudicações¹⁰⁰. Concluímos ainda que no ano de 2010 o valor dos contratos celebrados na sequência de procedimentos de ajuste direto foi também inferior ao valor referente a contratos celebrados na sequência de concursos públicos. Com efeito, considerando os dados carregados no portal BASE, em 2010 o valor dos contratos celebrados na sequência de ajuste direto ascendeu a 1.462.475.826,00€, para um total de 11.139 adjudicações, enquanto o valor referente aos contratos celebrados na sequência de concursos públicos ascendeu a 2.339.934.091,00€, para um total de 1.929 adjudicações.

Se nos anos que vimos analisando e comparando, nos abstrairmos dos valores dos contratos e atentarmos no número de contratos, então concluímos que o ajuste direto surge como o procedimento mais utilizado, uma vez que dos 22.086 contratos efetuados no conjunto dos dois anos, 86% (o que equivale a 19.057) foram consequência de ajustes diretos, enquanto o concurso público foi usado em apenas 14% (o que corresponde a 3.029 situações).

De certa forma para compensar a discricionariedade concedida à entidades adjudicantes na escolha do número de entidades a consultar, no âmbito de um procedimento de ajuste direto, o legislador procurou garantir alguma seriedade e transparência ao referido procedimento, contemplando, no art.º 113º n.º 2, um “travão” para quando se pretenda optar sucessivamente na contratação com a mesma contraparte.

Assim, a entidade adjudicante, ao decidir convidar uma determinada entidade para apresentar uma proposta no âmbito de um procedimento de ajuste direto, deverá garantir que essa entidade não tenha já celebrado, nesse ano económico e nos dois anos económicos anteriores, contratos¹⁰¹ cujo objeto seja idêntico ou abranja prestações do mesmo tipo, e cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites do ajuste direto previstos nas alíneas a) do artigo 19º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 21º (150.000€ ou 1.000.000€ nas empreitadas de obras públicas, consoante a entidade adjudicante; 75.000€ ou 206.000€ nas aquisições de bens e serviços, consoante a entidade adjudicante).

Existe porém uma derrogação a esta regra prevista no art.º 113º n.º 2 do CCP. Assim, sempre que esteja em causa a celebração de contratos de aquisição de planos, de projetos ou de criações

¹⁰⁰ Tal como foi já referido no início deste texto, tem-se verificado, desde o ano de 2001, uma constante diminuição dos valores das contratações.

¹⁰¹ Como refere Jorge Andrade da Silva, Código dos Contratos Público, Comentado e Anotado, Almedina, 3ª edição, 2010, não está aqui em causa o tipo de contrato a celebrar (compra e venda, locação, etc) mas sim o tipo de prestações que integram o objeto do contrato a celebrar.

conceptuais nos domínios da arquitetura ou da engenharia, deixa de se aplicar a regra imposta pelo art.º 113º n.º 2 do CCP, na medida em que os valores limite para este tipo de contratos estão regulados no n.º 4 do art.º 20º.

Com efeito, a regra do citado art.º 113º não se refere a este último tipo de contratação¹⁰², o que nos parece algo contraditório, na medida em que o legislador por um lado limita o valor para o recurso ao procedimento de ajuste direto para a celebração de contratos relativos a este tipo de prestação (25.000,00€) e por outro lado não impõe o limite relativo à proibição a uma mesma entidade da acumulação de adjudicações através de ajuste direto.

Para melhor compreender a regra imposta pelo art.º 113º n.º 2 do CCP¹⁰³ iremos de seguida exemplificar a aplicação concreta da mesma.

Assim, se uma entidade adjudicar a uma determinada empresa, através de um procedimento de ajuste direto, uma empreitada no valor de 60.000,00€, no ano de 2010, seguindo-se em 2011 uma nova adjudicação pela mesma entidade à mesma empresa, no valor de 80.000,00€, também através de procedimento de ajuste direto, tal significa que essa entidade poderá, no ano de 2012, adjudicar à mesma empresa, através de ajuste direto, um outro contrato de empreitada de obras públicas, desde que o valor desse contrato seja inferior a 150.000,00€.

Na contabilização destes valores deve a entidade adjudicante ter ainda em consideração a regra constante do art.º 22º do CCP, relativa à divisão dos bens ou serviços em lotes, que claramente proíbe o fracionamento da despesa¹⁰⁴.

Quando uma determinada entidade ultrapassa os limites impostos no n.º 2 do art.º 113º do CCP (não contando para a definição desses valores o contrato que se pretende celebrar¹⁰⁵) fica impedida de ser convidada a apresentar proposta.

¹⁰² Miguel Lucas Pires, “Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste direto”, publicações CEDIPRE, Coimbra, 2010 e Miguel Nogueira de Brito, Ajuste Direto, in Estudos de Contratação Pública, Volume II, Coimbra Editora, 2010, pág. 319 e segs..

¹⁰³ Os valores a contabilizar serão apenas os valores dos contratos celebrados por ajuste direto cujo procedimento de contratação tenha sido iniciado depois de 29 de julho de 2008, data de entrada em vigor do CCP, uma vez que o art.º 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/08, de 29 de Janeiro determina que as regras impostas pelo CCP apenas se aplicam aos procedimentos de formação de contratos iniciados após a sua entrada em vigor..

¹⁰⁴ A legislação espanhola também proíbe o fracionamento, estabelecendo, de forma mais clara e direta, essa proibição, através do art.º 86º n.º 2 do Real Decreto Legislativo 3/2011, que postula, numa tradução livre, que não se poderá fracionar um contrato com o intuito de diminuir à quantia do mesmo e assim iludir as regras relativas ao procedimento a adotar Já a legislação brasileira distingue entre “parcelamento”, que também consiste na divisão do objeto do contrato e fracionamento, proibindo apenas esta última situação, que ocorrerá sempre que se proceda ao fracionamento de uma obra com o propósito de lhe aplicar um procedimento destinto daquele que seria aplicável (§ 5º do art. 23 da Lei 8.666/93).

Essa proibição aplica-se apenas no âmbito de procedimentos do mesmo tipo, ou seja, procedimentos de ajustes diretos escolhidos com base no critério do valor do contrato.

Os limites impostos pelo referido n.º 2 do art.º 113º do CCP não se colocam quando se recorre ao procedimento de ajuste direto por aplicação dos critérios materiais ou de outros critérios previstos no CCP.

Da análise do n.º 2 do art.º 113º do CCP muitas dúvidas se têm levantado sobre a definição de “prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar”.

Com efeito, o limite imposto no referido normativo legal depende diretamente do que for considerado como prestação do mesmo tipo ou idêntica à do contrato a celebrar, o que se traduz em mais um conceito de conteúdo indeterminado, que, naturalmente, possibilita várias interpretações.

Alguns autores têm defendido que por prestações do mesmo tipo se deve entender prestações semelhantes ou análogas, sendo que essa definição deverá ser efetuada caso a caso, podendo as entidades adjudicantes recorrer à nomenclatura CPV, constante do regulamento (CE) n.º 213/2008 da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, apoiando-se nas subdivisões dos numerosos códigos, para apurarem, com maior objetividade, quais as prestações que se devem considerar como do mesmo tipo¹⁰⁶.

Outros Autores têm também entendido que se poderá utilizar para definir prestação do mesmo tipo ou idêntica a classificação da despesa pública atualmente em vigor, constante do anexo II ao Decreto-Lei n.º 26/2002, de 14 de Fevereiro¹⁰⁷.

Defende Miguel Lucas Pires¹⁰⁸, no que toca às empreitadas de obras públicas, ser possível ponderar a aplicação de três tipos de critérios para aferir o que se deverá considerar como prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar.

O primeiro critério assentaria da utilização das categorias de alvarás indispensáveis para o exercício dessa atividade, considerando-se prestação idêntica a que exigir o mesmo tipo/categoria de alvará.

¹⁰⁶ Cfr. Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Dente, Código dos Contratos Públicos Comentado, Volume I, Almedina 2009, pág. 347, Jorge Andra de e Silva, Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado, Almedina, 2010, págs. 404 e 405 e Miguel Nogueira de Brito, Ajuste direto, in Estudos de Contratação Pública, Volume II, Coimbra Editora, 2010, pág. 319 e segs

¹⁰⁶ Cláudia Viana, “O procedimento de ajuste direto no Código dos Contratos Públicos e a sua aplicação às autarquias locais”, Revista de Direito Regional e Local n.º 6, 2009, pag. 15.

¹⁰⁷ O Decreto-Lei 26/2002, de 14 de Fevereiro, aprova os códigos de classificação económica das receitas e das despesas públicas, bem como define a estrutura da classificação orgânica aplicável aos orçamentos e contas.

¹⁰⁸ Cfr. Miguel Lucas Pires, Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste direto, publicações CEDIPRE, Coimbra, 2010, pag. 12 e 13.

O segundo critério determinaria que a contabilização dos valores seria efetuada de forma autónoma para cada tipo de categoria de obra conforme a definição de obra pública constante do n.º 2 do art.º 343º do CCP¹⁰⁹.

Por último, e ainda segundo Miguel Lucas Pires, poder-se-ia recorrer aos vários conceitos de obra constantes do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei 555/99, revisto¹¹⁰.

Consideramos que a adoção de qualquer um dos referidos critérios levaria à total desvirtuação do espírito subjacente à definição do regime previsto no citado art.º 113º do CCP, e nessa sequência de alguns dos princípios que constituem os pilares da contratação regulada pelo CCP, entre os quais se destacam os da transparência e da concorrência¹¹¹.

Entendemos que a regra imposta pelo n.º 2 do art.º 113º do CCP deverá ser interpretada no sentido de se considerar que prestações do mesmo tipo ou idênticas, no caso das empreitadas de obras públicas serão todas as que resultarem na celebração de um contrato de empreitada de obras públicas.

Assim, as entidades adjudicantes só poderiam convidar determinadas entidades utilizando o procedimento de ajuste direto para a formação de contratos de empreitadas desde que essas entidades não tivessem celebrado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de ajuste direto adotado nos termos do disposto na alínea a) do artigo 19º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 21º, outros contratos relativos à

¹⁰⁹ Os limites do art.º 113º n.º 2 seriam aferidos autonomamente para cada tipo de construção levada a efeito, consoante se tratasse de construção, de reconstrução, de ampliação, de alteração ou adaptação, de conservação, de restauro, de reparação, de reabilitação, de beneficiação e de demolição de bens imóveis.

¹¹⁰ De acordo com o art.º 2º do RJUE, podemos ter os seguintes tipos de obras: «Obras de construção» as obras de criação de novas edificações; «Obras de reconstrução sem preservação das fachadas» as obras de construção subsequentes à demolição total ou parcial de uma edificação existente, das quais resulte a reconstituição da estrutura das fachadas, da cêrcea e do número de pisos; «Obras de ampliação» as obras de que resulte o aumento da área de pavimento ou de implantação, da cêrcea ou do volume de uma edificação existente; «Obras de alteração» as obras de que resulte a modificação das características físicas de uma edificação existente ou sua fração, designadamente a respetiva estrutura resistente, o número de fogos ou divisões interiores, ou a natureza e cor dos materiais de revestimento exterior, sem aumento da área de pavimento ou de implantação ou da cêrcea; «Obras de conservação» as obras destinadas a manter uma edificação nas condições existentes à data da sua construção, reconstrução, ampliação ou alteração, designadamente as obras de restauro, reparação ou limpeza; «Obras de demolição» as obras de destruição, total ou parcial, de uma edificação existente; «Obras de urbanização» as obras de criação e remodelação de infraestruturas destinadas a servir diretamente os espaços urbanos ou as edificações, designadamente arruamentos viários e pedonais, redes de esgotos e de abastecimento de água, eletricidade, gás e telecomunicações, e ainda espaços verdes e outros espaços de utilização coletiva.

¹¹¹ Acompanhando Jorge Andrade Silva, Códigos dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado, 3ª Edição, 2010, Almedina, pag. 405, entende-se que as restrições impostas pelo art.º 113º n.º 2, 3 e 5 do CCP revelam uma evidente preocupação de salvaguardar os princípios de atuação da administração pública, designadamente os que mais têm a ver com a contratação: da legalidade, da justiça, da transparência, da imparcialidade, da prossecução do interesse público, da boa administração, da boa fé, da tutela da confiança e da igualdade.

execução de empreitadas de obras públicas, cujo valor total não tenha ultrapassado os limites impostos pelos citados normativos.

O mesmo se aplicaria, de forma autónoma, aos vários tipos de contratos tipificados no art.º 16º n.º 2 do CCP.

Assim sendo, consideramos que deverão ser entendidas como prestações idênticas ou do mesmo tipo todas as que decorram de contratos referentes ao mesmo tipo específico de contrato celebrado.

O CCP, ainda no que diz respeito aos ajustes diretos, exige a publicitação, no portal www.base.gov.pt, de todos os contratos celebrados através do recurso a este tipo de procedimento, atribuindo a esta publicação um carácter fundamental, uma vez que a mesma constitui condição de eficácia do contrato, designadamente para efeitos financeiros (art.º 127º do CCP¹¹²).

É certo que existe um subtipo de ajuste direto, denominado como simplificado (regulado nos artigos 128º e 129º do CCP), que não o exige, desde que estejam em causa contratos de locação e aquisição de serviços cujo valor não seja superior a 5 000,00€¹¹³.

Tal como refere João Henrique Pinheiro¹¹⁴, não é indiferente para os interessados, a opção, que incumbe ao órgão com competência para decidir contratar, entre o recurso a um procedimento de ajuste direto (convidando apenas um interessado), e um procedimento de concurso público, em que todos os interessados (que cumpram com os requisitos definidos pela entidade adjudicante e pelo CCP) possam apresentar-se a concurso.

Deste modo, sendo a escolha do tipo de procedimento efetuada com base em critérios materiais, a fundamentação dessa escolha servirá para enunciar o cumprimento dos requisitos que a lei prevê, permitindo a qualquer interessado aferir da correção e ou validade do ato de escolha do procedimento.

9 - ABORDAGEM SUCINTA AOS VÁRIOS TIPOS DE PROCEDIMENTOS

¹¹² Cfr. Art.º 127º refere que “A celebração de quaisquer contratos na sequência de ajuste direto deve ser publicitada, pela entidade adjudicante, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, sendo que essa publicitação é condição de eficácia do respetivo contrato, independentemente da sua redução ou não a escrito, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.”

¹¹³ Cfr. Art.º 128º n.º 3 segundo o qual o procedimento de ajuste direto regulado na presente secção está dispensado de quaisquer outras formalidades previstas no CCP, incluindo as relativas à celebração do contrato e à publicitação prevista no art. 127º do CCP.

¹¹⁴ João Henrique Pinheiro, “Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação”, CEDIPRE, 2011, pag. 46.

Todos os tipos de procedimentos pré-contratuais possuem uma tramitação própria, que poderá ter mais ou menos passos, que poderão ser mais ou menos complexos, dividindo-se todos estes procedimentos por várias fases¹¹⁵.

Como defende Pedro Gonçalves, os contratos públicos, entre os quais se inclui o contrato de empreitada de obras públicas, são o resultando da fusão de declarações de sujeitos diferentes, também são precedidos de uma série mais ou menos extensa de atos praticados e de diligências promovidas em vista da respetiva celebração ou conclusão¹¹⁶.

De seguida, e ainda que de forma sumária, passaremos a analisar cada um dos tipos de procedimentos pré-contratuais.

8.1 - AJUSTE DIRETO

O ajuste direto, como foi já referido, é um dos vários tipos de procedimento para formação de contratos públicos, caracterizando-se por ser um procedimento em que o co-contratante é escolhido independentemente de concurso, ou seja, neste tipo de procedimento a entidade adjudicante convida diretamente uma ou várias entidades a apresentarem proposta, podendo prever-se a negociação de aspetos referentes à própria execução do contrato¹¹⁷.

O ajuste direto está precisamente no oposto do concurso público, no que diz respeito ao universo subjetivo, na medida em que, ao contrário do concurso público, em que todos os interessados que reúnam os requisitos podem apresentar proposta, neste tipo de procedimento apenas podem apresentar propostas as entidades que tenham sido convidadas a fazê-lo pela entidade adjudicante.

O ajuste direto pode assumir as seguintes variedades:

Com um convidado

Com vários convidados

Regime Geral

Regime simplificado

¹¹⁵ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008, pág. 92.

¹¹⁶ Cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos (sumários desenvolvidos)* Coimbra, 2010, pag. 25.

¹¹⁷ O art.º 1º n.º 11) da Diretiva 18/2004/CE define na alínea d) um regime próximo do ajuste direto, denominado como "Procedimentos por negociação", que consiste num procedimento em que as entidades adjudicantes consultam os operadores económicos da sua escolha e negociam as condições do contrato com um ou mais de entre eles.

A tramitação processual do ajuste direto encontra-se regulada nos artigos 112º a 129º do CCP.

Refere Mário Esteves de Oliveira e outros¹¹⁸, que, mesmo no caso de ajustes diretos simples para escolha da entidade a contratar, há sempre lugar a um qualquer procedimento, necessário, pelo menos, para a fixação dos termos do contrato a celebrar ou das garantias a prestar e para a justificação da dispensa do uso de procedimentos concorrenciais mais formais, previstos na lei.

O art.º 114º do CCP determina que compete à entidade adjudicante, ao abrigo de um grande poder discricionário, decidir sobre a conveniência de convidar mais que uma entidade a apresentar propostas, competindo ainda ao órgão competente para tomar a decisão de contratar decidir sobre quais as entidades a consultar, indicando se opta por uma fase de negociação.

Assim, verifica-se que não há qualquer imposição legal relativamente ao número de entidades a convidar¹¹⁹, à exceção do limite imposto pelo art.º 113º n.º 2 do CCP¹²⁰.

Este tipo de procedimento, que se pode designar como sendo um procedimento fechado¹²¹, em que é concedida total discricionariedade à entidade adjudicante, não poderá ser classificado como um procedimento que promove a concorrência do mercado.

O procedimento de ajuste direto pode ser escolhido em função do critério do valor do contrato, ou em função de critérios materiais.

Sempre que se verifique algum dos requisitos previstos nos art.º 24º e 25º do CCP, que definem os requisitos de aplicação dos critérios materiais, o procedimento de ajuste direto pode ser utilizado independentemente do valor do contrato.

Atendendo ao critério do valor do contrato, o procedimento de ajuste direto pode ser utilizado de acordo com os valores definidos no quadro 5.

¹¹⁸ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves, J. Pacheco Amorim, “Código de Procedimento Administrativo comentado”, Almedina, pag. 836.

¹¹⁹ O RJEOP impunha no art.º 48º n.º 2 alínea d) que, mesmo nos casos de ajuste direto, que se aplicava a empreitadas de valor inferior a 25.000,00 €, era obrigatória a consulta a pelo menos três entidades.

¹²⁰ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008, pág. 81 e 82, nos procedimentos de ajuste direto só podem apresentar propostas os interessados que tenham sido convidados para o efeito pela entidade adjudicante.

¹²¹ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “Os tipos de procedimentos pré-contratuais estabelecidos na lei correspondem a escalões mínimos de garantia de finalidades de concorrência e imparcialidade da administração; assim, a lei admite que, sendo à partida aplicável um tipo de procedimento fechado, a administração decida discricionariamente sujeitar-se a um procedimento aberto ou semi-aberto (concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação...)”, (in direito administrativo geral, Tomo III, editora Dom Quixote, p. 323).

Da análise efetuada a alguns regimes europeus que também traspuseram as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/2004, verifica-se que os valores previstos no CCP, para a utilização do ajuste direto com recurso ao critério do valor do contrato, são objetivamente superiores aos limites previstos nas legislações alemã¹²², francesa¹²³ e espanhola¹²⁴.

O memorando de entendimento celebrado com a Troika¹²⁵ impõe ao Governo Português a adoção de várias medidas, entre as quais se encontram algumas especificamente relacionadas com a matéria de contratação pública.

Da análise às medidas que a Troika pretende ver aplicadas em Portugal na área da contratação pública, verifica-se que estas visam modificar o enquadramento jurídico-nacional da contratação pública e melhorar as práticas de adjudicação, no sentido de assegurar um ambiente de negócios mais transparente e competitivo e de melhorar a eficiência da despesa pública, destacando-se entre essas medidas a limitação da utilização da figura do ajuste direto¹²⁶.

Nessa sequência, o Conselho de Ministros, realizado a 10 de Maio de 2012, aprovou um diploma que impõe alterações ao Código dos Contratos Públicos (CCP), visando o seu ajustamento ao disposto nas diretivas comunitárias, bem como o cumprimento do acordado no Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, firmado entre o Estado Português e a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu.

Este diploma¹²⁷ procederá à eliminação das exceções previstas no CCP relativas à aplicação integral do regime de contratação pública de que beneficiavam as instituições públicas de ensino superior constituídas sob a forma de fundação, os hospitais constituídos sob a forma de entidade pública empresarial, as associações de direito privado que prossigam finalidades, a título principal, de

¹²² A legislação alemã estabelece que, para contratos de aquisição de bens e serviços de valor compreendido entre os 6.000,00€ e os 26.000,00€ poderá recorrer-se ao procedimento de ajuste direto.

¹²³ A legislação francesa estabelece, no Code des Marchés Publics, a possibilidade de se utilizar um procedimento similar ao ajuste direto, sem publicidade nem concorrência, quando o contrato for inferior a 20.000,00€.

¹²⁴ Na legislação espanhola é permitido o recurso ao ajuste direto para contratos de empreitada de obras públicas de valor inferior a 50.000,00€, sendo que para outros contratos o valor está fixado nos 18.000,00€.

¹²⁵ Acordo celebrado entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu (BCE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), para a concessão de assistência financeira a Portugal.

¹²⁶ O Tribunal de Contas pronunciou-se sobre esta exigência do memorando de entendimento (Intervenção levada a efeito pelo Doutor Guilherme d'Oliveira Martins no 5º congresso nacional da contratação pública eletrónica, em 16/11/2011) manifestando concordância com a proposta constante do memorando, afirmando ainda, como tem vindo a sublinhar, considera que constitui uma prática de boa gestão, a consulta alargada ao mercado, recomendando que seja sustado o recurso à criação de regimes de exceção, a não ser em casos limite, devidamente justificados.

¹²⁷ Nesta data o referido diploma ainda não foi publicado.

natureza científica e tecnológica e os laboratórios do Estado, passando todas estas entidades a submeter-se, em pleno, ao regime jurídico de contratação pública, regulado no CCP.

Será igualmente revisto o regime de erros e omissões, para, segundo o comunicado do Governo, ser dada resposta a alguns dos problemas práticos que neste domínio se têm vindo a colocar às entidades adjudicantes e aos operadores económicos, designadamente quanto à clarificação do universo dos erros e omissões abrangidos pelo CCP e à insuficiência do prazo concedido às entidades adjudicantes para se pronunciarem sobre as listas de erros ou omissões elaboradas pelos interessados.

O art.º 40º do CCP define no n.º 1 que, nos ajustes diretos, as peças do procedimento serão, sem prejuízo do estabelecido para o regime simplificado regulado no art.º 128 do CCP, as seguintes:

- Convite à apresentação de propostas;
- Caderno de encargos;

O convite, terá de indicar todos os elementos constantes do art.º 115º n.º 1 do CCP, sendo que no caso de procedimentos em que sejam enviados convites a mais do que uma entidade, desse convite deverá ainda fazer parte a indicação sobre a possibilidade de as propostas serem objeto de negociação e também o critério de adjudicação e eventuais fatores e subfactores que o densificam¹²⁸.

O mesmo art.º 115º estabelece no n.º 4 que o convite deve ser formulado por escrito e acompanhado pelo caderno de encargos, podendo ser entregue¹²⁹ diretamente ou enviado por correio ou ainda por qualquer meio de transmissão escrita e eletrónica de dados, devendo a entrega ou o envio ocorrer simultaneamente quando for convidada a apresentar proposta mais de uma entidade¹³⁰.

No ajuste direto a lei não estabelece prazos mínimos para a apresentação das propostas (art.º 115º n.º 1 alínea f) *à contrário*), pelo que o único limite a observar na determinação destes prazos é o do critério geral vertido no art.º 63º do CCP¹³¹.

¹²⁸ O Supremo Tribunal de Administrativo, num acórdão bastante polémico, de 02/11/2010, decidiu que No procedimento do ajuste direto para a formação de um contrato a fixação da valoração dos aspetos de um determinado critério já depois do conhecimento das propostas, como no caso em sede de Relatório preliminar, não viola o princípio da imparcialidade, considerando que a fixação daquela valoração neste momento só contribui para que os convidados tenham um melhor conhecimento das razões por que a Administração pontuou de certa forma determinado critério.

¹²⁹ Ao contrário do regime definido para os concursos públicos, no art.º 133º n.º 3 do CCP, nos ajustes diretos as peças do procedimento são disponibilizadas de forma gratuita.

¹³⁰ O cumprimento destas regras é especialmente importante num procedimento que se pretende mais simples, célere e informal, assim se assegurando o respeito pelos princípios da igualdade e da transparência.

¹³¹ O art.º 63º do CCP determina que o prazo a fixar para a apresentação das propostas no procedimento de ajuste direto deverá ter em conta o tempo necessário à sua elaboração, em função da natureza, das características, do volume e da complexidade das prestações objeto do contrato a celebrar, em especial dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, bem como

A aliena g) do n.º 1 desse mesmo art.º 115º refere que o convite deve indicar o modo de apresentação da proposta, devendo referir expressamente se a proposta deverá ser apresentada através de meio de transmissão escrita e eletrónica de dados, sempre que não se pretenda que a proposta seja apresentada via plataforma eletrónica¹³².

Conjugadas estas normas, pode-se concluir que, no caso de procedimentos que sigam o ajuste direto, não é obrigatório o uso da plataforma eletrónica, desde que em alternativa se utilizem sempre meios de transmissão eletrónica de dados (correio eletrónico) para a apresentação das propostas.

O art.º 117º do CCP permite que um agrupamento de pessoas coletivas ou singulares apresente uma proposta, no âmbito de um procedimento de ajuste direto, ainda que o convite tenha sido enviado apenas a uma dessas entidades. Nesses casos, concretizando-se a decisão de adjudicar nesse agrupamento os membros que o compõem devem associar-se.

Contudo, um interessado não pode, em simultâneo, e no âmbito de um mesmo procedimento, apresentar uma proposta isoladamente e integrar um agrupamento, nem pertencer a mais do que um agrupamento.

Os agrupamentos, depois de criados, constituem uma personalidade jurídica única, respondendo cada um dos membros do grupo de forma solidária perante a entidade adjudicante pela manutenção da proposta. Também no que toca aos impedimentos legais que impendam sobre um dos membros de um agrupamento, e que constam do art.º 55º do CCP, se verifica que os mesmos se aplicam ao agrupamento no seu todo, pelo que a verificação de uma situação de impedimento num membro do agrupamento determina a exclusão desse agrupamento do procedimento e não apenas a exclusão desse membro do agrupamento.

Caso a adjudicação seja efetuada a um agrupamento impende sobre este a obrigatoriedade de se constituir como associação¹³³.

a necessidade de prévia inspeção ou visita a locais ou equipamentos, por forma a permitir a sua elaboração em condições adequadas e de efetiva concorrência.

¹³² É o art.º 62º n.º 1 do CCP que se refere à utilização das plataforma eletrónicas, aí constando que os documentos que constituem a proposta são apresentados diretamente na plataforma utilizada pela entidade adjudicante, através de meio de transmissão escrita e eletrónica de dados.

¹³³ A associação poderá ser feita através das seguintes modalidades: agrupamento complementar de empresas (A.C.E.); consórcio; associação em participação. O programa de procedimento deverá definir qual a modalidade a adotar, de acordo com o disposto no n.º 4 do art.º 54º do CCP.

O prazo para a constituição da associação é o prazo para a celebração do contrato, que de acordo com o disposto no art.º 104 n.º 1 do CCP, é de 30 dias, contados desde a notificação da adjudicação.

O não cumprimento desta determinação legal implica a caducidade da adjudicação, nos termos do disposto no art.º 105º n.º 1 do CCP, constituindo tal facto uma contraordenação grave, prevista e punida pelo art.º 457º c) do CCP.

O art.º 118º do CCP permite a existência de uma fase de negociações nos procedimentos de ajuste direto, cuja determinação deverá fazer parte integrante dos dados indicados no convite, devendo ainda referir-se, de forma expressa, quais os aspetos da proposta que poderão ser objeto de negociação.

A negociação aqui em causa é distinta do procedimento denominado negociação, previsto nos art.º 16º n.º 1 d) e 193º a 203º, todos do CCP.

Assim, esta negociação estabelecida entre a entidade adjudicante e os concorrentes, consiste num conjunto de discussões e compromissos, com apresentação de propostas e contrapropostas, relativas aos vários atributos da proposta que tenham sido considerados como objeto de negociação.

Nesta fase de negociações, tal como sucedeu no procedimento de negociação, é dada ampla liberdade ao Júri para conduzir como entender este momento, podendo decorrer em separado ou em conjunto com todos os concorrentes.

Este momento, aparentemente mais informal, culmina necessariamente com a entrega de uma nova versão final da proposta.

No caso de procedimentos de ajuste direto em que exista mais do que uma proposta, o Júri, após a realização da fase da negociação (quando esta se verifique), ou após a receção das propostas, elabora um relatório preliminar, do qual deverá fazer parte uma descrição analítica das propostas apresentadas e a ordenação das mesmas, de acordo com a aplicação do ou dos critérios de adjudicação.

Desse relatório preliminar constará a identificação dos vários concorrentes e das respetivas propostas, bem como a referência a eventuais exclusões de candidatos que não cumpram com os requisitos de admissão estabelecidos nas peças do procedimento e que decorram da aplicação do art.º 146º n.º 2 e 3 do CCP, e ainda a referência a eventuais esclarecimentos prestados pelos concorrentes.

O referido relatório preliminar, que constitui um projeto de decisão, será notificado a todos os concorrentes, fixando-se-lhes um prazo, não inferior a cinco dias, para que se pronunciem sobre o teor do mesmo, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia¹³⁴.

Finda a fase da audiência prévia¹³⁵, o Júri elabora o relatório final.

Nesse relatório final o Júri procede à análise e avaliação do alegado pelos concorrentes que se pronunciaram no âmbito da audiência prévia, mantendo ou modificando o sentido do relatório preliminar, conforme o resultado da análise do alegado pelos concorrentes.

O Júri pode no relatório final, e ainda que tal não conste do relatório preliminar, propor a exclusão de qualquer proposta, desde que se confirme a aplicação de algum dos motivos previstos no art.º 146º n.º 2 e 3 do CCP.

O art.º 124º do CCP determina que sempre que do relatório final resultar a exclusão de algum dos concorrentes que não haviam sido no relatório preliminar, ou a alteração da ordenação das propostas, proceder-se-á a nova audiência prévia e à emissão de um novo relatório final, para que os concorrentes possam pronunciar-se sobre o novo projeto de decisão.

O relatório final servirá de base à decisão que irá ser tomada pelo órgão competente para contratar, embora esse órgão não esteja vinculado aos termos constantes do projeto de decisão apresentado pelo Júri.

O relatório final é enviado a todos os concorrentes, dele devendo constar a notificação¹³⁶ da decisão de adjudicação.

Determina o art.º 125º do CCP que nos procedimentos de ajuste direto em que apenas tenha sido solicitada ou apresentada uma única proposta não haverá lugar à elaboração de relatório preliminar ou relatório final, sendo apenas elaborada uma informação pelos serviços da entidade adjudicante, que servirá de base à decisão que irá ser tomada pelo órgão competente para contratar.

O art.º 127º do CCP¹³⁷ postula que a celebração de quaisquer contratos, decorrentes da tramitação de um procedimento de ajuste direto, deve ser publicitada, pela entidade adjudicante, no

¹³⁴ O RJEOP foi o primeiro regime jurídico aplicável às empreitadas de obras públicas que determinou a obrigação de se cumprir, antes da prolação da decisão de adjudicar, a audiência prévia dos interessados, o que decorria do art.º 101º daquele diploma.

¹³⁵ O direito de audiência prévia, também previsto no CPA (art.º 100º), é aplicável a todos os procedimentos administrativos, mesmo aos especiais, e constitui um pilar do Estado de direito e da conceção político-constitucional sobre as relações entre a administração e os particulares, como refere Mário Esteves de Oliveira e outros, Código do Procedimento Administrativo, Comentado, 2ª edição, Almedina, pag. 452.

¹³⁶ As notificações devem, de acordo com o disposto no art.º 467º do CCP, serem efetuadas através de correio eletrónico ou de outro meio de transmissão escrita e eletrónica de dados, devendo as restantes comunicações entre os vários intervenientes no procedimento ser concretizadas através de correio eletrónico ou de outro meio de transmissão escrita e eletrónica de dados.

portal da Internet dedicado aos contratos públicos, através do preenchimento e carregamento de uma ficha, cujo modelo consta do anexo III do CCP¹³⁸.

O cumprimento desta obrigação é condição de eficácia do contrato.

Nestes procedimentos, que se podem classificar como sendo mais simples e referentes a aquisições com um valor de contrato mais baixo, não é exigida a apresentação dos documentos de habilitação previstos no art.º 81º do CCP¹³⁹, podendo, contudo, a entidade adjudicante exigir ao adjudicatário a apresentação de qualquer um dos documentos aí previstos. Contudo, será sempre exigida a apresentação, pelo adjudicatário, de declaração comprovativa de que não se encontra na situação prevista na alínea i) do art.º 55º do CCP.

O procedimento de ajuste direto pode ainda seguir um regime simplificado, cujas regras se encontram reguladas nos art.º 128º e 129º do CCP.

Este tipo específico de procedimento de ajuste direto constitui um procedimento ultra-simplificado, que se destina a processos de aquisição ou locação de bens móveis ou aquisição de serviços cujo preço contratual não seja superior a 5.000 Euros¹⁴⁰.

Trata-se de um procedimento que dispensa quaisquer formalidades, em que a entidade adjudicante se limita a conferir a fatura comprovativa da aquisição.

Este tipo de procedimento não se aplica às empreitadas de obras públicas.

No quadro seguinte podemos ver quais os termos e condições relativas ao procedimento de ajuste direto simplificado.

Quadro 6

Ajuste Direto simplificado	
Âmbito	Aquisição de bens móveis e serviços
Pressuposto	Preço não superior a 5.000 Euros
Condições	Prazo de vigência não superior a 1 ano, nem prorrogável (excepto obrigações acessórias)
	Preço não passível de revisão

¹³⁷ Cumprindo com o disposto no art.º 41º n.º1 da Diretiva 2004/17/CE e art.º 35º n.º 4 da Diretiva 2004/18/CE.

¹³⁸ Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Almedina, 2007, pág. 240.

¹³⁹ O art.º 126º do CCP postula que ao ajuste direto não é aplicável o disposto no artigo 81º do CCP.

¹⁴⁰ O direito Brasileiro também prevê um regime simplificado (designado de dispensa de licitação) para obras e serviços de engenharia de valor até 10% de 58.817,75, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente.

	Ausência de formalidades (incluindo publicitação da ficha no www.base.gov.pt)
	Conta para efeitos do limite trienal (art.113.º, n.º 2 do CCP)
	Não há lugar à celebração de contrato

8.2 - CONCURSO PÚBLICO

O concurso público, que se pode dividir em processo normal ou urgente, corresponde a um procedimento adjudicatório em que qualquer interessado pode, desde que cumpra com os requisitos legais, apresentar uma proposta para a celebração do contrato, tratando-se assim de um procedimento aberto¹⁴¹, em que todos os que reúnam os requisitos normativos exigidos podem apresentar propostas¹⁴².

Nas palavras de Margarida Olazabal Cabral¹⁴³, o concurso público consiste no “procedimento administrativo formal e transparente de escolha do co-contratante e de escolha de uma proposta de contrato, mediante o qual a Administração torna públicas, a sua intenção de contratar e as condições em que o pretende fazer, vinculando-se àquilo que anunciou, e dispondo-se a aceitar, num regime de concorrência, a proposta do concorrente que considere mais vantajosa, no respeito da igualdade entre todos os proponentes.”

O concurso público não tem especiais condicionantes à sua utilização, pelo que, juntamente com o ajuste direto, é o tipo de procedimento normalmente utilizado para a adjudicação de contratos públicos.

Como bem expõe Diogo Freitas do Amaral¹⁴⁴, o concurso público é o “sistema que melhor garante tanto o direito de livre acesso dos particulares à contratação pública, como a seriedade, transparência e isenção da escolha a efetuar pela Administração, na base de uma efetiva igualdade de oportunidades entre todos os interessados.”

¹⁴¹ A jurisprudência do Tribunal de Contas tem defendido que “o procedimento concorrencial aberto garante, em boa medida, a salvaguarda dos princípios da igualdade e da concorrência e, ainda, os princípios da transparência e da publicidade”. Por outras palavras, “só através de procedimentos concorrenciais abertos, e respeitando princípios como os da igualdade e da concorrência, é que se garante, a todos os potenciais interessados em contratar, quer o mais vasto acesso aos procedimentos, quer a mais ampla observância de outros princípios que estão intimamente relacionados com aqueles: o da transparência e o da publicidade”.

¹⁴² O art.º 1º n.º 11 a) da Diretiva 18/2004/CE define concurso público como sendo o “procedimento em que qualquer operador económico interessado pode apresentar uma proposta.

¹⁴³ Cfr. Margarida Olazabal Cabral, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Editora Almeida, Coimbra, 1997, pag. 17 e 18.

¹⁴⁴ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo III*, Almedina, pag. 596

O concurso público, desde que seja publicitado no JOUE, permite a celebração de contratos sem limite de valor. Caso não se proceda a essa publicitação, o valor do contrato a celebrar na sequência de um concurso público não pode ultrapassar os limiares comunitários¹⁴⁵.

Nos casos em que se puder optar pelo procedimento de ajuste direto, por via da aplicação de critérios materiais (art.º 24º a 27º do CCP), poderá também escolher-se o concurso público sem publicação no JOUE, independentemente do valor do contrato a celebrar, uma vez que a faculdade que a entidade adjudicante possui a faculdade de escolher um procedimento com um formalismo mais exigente.

Tal como se retira do supra exposto, o concurso público é o procedimento que mais favorece a livre concorrência, na medida em que não impõe limites ao número de candidatos que venham a apresentar propostas.

O concurso público é objeto de publicação no Diário da República, através de Anúncio¹⁴⁶, podendo a entidade adjudicante, para além da referida publicitação obrigatória, dar publicidade ao aviso através de outros meios de divulgação (jornais ou sitio da internet da entidade adjudicante).

Nos casos em que o valor do contrato ultrapassar os limiares comunitários¹⁴⁷ o aviso do concurso tem também de ser publicitado no JOUE.

No concurso público, segundo consta do art.º 40º do CCP, as peças que fazem parte integrante do procedimento são o programa de concurso e o caderno de encargos.

O programa de concurso, que consiste numa peça procedimental de natureza regulamentar, fixa, para conhecimento dos potenciais interessados, os termos e condições que têm de obedecer no decurso do procedimento concursal de formação do contrato, desde a sua abertura até à sua conclusão.

O programa de concurso tem de indicar os elementos referidos no art.º 132º do CCP¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Os limiares comunitários são referidos nos art.º 19º, 20º e 21º do CCP que remetem para o art.º 7º alínea c) da Diretiva 2004/18/CE.

¹⁴⁶ O anúncio deverá respeitar as regras impostas pela Portaria 701-A/2008, de 29 de Julho.

¹⁴⁷ As contratualizações públicas efetuadas desde 1 de Janeiro de 2012 têm de respeitar os seguintes limiares comunitários:
- Contratos de empreitadas de obras públicas – € 5.000.000 (em vez de € 4.845.000); Contratos de Locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços celebrados pelo Estado – € 130.000 (em vez de € 125.000); Contratos de Locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços celebrados pelas restantes entidades adjudicantes – € 200.000 (em vez de € 193.000); Contratos de Locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços celebrados no âmbito dos sectores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais – € 400.000 (em vez de € 387.000).

¹⁴⁸ O programa de concurso deve conter: A identificação do concurso; a entidade adjudicante; o órgão que tomou a decisão de contratar e, no caso de esta ter sido tomada no uso de delegação ou subdelegação de competência, a qualidade em que aquele decidiu, com menção das decisões de delegação ou subdelegação e do local da respectiva publicação; o fundamento da escolha do concurso público, quando seja feita ao abrigo do disposto no artigo 28.º; o órgão competente para prestar esclarecimentos; os documentos de habilitação,

Possui especial importância a obrigatoriedade que recai sobre a entidade adjudicante no sentido de indicar no programa de concurso todos os fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação e que constituem todos os fatores submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, devendo ainda ser referido o modelo de avaliação a utilizar pelo Júri para a avaliação das propostas.

Com o CCP o ato público de abertura de propostas desapareceu, uma vez que as propostas passam agora a ser carregadas e disponibilizadas numa plataforma eletrónica, sendo por esse meio que os concorrentes têm acesso às propostas entregues. Deste modo, verifica-se que com o CCP não existe ato público do concurso, estando a matéria relativa à admissão e exclusão de concorrentes e de propostas reservada para o relatório preliminar do júri, após a respetiva análise, nos termos do disposto no art.º 70º e seguintes do CCP¹⁴⁹.

No caso de um procedimento de concurso público para a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, os concorrentes preteridos podem¹⁵⁰ requerer a devolução do preço pago à entidade adjudicante pela aquisição das peças do procedimento (necessárias para se apresentar a concurso), desde que:

- A sua proposta não seja excluída ou retirada;
- O órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 79º;
- O órgão competente para a decisão de contratar revogar esta decisão com fundamento no n.º 2 do artigo 80º;
- O concorrente fique objetivamente impedido de celebrar o contrato na sequência da retificação ou da expressa aceitação de erros ou omissões das peças do concurso.

diretamente relacionados com o objeto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do artigo 81.º; o prazo para a apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário, bem como o prazo a conceder pela entidade adjudicante para a supressão de irregularidades detetadas nos documentos apresentados que possam levar à caducidade da adjudicação nos termos do disposto no artigo 86.º; os documentos referidos nos n.º 1 e 2 do artigo 57.º e no n.º 4 do artigo 60.º; os documentos que constituem a proposta que podem ser redigidos em língua estrangeira, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 58.º; se é admissível a apresentação de propostas variantes e o número máximo de propostas variantes admitidas; o prazo para a apresentação das propostas; o prazo da obrigação de manutenção das propostas, quando superior ao previsto no artigo 65.º; o critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os fatores e os eventuais subfactores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respectivo coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos fatores ou subfactores elementares, a respetiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais; o modo de prestação da caução ou os termos em que não seja exigida essa prestação de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 88.º; o valor da caução, quando esta for exigida nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 89.º; a possibilidade de adoção de um ajuste direto nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º, quando for o caso.

¹⁴⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04/11/2010, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵⁰ Esta possibilidade aplica-se apenas às situações expressamente enunciadas no art.º 134º do CCP.

As propostas, que são constituídas por um conjunto de documentos destinados a informar os termos em que o co-contrante se propõe a celebrar o contrato, têm de ser apresentadas no prazo¹⁵¹ que for estabelecido pela entidade adjudicante no programa de concurso, e que no caso de concursos públicos de empreitadas de obras públicas nunca será inferior a 20 dias, ou quando o aviso seja publicitado no JOUE, a 47 dias¹⁵².

O referido prazo de 20 dias pode ser reduzido até 11 dias em situações de manifesta simplicidade dos trabalhos necessários à execução da obra.

A entidade adjudicante pode, prorrogar o prazo para apresentação de propostas nas seguintes situações:

a) Quando as retificações ou os esclarecimentos previstos no artigo 50.º sejam comunicados para além do prazo estabelecido para o efeito;

b) Quando as retificações referidas no artigo 50.º, independentemente do momento da sua comunicação, ou a aceitação de erros ou de omissões do caderno de encargos nos termos do disposto no artigo 61.º, implicarem a alteração de aspetos fundamentais das peças do procedimento;

c) O pedido fundamentado de qualquer interessado que tenha adquirido as peças do procedimento;

d) Quando, por qualquer motivo, o programa do concurso ou o caderno de encargos não tiverem sido disponibilizados, nos termos do disposto no n.º 2, desde o dia da publicação do anúncio referido no n.º 1 do artigo 130.

As propostas têm obrigatoriamente de ser apresentadas na plataforma eletrónica.

Quando, pelas características da própria proposta, a mesma não possa ser carregada na plataforma, o concorrente pode, nos termos do disposto no art.º 62º n.º 5 do CCP, entregar a proposta e os documentos que a compõem em invólucro opaco e fechado¹⁵³.

¹⁵¹ O prazo para a apresentação das propostas é contado, nos termos do disposto no art.º 470º n.º 3 do CCP, de forma contínua, não se suspendendo aos sábados, domingos e feriados, ao contrário dos restantes prazos impostos pelo CCP relativos aos procedimentos de formação de contratos em que não se inclui na contagem o dia em que ocorrer o evento a partir do qual o prazo começa a correr; o prazo começa a correr independentemente de quaisquer formalidades e suspende-se nos sábados, domingos e feriados; o termo do prazo que caia em dia em que o serviço perante o qual deva ser praticado o ato não esteja aberto ao público, ou não funcione durante o período normal, transfere-se para o primeiro dia útil seguinte. (art.º 72.º do CPA)

¹⁵² O Tribunal de Contas, no processo 102.742/95, recusou o visto a um contrato de empreitada de obras públicas celebrado na sequência de um concurso público, fundamentando essa decisão no facto de ter verificado que o anúncio estabelecia um prazo, aos interessados, para apresentação das propostas, inferior ao limite mínimo estabelecido na lei.

¹⁵³ Nestes casos a proposta deverá ser entregue em envelope opaco e fechado, no rosto do qual se deve indicar a designação do procedimento e da entidade adjudicante, devendo ser entregue diretamente ou enviado por correio registado à entidade adjudicante,

Apresentadas e admitidas as propostas é aferido o mérito das mesmas, mediante a aplicação dos critérios de adjudicação constantes do programa de concurso, procedendo-se de seguida à sua ordenação.

O Júri, concluída a análise e avaliação das propostas, elabora o relatório preliminar, e promove a concretização da audiência prévia, sendo posteriormente elaborado o relatório final, sobre o qual é proferida a decisão de contratar.

O procedimento de concurso público poderá ainda incluir o leilão eletrónico (no caso de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços) e a negociação (no caso de contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos).

O CCP criou um novo tipo de concurso público, que designou como concurso público urgente, que se encontra regulado nos art.º 155º a 161º do CCP.

O RJEOP estabelecia nos art.º 126º a 128º a figura do concurso público urgente para as empreitadas de obras públicas, independentemente do seu valor, e desde que se tratasse de uma situação considerada como urgente, fixando um regime simplificado com abreviação de prazos.

A legislação anterior, nomeadamente o Decreto-Lei 197/99, de 8 de junho, não previam este tipo de procedimento (concurso público urgente) para a locação e aquisição de bens móveis e serviços. O CCP veio alterar o anterior regime, estabelecendo precisamente um regime contrário ao anterior, uma vez que não permite que a figura do concurso público urgente seja aplicado nas empreitadas de obras públicas.

Este tipo de procedimento pode ser utilizado quando se verificarem os seguintes requisitos:

- Tratar-se de um caso de urgência¹⁵⁴;
- Tratar-se de contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente para a entidade adjudicante;
- O valor do contrato a celebrar seja inferior a 193.000 € ou a 125.000 € (no caso do Estado);
- O critério de adjudicação seja exclusivamente o do mais baixo preço;

sendo, em qualquer caso, a respetiva receção ocorrer dentro do prazo fixado para a apresentação das propostas, procedendo-se ao registo por referência à respetiva data e hora.

¹⁵⁴ Analisada a jurisprudência do Tribunal de Contas verificamos que em vários acórdãos é desenvolvido conceito de urgência para efeitos de aplicação de um tipo de procedimento mais simplificado. Assim, no acórdão 2/2002, defende aquele Tribunal que a urgência deve ser decorrente de motivos imprevisíveis, não sendo suficiente que sejam imprevistos, antes devendo ter surgido de forma inopinada, motivada por acontecimentos não esperados. Já o acórdão 4/2005 refere que se terá de tratar de uma urgência categórica, a que não pode deixar de acorrer-se com rapidez.

O concurso público urgente, cujos prazos são significativamente mais curtos que os prazos do concurso público regime normal, pretende funcionar como um procedimento bastante expedito, o que se consegue do seguinte modo¹⁵⁵:

- O concurso é publicitado no Diário da República através de anúncio, do qual constam desde logo o programa do concurso e o caderno de encargos;

- O prazo mínimo para a apresentação de propostas pode ser reduzido até 24 horas, sendo que, em circunstâncias normais esse prazo não poderia nunca ser inferior a 9 dias ou, em caso de obras não manifestamente simples, a 20 dias;

- Não são admitidos pedidos de esclarecimentos para a boa compreensão e interpretação das peças do concurso;

- Não há lugar à identificação de eventuais erros ou omissões do caderno de encargos;

- Não se prevêem prorrogações do prazo para apresentação de candidaturas;

- Os concorrentes são obrigados a manter as suas propostas por apenas 10 dias, sem qualquer prorrogação;

- Os concorrentes não podem consultar as outras propostas apresentadas;

- Não há lugar à constituição de um Júri para conduzir o procedimento;

- Não é possível pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas;

- Não há lugar à prestação de caução para garantia da celebração do contrato e do exato e pontual cumprimento das obrigações dele decorrentes;

- O critério de adjudicação só pode ser o do mais baixo preço;

- Não são elaborados relatórios de análise das propostas;

- Não há lugar a audiência prévia antes de proferida a decisão de adjudicação;

- O adjudicatário deve apresentar os documentos de habilitação exigidos no prazo máximo de 2 dias a partir da notificação da adjudicação.

O concurso público urgente, como tem sido defendido pelo Tribunal de Contas¹⁵⁶, deve ser considerado como um mecanismo de natureza excecional, no âmbito do qual se prescinde de um conjunto de mecanismos que o legislador contemplou no procedimento de concurso público de regime

¹⁵⁵ Acórdão n.º 34/2011, de 6 de Dezembro de 2011, do Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, disponível em www.tcontas.pt

¹⁵⁶ Cfr. Acórdão n.º 15/2011- 5.JUL -1.ªS/PL, disponível em www.tcontas.pt

normal, com o objetivo de garantir efetivas condições de concorrência, transparência, igualdade e imparcialidade em simultâneo com a adequada satisfação das necessidades públicas. Tratando-se de uma modalidade procedimental que envolve uma significativa diminuição dessas garantias e do respeito pelos princípios aplicáveis à contratação pública, só deve ser utilizado em função de uma efetiva urgência que se sobreponha àqueles interesses e que, dessa forma, justifique a utilização dessa modalidade excepcional.

8.3 - CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO

O Concurso limitado por prévia qualificação constitui um procedimento em que qualquer interessado que reúna os requisitos legais pode candidatar-se à possibilidade de apresentar uma proposta para a celebração de contrato, sendo que só serão convidados a apresentar uma proposta os candidatos que sejam selecionados pela entidade adjudicante.

As peças que constituem este procedimento são o programa de procedimento, o convite à apresentação de propostas e o caderno de encargos.

Este procedimento é mais complexo que o concurso público, na medida em que decorre em duas fases:

1ª Fase - Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos;

2ª Fase - Apresentação e análise das propostas e adjudicação.

O programa de concurso, para além de ter de incluir tudo o resto que o CCP exige para os concursos públicos, deve indicar os requisitos mínimos relativos à capacidade técnica e à capacidade financeira que os candidatos têm de possuir para serem admitidos à fase de apresentação de propostas.

A qualificação pode ser feita através do método simples, em que são qualificados todos os candidatos que preencham os requisitos mínimos da capacidade técnica e financeira, ou através do método complexo, em que os candidatos serão escolhidos segundo o critério da maior capacidade técnica e financeira, conforme estabelece o art.º 181º do CCP.

A primeira fase terminará com a decisão de qualificação dos candidatos.

Em simultâneo com a decisão de qualificação dos candidatos será enviado àqueles que foram admitidos, um convite à apresentação de proposta, o que seguirá as regras impostas para o concurso público, devidamente adaptadas, e que já foram referidos neste texto.

8.4 - PROCEDIMENTO DE NEGOCIAÇÃO

O procedimento de negociação, regulado nos artigos 193º a 203º do CCP, consiste num procedimento adjudicatório em que a entidade adjudicante consulta um conjunto de entidades por si escolhidas e negocia as condições do contrato com um ou mais de entre as referidas entidades que para isso se qualificaram.

As peças que constituem este procedimento são o programa de procedimento, o convite à apresentação de propostas e o caderno de encargos.

Este procedimento divide-se nas seguintes fases:

- a) Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos;
- b) Apresentação e análise das versões iniciais das propostas;
- c) Negociação das propostas;
- d) Análise das versões finais das propostas e adjudicação.

Como se pode verificar este procedimento é muito semelhante ao concurso limitado por prévia qualificação (cujo regime se aplica subsidiariamente ao procedimento de negociação como determina o 193º do CCP), acrescentando neste tipo de procedimento uma fase da negociação das versões finais das propostas.

Os requisitos para a escolha deste tipo de procedimento decorrem do art.º 29º do CCP¹⁵⁷.

¹⁵⁷ De acordo com o disposto no art.º 29º do CCP, pode adoptar -se o procedimento de negociação para a celebração dos seguintes contratos: a) Contratos de empreitada de obras públicas, contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e contratos de aquisição de serviços, desde que, em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação cujo anúncio tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, ou em anterior diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º, e o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento; b) Contratos de empreitada de obras públicas, contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e contratos de aquisição de serviços cuja natureza ou condicionalismos da prestação que constitui o seu objeto impeçam totalmente a fixação prévia e global de um preço base no caderno de encargos; c) Contratos de empreitada de obras públicas a realizar apenas para fins de investigação, de experimentação, de estudo ou de desenvolvimento, desde que a realização dessas obras não se destine a assegurar a viabilidade económica das mesmas ou a amortizar os custos daqueles fins; d) Contratos de aquisição de serviços, nomeadamente de natureza intelectual ou dos serviços financeiros indicados na categoria 6 do anexo II -A da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, quando a natureza das respectivas prestações não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, mas a definição quantitativa de outros atributos seja adequada a

8.5 - DIALOGO CONCORRENCIAL

Este tipo de procedimento encontra-se regulado nos artigos 204^o a 218^o do CCP.

Qualquer interessado pode solicitar a sua participação no diálogo concorrencial. A entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos ao procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades. Depois de escolhida uma ou várias das soluções apresentadas serão as entidades convidadas a apresentar uma proposta.

Este procedimento é novo e caracterizando-se por ser especialmente flexível, e possibilitar a concorrência e a discussão entre vários candidatos sobre os vários aspetos da solução que deverão posteriormente ser vertidos para o contrato.

Este tipo de procedimento é essencialmente utilizado quando a entidade adjudicante pretende ultrapassar dificuldades próprias de sectores de atividade complexos e em constante evolução, como sucede, por exemplo, na área da tecnologia.

Trata-se, como referimos, de um procedimento concebido para os contratos particularmente complexos, o que torna tipo de processo bastante difícil, sendo por isso mesmo rara a sua utilização.

Este procedimento é essencialmente utilizado nos casos em que a entidade adjudicante pretende contratar mas não sabe bem o quê.

Assim, utiliza-se este procedimento quando a entidade não está segura da solução técnica mais adequada, ou quando não é capaz de determinar os recursos materiais necessários, ou, ainda, ou ainda quando não é capaz de definir, em termos suficientemente claros e precisos, a estrutura jurídica ou a estrutura financeira do contrato a celebrar.

Nestes casos, o diálogo concorrencial permite à entidade adjudicante, com a colaboração dos interessados, ir esclarecendo e determinando o objeto do contrato a celebrar (cfr. artigo 30.^o).

Este tipo de procedimento não pode ser adotado relativamente às atividades exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (cfr. artigo 33.^o, n.^o2).

essa fixação ou o preço seja o único atributo a ter em consideração na avaliação das propostas, tendo em conta os objectivos da aquisição pretendida; e) Contratos para cuja celebração pode ser adoptado, ao abrigo do disposto no artigo anterior, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação.

A entidade adjudicante, ao contrário do que sucede quando se utilizam os outros tipos de procedimento, não sabe, quando inicia o procedimento, qual a melhor solução para satisfazer as necessidades que originaram o procedimento.

O diálogo tem lugar entre o Júri e os candidatos qualificados, separadamente, regendo-se esse diálogo com o estrito respeito pela confidencialidade.

Esse diálogo terá como base uma memória descritiva elaborada previamente pela entidade adjudicante, sendo que cada candidato só pode apresentar uma solução.

O número de candidatos a qualificar pode ser desde logo definido pela entidade adjudicante, tendo essa decisão de constar do programa de concurso.

Depois de escolhida a melhor solução, elabora-se o caderno de encargos, sendo de seguida enviado um convite aos candidatos qualificados para que estes apresentem uma proposta, não podendo o prazo para apresentação dessas propostas ser inferior a 40 dias, como é imposto pelo art.º 218º do CCP.

10 - PREÇO

Diretamente associada à decisão de contratar está também a definição do preço.

O preço é o valor, expresso em moeda (Euro), que as partes contratantes atribuem às prestações que constituem o objeto do contrato.

É o preço que torna estes contratos celebrados no âmbito do CCP classificáveis como contratos onerosos.

Ao contrário do anterior regime aplicável às empreitadas de obras públicas, o atual, imposto pelo CCP, não distingue entre empreitada por preço global, único ou fixo, ou por série de preços e percentagem.

O atual regime, decorrente do CCP, impõe para as empreitadas de obras públicas um único caminho, estabelecendo que as mesmas deverão ser sempre celebradas por um preço global, em que o montante da remuneração relativa à completa execução do contrato é estabelecido aquando da formação do contrato, e constitui o preço contratual.

Os preços são indicados pelos concorrentes, através de algarismos e nesses valores não se deverá incluir o valor relativo ao IVA.

Os preços podem ainda ser indicados por extenso¹⁵⁸, sendo que nesses casos havendo divergência entre o preço indicado por algarismos e o preço indicado por extenso, prevalece este último.

O preço apresentado pelo concorrente deve já incluir os preços relativos aos trabalhos de suprimento de erros e omissões do caderno de encargos que tenham sido identificados no decurso do prazo para a apresentação das propostas e aceites pela entidade adjudicante.

É considerado anormalmente baixo o preço que seja inferior ao mínimo considerado como necessário para cobrir a realização das prestações contratuais fixadas, tendo por base os valores do mercado, o que suscita dúvidas à entidade adjudicante sobre a capacidade do proponente cumprir o contrato a celebrar.

A definição do valor abaixo do qual se considerará que o preço é anormalmente baixo pode constar do programa de procedimento, através da inclusão de um valor fixo, ou de uma percentagem ou fração do preço base, não estando limitada aos valores impostos supletivamente pelo CCP, podendo, por isso, definir valores superiores a esses.

No caso do programa de procedimento nada dizer sobre o preço anormalmente baixo, o CCP, no art.º 71º, define as seguintes regras:

- Havendo um preço base definido, será considerado como preço anormalmente baixo aquele que for igual ou inferior a:

- 40% do preço base, nos procedimentos para adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas;

- 50% do preço base, na adjudicação de outros contratos.

- Não havendo preço base, essa classificação resultará de decisão do órgão competente para a decisão de contratar, que terá de ser sempre devidamente fundamentada.

Dentro das várias definições de preço existentes para efeitos de aplicação do CCP temos ainda de fazer referência à definição de preço base.

Por preço base deve considerar-se, como determina o art.º 47º n.º 1 do CCP, o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o

¹⁵⁸ O anterior regime aplicável às empreitadas de obras públicas, constante do RJEOP, determinava no art.º 79º que o preço devia ser sempre indicado por extenso, sendo a este que se atende em caso de divergência com o expresso em algarismos.

objecto do contrato¹⁵⁹, constando a definição deste preço, obrigatoriamente, das peças do procedimento.

O preço base não pode sair dos limites definidos para o contrato a celebrar, imposto pelo art.º 17º n.º 1 do CCP, devendo o preço contratual situar-se dentro dos limites definidos pelo preço base, como decorre do art.º 70º n.º 1 alínea d), do CCP.

O preço base é o mais baixo dos seguintes valores:

- a) O valor fixado no caderno de encargos como parâmetro base do preço contratual;
- b) O valor máximo do contrato a celebrar permitido pela escolha do procedimento, quando este for adotado em função do valor (artigos 19.º, 20.º ou 21.º do CCP);
- c) O valor máximo até ao qual o órgão competente, por lei ou por delegação, pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar.

O preço base constitui, para a entidade adjudicante, a garantia de que não será obrigada a adjudicar por qualquer preço, o que constitui uma importante defesa da entidade adjudicante perante o dever de adjudicar constante do art.º 76º¹⁶⁰ do CCP.

A definição do preço base deve ser feita com base em critérios objetivos, sustentados e fundamentados, para que esta articulação entre o dever de adjudicar e o poder de excluir propostas que ultrapassem o preço base constitua uma real proteção para as entidades adjudicantes e não um entrave à obtenção da proposta economicamente mais vantajosa.

Questão que se pode colocar relativamente ao preço base, é a de saber se este pode ser alterado depois de ser definido e publicitado através do caderno de encargos. A referida questão está diretamente relacionada com as retificações impostas por pedidos de esclarecimentos formulados pelos interessados¹⁶¹ ou apresentados pela própria entidade adjudicante¹⁶², ou pela inclusão de erros e omissões¹⁶³, que impliquem alterações de aspetos fundamentais das peças do procedimento.

O CCP refere, no n.º 2 do art.º 64º, de forma expressa, que, nas situações atrás referidas, haverá lugar à prorrogação do prazo, no mínimo, por um período equivalente ao tempo decorrido

¹⁵⁹ A apresentação de propostas com um valor superior ao valor do preço base definido no procedimento determina, *ipso jure*, a exclusão da proposta, em cumprimento do estatuído no art.º 70º n.º 2 do CCP.

¹⁶⁰ Cfr. Art.º 76 do CCP que dispõe que, sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 79.º, o órgão competente para a decisão de contratar deve tomar a decisão de adjudicação e notificá-la aos concorrentes até ao termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas.

¹⁶¹ Cfr. Art.º 50 n.º 1 do CCP.

¹⁶² Cfr. Art.º 50º n.º 3 do CCP.

¹⁶³ Cfr. Art.º 61º n.º 4 do CCP.

desde o início do último quinto sexto do prazo para apresentação de propostas até à comunicação das rectificações ou à publicitação da decisão de aceitação de erros ou de omissões.

Contudo o referido dispositivo legal não se pronuncia sobre a possibilidade de ser alterado o preço base.

Consideramos, como defende José Manuel Oliveira Antunes¹⁶⁴, que o preço base poderá ser alterado, desde que se mantenham incólumes as limitações impostas pelas alíneas b) e c) do art.º 47º do CCP, ou seja, desde que com essa alteração não se ultrapassem os limites impostos pelas regras para a escolha do procedimento que têm como critério o valor do contrato a celebrar e contando que o novo preço base se mantenha dentro dos limites de competência para autorização de despesa que o órgão com competência para decidir contratar detém.

Afirma ainda o mesmo Autor que essa alteração ao preço base deverá ser objecto de publicitação, através de anúncio rectificativo, que deverá cumprir com as regras impostas pelo art.º 6º da Portaria 701-A/2008, de 29 de Julho¹⁶⁵.

Mais uma vez se verifica que para a correta aplicação das regras decorrentes do CCP é fundamental a existência de um bom projeto, na medida em que também para a definição do preço base tal se verifica essencial.

O valor do preço contratual¹⁶⁶ é relevante para efeitos de contabilização de valores das adjudicações efetuadas por ajuste diretos a uma determinada entidade adjudicatária, com vista a aferir se, de acordo com as regras impostas pelo art.º 113º n.º 2 do CCP¹⁶⁷, essas entidades podem continuar a ser consultas.

¹⁶⁴ José Manuel Oliveira Antunes, “Código dos Contratos Públicos, Regime de Erros e Omissões”, Almedina, 2009, pag. 80

¹⁶⁵ Cfr. Art.º 6º da Portaria 701-A/2008, segundo o qual a rectificação do conteúdo de um anúncio já publicado ou a sua anulação nos termos previstos no presente artigo implica a publicação de um novo anúncio, nos mesmos termos previstos para a publicação do anúncio retificado ou do anúncio que deva ser anulado

¹⁶⁶ O preço contratual só “nasce” após a adjudicação, uma vez que decorre do preço constante da proposta adjudicada e refere-se a um preço concretamente fixado por referência ao preço proposto pelo adjudicatário, mais se verificando que apenas está em causa o preço a pagar pela entidade adjudicante (não abrangendo preço a pagar por terceiros, contraprestações ou vantagens diretas). Podemos assim concluir que o preço contratual pode coincidir com o preço base e com o valor do contrato, mas o preço contratual não pode ser superior ao preço base nem ao valor do contrato, verificando-se que se a análise de uma proposta revelar que o preço contratual dela resultante seria superior ao preço base, a proposta deve ser excluída.

¹⁶⁷ Cfr. Art.º 113º do CCP que impõe limites à consulta de entidades no âmbito dos procedimentos de ajuste direto, determinando que não podem ser convidadas a apresentar propostas entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de ajuste direto adotado nos termos do disposto na alínea a) do artigo 19.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar, e cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas.

Para além do preço base e de preço contratual temos ainda a noção de valor do contrato que corresponde ao valor máximo do benefício económico¹⁶⁸ que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto.

Em súmula podemos afirmar que o preço base pode coincidir com o valor do contrato, mas o preço base não pode ser superior ao valor do contrato, sendo que deve ser excluída a proposta cujo preço ultrapasse o preço base (que este coincida ou seja inferior ao valor do contrato).

11 - JÚRI

Outra das decisões que é tomada pelo órgão com competência para decidir contratar, em simultâneo com a escolha do procedimento de adjudicação, e a aprovação das peças do procedimento, é a nomeação do Júri do procedimento.

Por uma questão de transparência a nomeação do Júri deve também constar do referido ato administrativo que determina o início do procedimento.

A indicação do Júri deverá constar do conjunto de elementos disponibilizados com as peças do procedimento¹⁶⁹.

O Júri do procedimento constitui um órgão colegial, composto por um número ímpar de membros, que terá de ter sempre um mínimo de três membros efetivos.

O Tribunal de Contas tem vindo a defender que o Júri deve ser nomeado concurso a concurso, por força do disposto no art.º 67 do CCP, considerando que dessa forma o princípio da imparcialidade fica mais protegido¹⁷⁰.

Contudo, e como decorre do acórdão de 19/09/2011, Proc. 06497/10 do Tribunal Central Administrativo Sul¹⁷¹, a tese de que a nomeação do Júri deverá ser concretizada concurso a concurso com alternância dos membros desse Júri tem argumentos de relevo, mas pode ser posta em causa,

¹⁶⁸ O benefício económico, como determina o n.º 2 do art.º 17º do CCP, deverá integrar preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros, o valor de quaisquer contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário e ainda o valor das vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.

¹⁶⁹ Vieira de Almeida & Associados. Código dos Contratos Públicos e Legislação Complementar - Guias de Leitura e Aplicação, Almedina, 2008, pag. 716.

¹⁷⁰ O que se verificava com o RJEOP, especialmente em entidades adjudicantes de pequena dimensão, era a nomeação de Júris que intervinham em todos os procedimentos, atendendo à necessidade de escolher técnicos com conhecimentos da área, e ao reduzido número de técnicos superiores, o que impedia a alteração permanente da constituição dos membros do Júris.

¹⁷¹ Disponível em www.dgsi.pt

uma vez que os referidos argumentos são reversíveis. Assim, e como consta do citado acórdão “Se o Júri for nomeado concurso a concurso, pode-se sempre suspeitar pela possibilidade de se ter arranjado um Júri especial para aquele concurso. E respeitará mais o princípio da imparcialidade nomear sempre o mesmo Júri, caso a caso, ou nomear previamente o Júri para todos os concursos? É defensável que nesta hipótese o princípio da transparência fica mais protegido. Aceitamos contudo que a solução ótima seja a de nomear um Júri concurso a concurso, devendo a entidade adjudicante tentar que o Júri vá variando ao longo dos vários concursos que lança. Mas, isto não existe enquanto imposição legal e, é duvidoso que possa ser imposto pelos Tribunais”.

Consideramos bastante positiva a evolução, no caso dos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas¹⁷², da constituição de duas Comissões (uma de abertura, que dirigia o processo até à elaboração do relatório de admissão e exclusão das propostas, e uma de análise, que concluía o procedimento, apresentando ao órgão com competência para decidir um relatório final) para a nomeação de um único órgão (Júri), que detém competência para instruir todo o procedimento.

O Júri, embora seja nomeado pela entidade adjudicante, e apesar de os seus membros serem, por regra, funcionários dessa entidade adjudicante, não se encontra subordinado à mesma. Com efeito, Júri (no desempenho dessas funções), e ainda que integre os quadros do órgão com competência para decidir, não está sujeito a quaisquer obrigações relacionadas com uma cadeia hierárquica¹⁷³.

O Júri deve desempenhar as suas funções de acordo com as competências próprias que lhe são atribuídas pelo CCP e com as que lhe sejam delegadas.

Nessa atuação o Júri terá de proceder com autonomia técnica e jurídica¹⁷⁴, não estando, como já referimos, sujeito a qualquer tipo de ordens ou orientações da entidade adjudicante, podendo por isso definir-se como um órgão administrativo *ad hoc*.

Essa independência também se manifesta no facto de os membros do Júri não poderem ser afastados do desempenho dessas funções por quaisquer motivos técnicos, mas apenas e só por motivos diretamente relacionados com a perda de alguma das qualidades necessárias para a sua

¹⁷² Nos procedimentos de formação de contratos para aquisição de bens e serviços (regulado pelo Decreto-Lei 197/99, de 8 de Junho, revogado pelo CCP, apenas era constituída uma comissão a que se dava a designação de Júri).

¹⁷³ Cfr. Vieira de Almeida & Associados. Código dos Contratos Públicos e Legislação Complementar - Guias de Leitura e Aplicação, Almedina, 2008, pag. 715.

¹⁷⁴ Mário. e Rodrigues Esteves de Oliveira, Concurso e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Almedina, 1998, pag. 249

nomeação, aplicando-se aqui as regras impostas pelos art.º 44º (casos de impedimento) e 48º (fundamento da escusa e suspeição) do CPA¹⁷⁵.

São competências próprias do Júri do procedimento proceder à apreciação das candidaturas, apreciar as propostas e elaborar os relatórios de análise das candidaturas e das propostas¹⁷⁶, podendo ainda, de acordo como o disposto no art.º 72º do CCP solicitar esclarecimentos aos candidatos ou proponentes.

O Júri detém ainda as competências próprias que constam da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho, entre as quais se encontram, designadamente, a competência para publicitar as listas de concorrentes no formato de visualização da ficha prévia de abertura das propostas, e a competência para garantir o acesso exclusivo dos concorrentes a todos os documentos que, nos termos da lei, têm de ser disponibilizados.

O Júri poderá ainda desempenhar as competências que lhe sejam delegadas pelo órgão com competência para decidir contratar¹⁷⁷, com exceção da competência para a decisão de qualificação dos candidatos ou para a decisão de adjudicação, como decorre n.º 2 do art.º 69º do CCP, e da competência para a exclusão de qualquer proposta, de acordo com o previsto no n.º 7 do art.º 19º da Portaria 701-G/2008¹⁷⁸.

O Tribunal Administrativo Central Norte pronunciou-se sobre a competência para excluir propostas, concluindo (ainda que para os procedimentos de concurso público) que “só o órgão competente para decidir contratar é que tem o poder para excluir propostas, cabendo ao júri do concurso apenas «propor» a exclusão”¹⁷⁹.

Poderão ser delegadas no Júri as competências para prestar esclarecimentos, proceder a retificações, identificar e introduzir erros e omissões por sua iniciativa, analisar e decidir sobre as listas de erros e omissões apresentadas pelos interessados.

Tal como referimos a decisão sobre a escolha dos membros do Júri deverá ser tomada logo aquando da decisão de contratar, uma vez que este inicia funções no dia útil subsequente ao envio para publicação dos anúncios do procedimento.

¹⁷⁵ Vieira de Almeida & Associados. Código dos Contratos Públicos e Legislação Complementar - Guias de Leitura e Aplicação, Almedina, 2008, pag. 716

¹⁷⁶ Cfr. Art.º 69º n.º 1 do CCP.

¹⁷⁷ Cfr. Art. 109º n.º do CCP.

¹⁷⁸ Cfr. Art.º 19º n.º 7 da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho que estatui de forma inequívoca que a exclusão de propostas é da estrita competência do órgão competente para a decisão de contratar.

¹⁷⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Administrativo Central Norte de 01/07/2010, Proc. 00382/09.9BEMDL, disponível em www.dgsi.pt.

O n.º 3 do art.º 68º do CCP consagra que as deliberações do Júri devem ser sempre fundamentadas¹⁸⁰, sendo que a fundamentação deverá consistir na enunciação clara, coerente, completa e inequívoca de todas as razões ou motivos de facto e de direito do ato administrativo ou, se quisermos, de indicar as premissas do silogismo em que a conclusão corresponde à decisão¹⁸¹.

As deliberações do Júri são tomadas por maioria de votos, não sendo admitida a abstenção de qualquer membro¹⁸², devendo de cada reunião ser lavrada uma ata, onde deve constar, como determina o art.º 27º do CPA, um relato resumido de tudo quanto se passou na reunião, com a indicação expressa das deliberações tomadas.

O dever de fundamentação de todas as decisões tomadas pelo Júri proporciona aos interessados uma importante garantia administrativa relativamente a uma eventual impugnação das deliberações do Júri por vício de forma.

Para além da impugnação das deliberações do Júri, existe ainda a possibilidade de intentar recurso administrativo dessas deliberações para o órgão competente para tomar a decisão de contratar¹⁸³.

12 - PLATAFORMAS ELETRÓNICAS

Uma das principais inovações impostas pelo CCP, consiste na utilização das plataformas eletrónicas e surge como consequência da clara intenção do legislador de desmaterializar o procedimento, com o recurso à utilização de meios eletrónicos na formação dos contratos.

A referida desmaterialização do procedimento e a aposta nas tecnologias de informação visam principalmente garantir uma maior transparência em todo o processo, tornando-o mais célere e menos sujeitos a práticas de corrupção¹⁸⁴.

O CCP, sem que contudo o determinasse qualquer das Diretivas Comunitárias, veio impor a

¹⁸⁰ O dever de fundamentação, constitui um princípio geral, decorrendo essa obrigação do art.º 124º do CPA.

¹⁸¹ Cfr José Osvaldo Gomes, "Fundamentação do ato administrativo", Coimbra editora, 1979, pag. 37.

¹⁸² Estando aqui em causa um órgão colegial, aplica-se-lhe as regras impostas pelo art.º 23º do CPA, que proíbe a abstenção aos membros dos órgãos colegiais, o que corresponde, no entendimento de Mário Esteves de oliveira e outros, Código do Procedimento Administrativo – Comentado, Almedina, 2008, pag. 171, ao dever de exercer a competência que impende sobre os órgãos administrativos (singulares). Diferente é a ausência das reuniões (ainda que só em determinados pontos da ordem de trabalhos) que permite que um membro de um órgão colegial, estando "presente", não participe em determinadas votações.

¹⁸³ Cfr. Art.º 271º n.º 2 do CCP segundo o qual o recurso administrativo das deliberações do Júri deve ser interposto para o órgão competente, por lei ou por delegação, para a decisão de contratar.

¹⁸⁴ Diversos organismos internacionais, tais como a OCDE, têm vindo a concluir que a maior divulgação de anúncios de abertura de procedimento, de adjudicação e de resultados de execução através da internet dificulta significativamente as práticas de corrupção.

todas as entidades adjudicantes a obrigatoriedade de se instruírem os procedimentos de contratação pública em plataformas eletrónicas¹⁸⁵, com início a 31 de Outubro de 2009¹⁸⁶.

De acordo com o relatório síntese da contratação pública relativa ao ano de 2010¹⁸⁷, dos 11 mil milhões de euros que representam a contratação pública em Portugal nesse ano (onde estão incluídas as empreitadas de obras públicas e aquisições de bens e serviços), foram contratados por via electrónica 8,2 mil milhões de euros (7,1 mil milhões de euros em concursos e 1,1 mil milhões de euros em ajustes diretos) e que corresponde a 74,5% do número total de procedimentos.

O regime jurídico relativo à contratação pública electrónica encontra-se regulado, para além do CCP, na Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho e no Decreto-Lei 143-A/2008¹⁸⁸, de 25 de Julho.

A Portaria 701-G/2008 trata de enunciar o conjunto de regras que devem ser cumpridas por todos os intervenientes dos procedimentos adjudicatórios, no que diz directamente respeito à utilização das plataformas eletrónicas.

É no Capítulo II da Portaria 701-G/2008 que podemos encontrar as principais regras para a utilização das plataformas eletrónicas no procedimento de formação de um contrato público.

Como decorre do preâmbulo da citada Portaria 701-G/2008, as plataformas eletrónicas constituem uma infraestrutura informática que serve de suporte aos procedimentos de contratação pública, desenrolando-se os vários passos do procedimento sob o comando direto da entidade adjudicante e dos interessados ou concorrentes, nos termos e dentro dos limites previamente estabelecidos.

Não cabe, por isso, às plataformas eletrónicas uma intervenção própria e autónoma em cada procedimento específico, mas exclusivamente um papel de base automática, disponibilizando aos utilizadores e entidade adjudicante uma série de aplicações informáticas que consubstanciam os serviços que prestam.

¹⁸⁵ As plataformas eletrónicas que se encontram disponíveis são as seguintes: acinGov (Academia de Informática Brava, Engenharia de Sistemas, Lda); anoGov (ano -Sistemas de Informática e Serviços, Lda); comprasgov.forumb2b.com (Central-E-Informação e Comércio Electrónico, S.A.); Plataforma de Compras Públicas (Construlink-Tecnologias de Informação, S.A.); InfosistemasDL -Compras AP (Infosistema-Sistemas de Informação, S.A.); Tradeforum (PT PRIME TradeCom-Soluções Empresariais de Comércio Electrónico, S.A.); bizGov (SaphetyLevel-TrustedServices, S.A.); VortalGov (Vortal, Comércio Electrónico Consultadoria e Multimédia, S.A.).

¹⁸⁶ Cfr. Decreto-Lei 223/2009 de 11 de Setembro, que alterou o artigo 9º, n.º 1, do diploma preambular, para alargar, até ao dia 31 de Outubro de 2009, o prazo durante o qual as entidades adjudicantes ainda podiam realizar procedimentos de formação de contratos sem recurso a plataformas eletrónicas.

¹⁸⁷ Contratação Pública em Portugal – Relatório Síntese 2010, Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., MOPTC

¹⁸⁸ O Decreto-Lei 143-A/2008 estabelece os princípios e regras gerais a que devem obedecer as comunicações, trocas e arquivo de dados e informações, previstos no CCP, em particular, a disponibilização das peças do procedimento, bem como o envio e receção dos documentos que constituem as candidaturas, as propostas e as soluções.

As plataformas eletrônicas constituem, sem qualquer dúvida, um importante marco de viragem no regime da contratação pública, sendo responsáveis, em grande medida, pela mudança que se está a operar no que diz respeito à transparência da contratação pública, na medida em que, com a utilização deste tipo de suporte, e com o quase total abandono do suporte de papel, o acesso às peças procedimentais e restantes documentos que constituem o processo é mais fácil a todos os interessados, reduz custos, para além de se permitir que esse acesso aos conteúdos seja mais célere e ao mesmo tempo permita a sua consulta durante mais tempo.

O n.º 4 do art.º 20º da Portaria 701-G/2008 postula por sua vez que as plataformas eletrônicas garantem aos concorrentes a possibilidade de consultarem as propostas submetidas no âmbito do procedimento de formação do contrato, em qualquer momento, a partir da respetiva descriptação por parte do Júri e até seis meses após a conclusão do procedimento.

Atualmente, o CCP não concede ao Júri a possibilidade que era concedida pelo art.º 92º do RJEOP¹⁸⁹ de serem admitidas propostas de forma condicional, sempre que fossem apresentadas propostas com preterição de formalidades não essenciais^{190 191}.

Esse fato aliado à instituição da contratação pública eletrónica, deveria servir para que os operadores económicos que atuam no mercado da contratação pública nacional preparassem as suas propostas com bastante rigor, e de forma atempada e planeada, para evitar erros que terão de ser sancionados com a exclusão da proposta (art.º 70º n.º 2 alínea a) do CCP)¹⁹².

As plataformas eletrónicas funcionam como autênticos centros operacionais dos procedimentos da contratação pública, na medida em que é através das mesmas que se realizam as notificações e comunicações que se estabeleçam entre a entidade adjudicante e os interessados

¹⁸⁹ Cfr. Art.º 92º n.º 3 do RJEOP que concedia à Comissão de Abertura das Propostas o poder de admitir, condicionalmente, os concorrentes cujos documentos fossem apresentados com preterição de formalidades não essenciais, devendo, porém, tais irregularidades ser sanadas no prazo de dois dias, sob pena de ficar sem efeito a admissão e serem excluídos do concurso.

¹⁹⁰ Cfr. Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 19/82, 12 de Maio, segundo o qual, além das irregularidades formais apontadas no n.º 4 do art.º 82º do RJEOP, são ainda sanáveis as que não influam no ato do concurso ou nos seus fins, nem prejudiquem o objetivo que, com a sua prática regular, se pretende.

¹⁹¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Pleno), de 14/05/1965, que decidiu no sentido de que devem considerar-se não essenciais todas aquelas formalidades cuja omissão não tenha prejudicado o objetivo específico que mediante elas se visa produzir.

¹⁹² Atualmente, ao Júri só resta a possibilidade de, ao verificar um qualquer incumprimento das condições definidas para a apresentação das propostas, solicitar esclarecimentos que visem suprir esse "irregularidade". Como refere Paulo Otero, Revista "O Direito", Ano 131, 1990, pág. 92 e 93, "recai sobre a Administração a obrigação de atender aos eventuais vícios da vontade de que possa enfermar a declaração negocial do recorrente, nomeadamente os erros materiais ostensivos apreensíveis da mera leitura da proposta apresentada, ou seja, os erros que incidem sobre os elementos não variáveis que os concorrentes tiverem que tomar em consideração na elaboração das respetivas propostas. Sendo certo que só através de pedidos de esclarecimentos aos concorrentes é que a Administração pode concluir pela existência ou não de qualquer erro e bem assim da sua dimensão".

e/ou concorrentes¹⁹³ relativas ao procedimento adjudicatório, sendo também por via das plataformas que se processa o envio automático de mensagens eletrónicas após a submissão de determinado conteúdo na plataforma.

Para além das referidas comunicações geradas nas plataformas, é também aí que se concentra todo o conteúdo dos procedimentos, que fica depois acessível aos vários intervenientes dos procedimentos.

De acordo com o disposto no art.º 14º da Portaria 701-G/2008, as plataformas eletrónicas, por uma questão de garantir a necessária certeza e segurança a todo o procedimento, disponibilizam aos interessados a indicação da data e hora de termo dos vários prazos definidos ao longo do procedimento para a apresentação dos pedidos de esclarecimento e das propostas, o prazo para a apresentação da lista de erros e omissões prevista no art.º 61 do CCP.

A segurança jurídica que naturalmente tem de ser sempre salvaguardada na contratação pública, mereceu especial atenção do legislador que impôs que a submissão das propostas tem de ser acompanhada da emissão de um recibo electrónico, que constitui um anexo à proposta, onde deve ser mencionada a identificação da entidade adjudicante, do concorrente, da proposta, bem como da data e hora da respectiva submissão.

O Tribunal Central Administrativo Norte, proferiu em 16/09/2011, no Proc. 00102/11.8BEPRT¹⁹⁴, um acórdão bastante esclarecedor quanto à forma de apresentação das propostas nas plataformas eletrónicas, mais concretamente quanto à assinatura eletrónica dos concorrentes, afirmando que “nos termos do número 3 do artigo 27.º da portaria 701-G/2008, se o certificado digital não conseguir determinar a função e poder de assinatura do assinante, é necessário que cada vez que utilize um certificado nessas condições se anexe igualmente um documento eletrónico oficial, emitido por entidade oficial ou pelos representantes legais da entidade que está a representar, reconhecendo poderes de representação para assinar documentos em nome da entidade. Estando em causa a falta de um documento de mandato, não podemos falar de uma irregularidade suprimível mediante simples convite à regularização”.

¹⁹³ Interessados são todos aqueles que manifestam interesse em participar num determinado procedimento de adjudicação, nomeadamente adquirindo as peças procedimentais desse procedimento, enquanto concorrentes são, de acordo com o disposto no art.º 53º do CCP, aqueles que participam em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta. Temos ainda a figura dos candidatos, que correspondem aos interessados que participam na fase de qualificação de um concurso por prévia qualificação, de um procedimento de negociação ou de um diálogo concorrencial.

¹⁹⁴ Disponível em www.dgsi.pt

A utilização das plataformas eletrónicas não constituiu, nem tal seria aceitável, uma diminuição das garantias do interessado.

Com efeito, sempre que ocorram situações potencialmente lesivas dos direitos dos interessados e ou dos concorrentes, no âmbito da utilização da plataforma eletrónica, é admissível o recurso aos tribunais administrativos para obtenção de uma tutela efetiva, aplicando-se aos procedimentos instruídos digitalmente, com as devidas adaptações, o regime que se aplicava aos procedimentos adjudicatórios instruídos em suporte de papel. Deste modo, é admissível a qualquer lesado intentar uma ação administrativa especial e cumular o pedido de anulação ou declaração de nulidade do contrato que venha a ser outorgado, podendo, inclusivamente, recorrer a uma providência cautelar que suspenda a eficácia do ato impugnado (art.º 4º n.º 2, alínea e), artigo 46.º, n.º 3 e 47.º, n.º 2 alínea c) e 100.º do CPTA).

Outra das consequências decorrentes da desmaterialização da contratação pública imposta pelo CCP foi a já referida supressão do ato público de abertura de propostas, o que determinou que a certificação da sua abertura seja assegurada após a receção de uma ordem do Júri nesse sentido. Concretizada que seja essa ordem, as propostas são descriptadas e disponibilizadas aos membros do Júri, sendo em simultâneo criada uma ficha (prévia) de abertura das propostas que apenas é disponibilizada ao Júri (os concorrentes não têm, nesta fase, qualquer acesso às propostas), assim se garantindo a confidencialidade do conteúdo das propostas até ao termo do prazo para a sua apresentação.

A lista dos concorrentes é publicitada no dia imediato ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, podendo os interessados que não constem da mesma reclamar desse facto, no prazo de três dias contados da publicitação desta lista, devendo apresentar, com essa reclamação, meios comprovativos da apresentação tempestiva da proposta.

Durante a fase de análise de propostas, o Júri pode, nos termos do disposto 72º do CCP¹⁹⁵, solicitar esclarecimentos sobre o conteúdo das mesmas. O pedido de esclarecimentos é também efetuado com recurso à plataforma eletrónica, o que constitui mais uma garantia de transparência para o processo, na medida em que desse facto são expressamente notificados os outros concorrentes.

¹⁹⁵ Cfr. Art.º 72º do CCP, segundo o qual o Júri do procedimento pode pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para efeito da análise e da avaliação das mesmas.

Questão que se tem verificado polémica na utilização das plataformas eletrónicas está relacionada com a interpretação do art.º 27º da Portaria 701-G/2008, que determina, no n.º 1, que “todos os documentos carregados nas plataformas eletrónicas deverão ser assinados eletronicamente mediante a utilização de certificados de assinatura eletrónica qualificada”.

O n.º 2 desse mesmo art.º 27º estabelece que “para efeitos da assinatura eletrónica, as entidades referidas no n.º 3 do artigo anterior devem utilizar certificados digitais emitidos por uma entidade certificadora do Sistema de Certificação Eletrónica do Estado”.

Tem-se verificado em muitos procedimentos tramitados nas plataformas eletrónicas que os concorrentes, por uma questão de facilidade e celeridade no carregamento das suas propostas, apõem a assinatura eletrónica qualificada num único documento (pasta zipada que inclui a totalidade dos documentos da proposta) e não de forma individual em todos os documentos da proposta, o que tem levado, em alguns casos, à exclusão dessas propostas, por alegada violação do citado art.º 27º n.º 2 da Portaria 701-G/2008.

Estando aqui em causa uma questão eminentemente técnica, relacionada com a definição de documento para efeitos de interpretação do citado art.º 27º da Portaria 701-G/2008, não nos alongaremos muito na questão.

Quanto a esta problemática não deixaremos, no entanto, de referir que o Tribunal Central Administrativo Norte, proferiu, em 27/04/2012 um acórdão que esclarece, de forma clara, a questão supra enunciada, referindo que “face ao disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 18º e, em particular, ao disposto no n.º 1 do artigo 27º da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho, devem ser assinados todos e cada um dos documentos que compõem a proposta no procedimento de empreitada de obra pública, submetida à plataforma eletrónica oficial. No entanto, a aposição da assinatura eletrónica, na submissão à plataforma de uma pasta compactada - que continha todos esses documentos – sem que cada um dos documentos fosse assinado, não traduz um vício substancial mas meramente formal, de uma formalidade ad probationem que, cumprida, cria uma tripla presunção, estabelecida no artigo 7º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2.8, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3.4 a saber, que: a) a pessoa que após a assinatura eletrónica qualificada é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva titular da assinatura eletrónica qualificada; b) a assinatura eletrónica qualificada foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico; e c) o documento eletrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura eletrónica qualificada. Comprovado nos autos que a assinatura aposta na pasta compactada era da empresa concorrente, foi aposta com a intenção de subscrever cada um dos documentos e que estes

documentos eletrónico não sofreram qualquer alteração, tanto assim que o seu teor foi assumido integralmente no contrato entretanto celebrado com a Administração, não é de atribuir qualquer eficácia invalidante à irregularidade formal verificada”¹⁹⁶.

A proteção do conteúdo dos documentos submetidos através das plataformas eletrónicas, fundamental para garantir o integral cumprimento dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, é assegurada mediante a utilização da criptografia assimétrica, baseada na utilização de troca de chaves, como consta do disposto no art.º 29.º, n.º 1, da Portaria n.º 708-G/2008, de 29 de Julho.

Muito associada à segurança das comunicações está a garantia do momento da prática dos actos praticados na plataforma electrónica, o que se verifica absolutamente necessário nestes procedimentos que impõem aos concorrentes prazos vinculativos.

A garantia da certeza do momento da prática dos actos é concedida através da “validação cronológica”, que consiste numa declaração¹⁹⁷ emitida por uma entidade certificadora que atesta a data e hora da criação, expedição ou receção de um documento electrónico, como decorre do art.º 2º alínea j) do Decreto-Lei 290-D/99¹⁹⁸.

Consideramos que a evolução tecnológica que se tem verificado ao longo destes últimos anos, que promoveu a quase total informatização dos procedimentos de contratação pública (em especial os procedimentos relativos às empreitadas de obras públicas) não justifica que se mantenham alguns procedimentos ainda totalmente tramitados em suporte de papel, como sucede com o processo de visto a emitir pelo Tribunal de Contas.

Consideramos que se deve caminhar no sentido de conceder a este Tribunal um acesso privilegiado às plataformas eletrónicas, para que daí retirem toda a informação de que necessitam para visar o contrato.

13 - PEÇAS DO PROCEDIMENTO

¹⁹⁶ Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁹⁷ A declaração emitida consiste na aposição de selos temporais, gerados por entidade certificadora, nos atos praticados na plataforma electrónica, que deverão ser apostos em todos os documentos carregados nas plataformas

¹⁹⁸ O Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto, regula a validade, eficácia e valor probatório dos documentos eletrónicos e a assinatura digital.

Tal como foi já referido, a decisão de contratar implica também a decisão de aprovação das peças que constituem o procedimento, competindo esta decisão também ao órgão que decide contratar.

As peças do procedimento, que estão definidas no art.º 40º do CCP¹⁹⁹ por tipo de procedimento, constituem os documentos elaborados pela entidade adjudicante que servem de base ao procedimento de adjudicação de um contrato público e que para isso são exibidas ao conhecimento dos potenciais interessados em participar nesse procedimento.

Todos os participantes devem poder conhecer as regras aplicáveis ao procedimento e ter a certeza de que essas regras se aplicam a todos da mesma maneira²⁰⁰, do início ao fim do mesmo.

Da análise ao citado art.º 40º, articulado com o n.º 6 do art.º 132º e com o n.º 6 do art.º 189º, todos do CCP, retira-se que, ao contrário do que sucedia com o RJEOP, o anúncio do procedimento deixou de ser considerado como uma peça do procedimento, pelo que com o regime atual, a verificação de qualquer incongruência ocorrida entre o anúncio e as peças do procedimento determina que prevalece o disposto no programa de procedimento²⁰¹.

Nas palavras de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira²⁰², dos art.º 41º e 42º do CCP, decorre, de forma inequívoca, que as peças do procedimento constituem, regulamentos “ad hoc” destinados a regular os termos a que obedece o respetivo processo, e cujas disposições integram o bloco de legalidade vinculante para a autoridade procedimental, as quais não podem, em princípio, ser por ela eliminadas, alteradas ou substituídas, depois de publicitadas, em obediência ao princípio da estabilidade das regras concursais²⁰³.

Aliás, do art.º 51º do CCP²⁰⁴ consta o princípio geral de prevalência das suas próprias normas, relativas às fases de formação e de execução do contrato, sobre quaisquer disposições das peças do

¹⁹⁹ Cfr. Art.º 40º que define no n.º 1 que as peças dos procedimentos são as seguintes: a) No ajuste direto, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos, sem prejuízo do disposto no artigo 128.º; b) No concurso público, o programa do procedimento e o caderno de encargos; c) No concurso limitado por prévia qualificação, o programa do procedimento, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos; d) No procedimento de negociação, o programa do procedimento, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos;

²⁰⁰ Comunicação Interpretativa da Comissão (2006/C179/02) C 179/6 JOUE

²⁰¹ O Tribunal de Contas decidiu no acórdão n.º 28/2010, de 13/07/2010, no Proc. N.º 592/2010, que havendo divergência entre o anúncio e o programa de concurso, prevalece o programa, face ao disposto no n.º 6 do art.º 132º do Código dos Contratos Públicos.

²⁰² Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concurso e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Almedina, 1998, pag. 134.

²⁰³ Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira atentam para a possibilidade de alteração legislativa, no curso do procedimento, admitindo que então seria possível a retificação das propostas pelos concorrentes, desde que não fossem violados os princípios da concorrência e da igualdade. (in *Concurso e outros procedimentos de adjudicação administrativa*, 2003, Almedina pag. 109).

²⁰⁴ Cfr. Art.º 51º do CCP que refere que as normas constantes do presente Código, relativas às fases de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes.

procedimento com elas desconformes, o que implica que sempre que o dono da obra no programa de procedimento exija algo que esteja em desconformidade com as regras gerais do CCP serão sempre estas regras a prevalecer.

Continuam ainda os mesmos autores²⁰⁵ afirmando que, à luz dos referidos art.º41º e 42º do CCP, incontestáveis se verificam os motivos que tornam vinculativas as peças de procedimento para os intervenientes nos mercados públicos, uma vez que para as entidades adjudicantes geram a invalidade dos actos que violem o seu conteúdo e para os concorrentes determinam a exclusão da sua candidatura ou proposta.

O CCP estabelece um regime específico para as peças que devem integrar os procedimentos de formação dos contratos de empreitadas de obras públicas.

Esse regime consta, essencialmente, do art.º43º do CCP, e da Portaria 701-H/2008, de 29 de Julho.

As entidades adjudicantes ao vincularem-se, através das peças do procedimento, ou seja, através de regulamento²⁰⁶, a um conjunto de regras que acompanharão todo o procedimento estão a dar cumprimento a dois dos princípios já referidas como sendo aplicáveis aos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas: o princípio da boa fé, na medida em que se definem, *à priori*, as regras que regerão o procedimento, dando-se-lhes a necessária publicidade²⁰⁷; o princípio da estabilidade, uma vez que as referidas regras acompanharão todo o procedimento de formação do contrato.

A definição das referidas regras e condições é plasmada no programa de procedimento e no convite.

²⁰⁵ Obra citada, pag. 135

²⁰⁶ Estes Regulamentos estão sempre sujeitos ao cumprimento das disposições legais imperativas, tal como impõe o art.º 51º do CCP, que estatui que as normas constantes do referido Código relativas às fases de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes.

²⁰⁷ De acordo com a Comunicação Interpretativa da Comissão (2006/C179/02) C 179/4 JOUE, os meios de publicidade devem ser proporcionais à dimensão dos contratos a celebrar, pelo que “quanto maior for o interesse do contrato para os potenciais concorrentes de outros Estados-Membros, maior deveria ser a divulgação” avançado com um conjunto de meios que poderão cumprir esse desiderato, onde se inclui a internet (a grande disponibilidade e a facilidade de utilização da «world wide web» tornam os anúncios na Internet muito mais acessíveis, especificamente para as empresas de outros Estados-Membros e para as PME que procuram contratos de menor valor. A Internet oferece um vasto leque de possibilidades de publicitação de contratos públicos); Jornais oficiais nacionais, diários nacionais especializados na publicação de anúncios de concurso; jornais com cobertura nacional ou regional ou publicações especializadas; Meios de publicação locais (jornais locais, boletins de informação municipais ou mesmo quadros de afixação. Contudo, tais meios apenas garantem uma publicação estritamente local, que poderá ser adequada em casos especiais, tais como contratos de valor muito reduzido, para os quais existe apenas mercado local); Jornal Oficial da União Europeia/TED.

Nos procedimentos de ajuste direto, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento por negociação e diálogo concorrencial, é enviado aos interessados na participação um convite, onde devem constar os termos e condições pelas quais se rege o procedimento, tendo esse documento de respeitar o disposto nos artigos 115º (ajuste direto), 189º (concurso limitado por prévia qualificação), 199º (procedimento por negociação) e 209º (diálogo concorrencial).

O programa de procedimento constitui uma peça obrigatória dos vários tipos de procedimento de formação de contratos, à exceção dos ajustes diretos.

O conteúdo do programa de procedimento está também vinculado ao cumprimento das regras impostas pelo CCP, devendo a entidade adjudicante cumprir, na sua elaboração, o disposto nos artigos 132º (concurso público), 164º (concurso limitado por prévia qualificação), 196º (procedimento por negociação), 206º (diálogo concorrencial).

O não cumprimento, pela entidade adjudicante, dos requisitos definidos para a elaboração do programa de procedimento e do convite, origina a ilegalidade do regulamento adjudicatório, que poderá ser impugnado contenciosamente²⁰⁸.

Questão distinta do incumprimento das regras definidas para a elaboração das peças de procedimento é a possibilidade que a entidade adjudicante tem de, no decurso do procedimento, alterar essas mesmas peças. O CCP consagra, no art.º 50º, o entendimento defendido pela doutrina²⁰⁹, de que no decurso do procedimento podem e devem ser corrigidos e supridos os erros ou omissões do projeto, ou de qualquer outra peça do procedimento²¹⁰, ficando a entidade adjudicante obrigada, para além da publicitação (através de carregamento na plataforma electrónica²¹¹), a notificar os interessados que tenham adquirido as peças do procedimento, o que, sem dúvida, constitui um método transparente e que defende os interessados e consequentemente o interesse público²¹².

²⁰⁸ Cfr. Art. 101º do CPTA, que determina que processos do contencioso pré-contratual têm carácter urgente e devem ser intentados no prazo de um mês a contar da notificação dos interessados ou, não havendo lugar a notificação, da data do conhecimento do acto.

²⁰⁹ Entre outros Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, "Concurso e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa", Almedina, 1998, pag. 111 e 112

²¹⁰ Cft. Art.º 50º n.º 3, essas correcções e ou aditamentos podem ser concretizados até ao segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas.

²¹¹ Na vigência do RJEOP era obrigatória a publicitação, em Diária da República, de um aviso rectificativo, o que constituía um entrave ao célere andamento do procedimento.

²¹² Cfr. Art.º 64º do CCP que estatui que quando as rectificações ou os esclarecimentos previstos no artigo 50.º sejam comunicados para além do prazo estabelecido para o efeito, o prazo fixado para a apresentação das propostas deve ser prorrogado, no mínimo, por período equivalente ao do atraso verificado, ou quando as rectificações referidas no artigo 50.º, independentemente do momento da sua comunicação, ou a aceitação de erros ou de omissões do caderno de encargos nos termos do disposto no artigo 61.º implicarem alterações de aspectos fundamentais das peças do procedimento, o prazo fixado para a apresentação das propostas deve ser prorrogado,

O caderno de encargos é a peça do procedimento, elaborada de forma unilateral pela entidade adjudicante, que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar²¹³, nele se incluindo todas as cláusulas de ordem técnica, económica e jurídica, gerais e especiais²¹⁴, elaboradas de forma articulada, que serão incluídas no contrato a celebrar no procedimento a que o mesmo diz respeito.

O caderno de encargos, ao contrário do que sucede com o programa de procedimento, é comum a todos os tipos de procedimentos²¹⁵.

No caso das empreitadas de obras públicas do caderno de encargos deve imperativamente, e em cumprimento do disposto no art.º 43º do CCP, constar o programa e o projeto de execução, que deixam assim de constituir peças com autonomia relativamente ao caderno de encargos²¹⁶, passando a integrar aquele.

Tal como defende Licínio Lopes²¹⁷, consideramos positiva a inserção no caderno de encargos quer do programa quer projeto de execução, na medida em que estes documentos contêm aspetos técnicos relativos à execução do objeto do contrato a celebrar ou das prestações em que a execução deste se traduz, pelo que, necessariamente, não-de fazer parte do conteúdo do clausulado do contrato, tal como determina o art.º 96º n.º 2 do CCP.

Apesar de o CCP não qualificar, de forma expressa, o caderno de encargos como um regulamento, entendemos, como defende Jorge Andrade da Silva²¹⁸, que esta peça do procedimento deverá ser tratada de forma equivalente ao programa de procedimento, considerando-se por isso que também deve ser considerado como um regulamento²¹⁹.

O art.º 46º do CCP permitia ao legislador a aprovação de formulários do caderno de encargos, sendo que essa regulamentação, para as empreitadas de obras públicas, foi concretizada através da

no mínimo, por período equivalente ao tempo decorrido desde o início daquele prazo até à comunicação das rectificações ou à publicitação da decisão de aceitação de erros ou de omissões.

²¹³ Cfr. Art.º 42º do CCP.

²¹⁴ Cfr. Art.º 42º n.º 3 que denomina o conteúdo a regular pelo caderno de encargos como aspectos da execução do contrato, onde se deverá incluir o objecto do contrato, os direitos e obrigações das partes, o preço, a sua revisão, o prazo de execução, as garantias de cumprimento, o regime sancionatório e de incumprimento, além de eventuais obrigações acessórias

²¹⁵ Cfr. Art.º 40º n.º 1 do CCP.

²¹⁶ O art.º 62º do RJEOP determinava no n.º 1 que o concurso terá por base um projeto e um caderno de encargos e um programa de concurso, elaborados pelo dono da obra, cujos modelos são aprovados por portaria do ministro responsável pelo sector das obras públicas.

²¹⁷ Licínio Lopes, Alguns "Aspetos do contrato de empreitadas de obras públicas no código dos contratos públicos – I", in Estudos de Contratação Pública-II, Coimbra Editora, 2010, pag. 365.

²¹⁸ Jorge Andrade da Silva, Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado, 3ª Edição, 2010, Almedina, pag. 177.

²¹⁹ Também a Procuradoria-Geral da República n.º 88/89, publicado no Diário da República, II Serie de 11/07/1990, afirma que o caderno de encargos possui natureza de regulamento.

publicação da Portaria n.º 959/2009, de 21 de Agosto, que, de forma não vinculativa, serve de base à elaboração daquelas peças.

O não cumprimento, por parte dos concorrentes, do conteúdo definido no caderno de encargos, determina a sua exclusão do procedimento²²⁰.

O não cumprimento, por parte da entidade adjudicante, de alguns dos requisitos que, de acordo com o definido por lei, devem constar obrigatoriamente dos cadernos de encargos determina, nos termos do regulado no art.º 43º n.º 8 do CCP, a nulidade dessa peça do procedimento.

Assim, e como decorre expressamente do citado n.º 3 do art.º 43º, o caderno de encargos é nulo quando:

a) Não seja constituído pelos elementos da solução da obra previstos no n.º 1 e na parte final do n.º 3 do art.º 43º;

b) Seja elaborado em violação do disposto no n.º 2 do art.º 43º;

c) O projeto de execução nele integrado não esteja acompanhado dos elementos previstos no n.º 5 do art.º 43º;

d) Os elementos da solução da obra nele integrados não observem o conteúdo obrigatório previsto na Portaria 959/2009.

O regime decorrente do citado n.º 3 do art.º 43º do CCP tem, no entanto, de ser articulado com o regime previsto no art.º 283º, também do CCP, que estabelece que os contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo.

O Tribunal Central Administrativo Norte, em acórdão proferido em 15/04/2010, no Processo 01480/09.4BEBRG²²¹, pronunciou-se no sentido de considerar que o contraente público não podia “declarar a nulidade do contrato de empreitada de obra pública que celebrou com a requerente cautelar, enquanto decorrência da nulidade do caderno de encargos, sem que esta nulidade tivesse sido declarada pelo Tribunal, e ao fazê-lo, o município praticou acto que a própria lei reserva ao poder judicial. Incorreu assim, de forma manifesta, em usurpação de poder, ilegalidade sancionada com a nulidade.”

²²⁰ Cfr. Art.º 42º n.º 2 e 3, e Art.º 70º n.º 2 alínea b) do CCP.

²²¹ Cfr. <http://www.dgsi.pt/>

Mais afirma o duto acórdão que se está “perante uma invalidade derivada do contrato administrativo, que tem sede regulamentar no artigo 283º do CCP”, considerando que com a norma prevista no citado art.º 283º n.º 1 se pretendeu afastar a invalidade automática do contrato, decorrente do regime geral da nulidade (artigo 134º nº2 CPA, segundo o qual a nulidade pode ser declarada, a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou pelo tribunal), e exigir a intervenção do tribunal, de tal forma que a nulidade do acto procedimental só se comunica ao contrato que nele assente se aquela for declarada judicialmente, ou puder ainda vir a sê-lo.

O regime do art.º 283º só se aplica, contudo, a situações de nulidade derivadas do contrato, sendo que os poderes administrativos de declaração da nulidade dos actos sem mantém intacto, aplicando-se-lhes o disposto no artigos 134º nº2 e 141º nº1 do CPA.

Assim sendo, e como transcorre do mesmo acórdão, “a declaração administrativa da nulidade do acto procedimental não é suficiente para preencher o pressuposto da invalidação do contrato, sendo que tal solução se compreende, por estar em causa um pressuposto da invalidação do contrato, matéria esta em que a administração não dispõe de poderes de autoridade”²²², pelo que podemos concluir que a produção de efeitos da nulidade prevista no art.º 43º do CCP será excecional.

O legislador estabelece no n.º 3 do art.º 285º do CCP²²³, uma norma que configura um desvio ao regime jurídico geral da nulidade dos atos administrativos, constituindo, como bem refere João Pacheco de Amorim²²⁴, uma nora inovadora, que constitui um desvio ao regime geral da nulidade dos atos administrativos em nome do princípio do aproveitamento doa atos jurídicos.,

Relativamente ao programa, verifica-se que esta peça é o equivalente ao programa preliminar regulamentado nas instruções para a elaboração de projetos de obras, que constituem o anexo I da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho, e pode definir-se como sendo o documento que a entidade adjudicante fornece ao projetista para que este possa elaborar, com a necessária informação e

²²² Cfr. Art.º 307º, n.º 1 do CCP de onde resulta que com excepção dos casos previstos no número 2 desse mesmo artigo, as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do co-contratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à acção administrativa comum.

²²³ Cfr. Art.º 285º n.º 3, de onde decorre que todos os contratos administrativos são susceptíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respectivo desvalor jurídico.

²²⁴ Cfr. João Pacheco de Amorim, “As Empresas Públicas no direito Português”, Almedina, 2000, pag. 655.

orientação, o programa base²²⁵, o estudo prévio²²⁶ e demais documentos que integrarão o projeto de execução.

Um bom projeto, isento de erros, omissões e ambiguidades e bem organizado concede a garantia de que a concretização do mesmo estará menos sujeita a erros, alterações, correções e improvisos.

O projeto de execução é, de acordo com o disposto na alínea t) do art.º 1º da citada Portaria 701-H/2008, o documento elaborado pelo Projectista, a partir do estudo prévio ou do anteprojeto aprovado pelo Dono da Obra, destinado a facultar todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar, correspondendo assim ao último documento a ser elaborado pelo projectista²²⁷.

Constatamos que as deficiências dos projetos constituem uma das mais significativas causas dos problemas e conflitos na execução de obras públicas, que geram os já referidos atrasos na execução e derrapagens nos custos.

Acreditamos que a qualidade do projeto e a sua coordenação condicionam inevitavelmente a instrução do procedimento pré-contratual, a construção da obra e a sua manutenção.

As principais causas que originam a apresentação a concurso de projetos de execução deficientes são as seguintes:

- A ausência de levantamentos topográficos atualizados e estudos geotécnicos que caracterizem devidamente as condições dos terrenos, de forma a permitir uma correta conceção das fundações e estruturas, e ainda a necessária avaliação dos movimentos de terras e dos arranjos exteriores;
- O reduzido trabalho de coordenação entre as diferentes especialidades que constituem um projeto de execução de uma empreitada;

²²⁵ Cfr. Art.º 1º alínea m) da Portaria 701-H/2008, que define programa base como o documento elaborado pelo Projectista a partir do programa preliminar resultando da articulação deste, visando a verificação da viabilidade da obra e do estudo de soluções alternativas, o qual, depois de aprovado pelo Dono da Obra, serve de base ao desenvolvimento das fases ulteriores do projeto;

²²⁶ Cfr. Art.º 5º da Portaria 701-H/2008, o Estudo prévio desenvolve as soluções aprovadas no Programa base, sendo constituído por peças escritas e desenhadas e por outros elementos informativos, de modo a possibilitar ao Dono da Obra a fácil apreciação das soluções propostas pelo Projectista e o seu confronto com os elementos constantes naquele, dele devendo constar uma Memória descritiva e justificativa, elementos gráficos elucidativos sob a forma de plantas, alçados, cortes, perfis, esquemas de princípio e outros elementos, em escala apropriada, dimensionamento aproximado e características principais dos elementos fundamentais da obra, definição geral dos processos de construção e da natureza dos materiais e equipamentos mais significativos, análise prospectiva do desempenho térmico e energético e da qualidade do ar interior e ainda análise prospectiva de desempenho acústico e Estimativa do custo da obra e do seu prazo de execução.

²²⁷ Cfr. Art.º 3º da Portaria 701-H/2008, que enuncia as fases que deverão ser seguidas na elaboração de um projeto (embora o dono de obra possa dispensar algumas, disso dando conhecimento no caderno de encargos ou acordo deste com o projectista) que incluem o programa base, o estudo prévio, o anteprojeto e projeto de execução e assistência técnica.

- A falta de rigor na definição e especificação dos projetos de execução, com destaque para os mapas de medições, cadernos de encargos e pormenores construtivos, mapas de acabamentos e peças desenhadas;

- A inexistência de um sistema de controlo de qualidade em obra.

O projeto de execução deverá incluir, para além de outros elementos constantes de regulamentação aplicável à obra em causa, uma memória descritiva e justificativa, cálculos relativos às diferentes partes da obra, medições e mapas de quantidade de trabalhos, orçamento baseado nas quantidades e qualidades de trabalho constantes das medições, peças desenhadas e condições técnicas, gerais e especiais, do caderno de encargos.

O n.º 2 do art.º 43º do CCP determina que sempre que a obra a executar assuma complexidade relevante ou quando sejam utilizados métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores, o projeto de execução deve ser objeto de prévia revisão, a levar a efeito por pessoa singular ou colectiva devidamente qualificada para a elaboração de projeto similar e distinta do autor do mesmo.

Entendemos que a aplicação efetiva desta medida muito beneficiaria a qualidade dos projetos, e com isso a qualidade das obras. Contudo a aplicabilidade desta norma carecia de um correto e atempado planeamento das obras a realizar para que se pudessem cumprir todos os passos em tempo útil, impedindo que a revisão prévia do projeto surgisse como um mecanismo despiciendo aos olhos da maioria dos donos de obra.

No entanto, a redação pouco clara desta norma, na medida em que da mesma não decorre uma definição concreta do que se deve entender por obra complexa ou que utilize métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores, condiciona, de modo flagrante, a sua aplicabilidade.

Era fundamental que se utilizassem critérios objetivos que permitissem definir quando se está perante um tipo de obra complexa²²⁸.

Com efeito, a utilização destes conceitos abrangentes e genéricos, associada à falta de consciência por parte das entidades adjudicantes das vantagens que a revisão dos projetos traria a todo o procedimento, tem levado a que pouco se utilize esta figura, que sem dúvida permitiria evitar

²²⁸ Consideramos que o modelo adotado pela legislação espanhola, que determina que todos os projetos referentes a obras de valor superior a 350.000 Euros devem ser objeto de revisão, para aferir que estão cumpridas todas as regras legais e técnicas aplicáveis à obra, é bem mais objetiva e concretizável, na medida em que foge de conceitos abstratos e indeterminados – art.º 125º do Real Decreto Legislativo 3/2011.

erros e omissões, infelizmente, bastante comuns nos projetos de execução levados a concurso a Portugal.

Para se tentar interpretar o conceito de obra complexa pode-se deitar mão da Portaria 701-H/2008, de 29 de Julho, que define, no art.º 11º, as categorias das obras, dividindo-as em quatro categorias²²⁹, consoante a maior ou menor dificuldade da concepção e o grau de complexidade do projeto.

Por sua vez o anexo II da Portaria 701-H/2008 contém um elenco dos vários tipos de obras que se encontram classificadas em função da sua complexidade.

O CCP não refere quais as categorias de obras referidas na Portaria 701-H/2008 que estarão sujeitas a revisão, considerando-se que, pelo menos as obras classificadas como de tipo VI deveriam ser sempre objecto de revisão.

Competindo ao dono de obra classificar a obra, para efeitos de aplicação do citado art.º 43º n.º 2 do CCP, como complexa ou como estando a utilizar métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores, naturalmente que, para evitar despesas extra, e tornar o processo mais célere, raramente se concretizam as revisões ao projeto de execução, com claros prejuízos para o projeto e para o procedimento.

Em linha com o estabelecido no art.º 49º do CCP, o caderno de encargos deverá ainda, incluir as especificações técnicas, que constituem verdadeiras cláusulas contratuais, de cumprimento

²²⁹ Cfr. Art.º 11º da Portaria 701-H/2008, que define como pertencendo à categoria I as obras de natureza simples em que sejam dominantes as características seguintes:

- a) Concepção fácil pela simplicidade de satisfação do programa de exigências funcionais;
- b) Elevado grau de repetição das diferentes partes componentes da obra;
- c) Sistemas ou métodos de execução correntes.

Na categoria II incluem -se as obras de características correntes e onde sejam predominantes os seguintes aspectos:

- a) Concepção simples, baseada em programas funcionais com exigências correntes;
- b) Instalações e equipamentos correspondentes a soluções sem complexidades específicas;
- c) Pequeno grau de repetição das diferentes partes componentes da obra;
- d) Solução da concepção e construção sem condicionamentos especiais de custos.

Na categoria III incluem -se as obras em que a elaboração do projeto está condicionada relativamente às obras correntes, por algum dos fatores seguintes:

- a) Concepção fundamentada em programas funcionais com exigências especiais;
- b) Instalações técnicas que, pela sua complexidade, tornem necessário o estudo de soluções pouco correntes que exijam soluções elaboradas de compatibilização com as diferentes partes componentes da obra;
- c) Obrigatoriedade de pesquisa de várias soluções que conduzam a novos sistemas e métodos e à aplicação de materiais e elementos de construção diferentes das correntes na prática respectiva.
- d) Integração num contexto natural ou construído que determine exigências relevantes, correspondentes a, designadamente, aspectos relacionados com contextos ambientais ou visuais de excepção, históricos;
- e) Obrigação especial de inovação técnica ou artística do programa;
- f) Obrigatoriedade de pesquisa de soluções que garantam uma contenção de custos particularmente reduzidos.

A categoria IV compreende obras com imposições e características mais severas do que as anteriormente especificadas, ou, ainda, em que seja dominante a pesquisa de soluções individualizadas.

obrigatório, devendo as mesmas ser fixadas de forma a permitir aos interessados em participar no procedimento de formação do contrato a garantia de que o farão em condições de igualdade e com respeito pelas regras da concorrência.

No caso das empreitadas de obras públicas entende-se por especificações técnicas a totalidade das prescrições constantes do caderno de encargos, que definem as características exigidas ao material, produto ou fornecimento, que permitem caracterizá-los de modo a que correspondam à utilização a que a entidade adjudicante os destina.

Essas características incluem os níveis de desempenho ambiental, a concepção que preencha todos os requisitos (incluindo a acessibilidade para os deficientes) e a avaliação da conformidade, a adequação de utilização, a segurança ou as dimensões, incluindo os procedimentos relativos à garantia de qualidade, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e rotulagem, as instruções de utilização, bem como os processos e métodos de produção; incluem igualmente as regras de concepção e cálculo, as condições de ensaio, de controlo e de receção das obras, bem como as técnicas e métodos de construção e todas as outras condições de carácter técnico que a entidade adjudicante possa exigir, por meio de regulamentação geral ou especial, no que respeita às obras acabadas e aos materiais ou elementos integrantes dessas obras²³⁰.

Frequentemente verifica-se que nos projetos de execução, nomeadamente nos elementos indicados no mapa de quantidade de trabalhos, constam referências expressas a marcas, processos específicos de fabrico, patentes ou modelos, por ser mais fácil aos autores dos projetos definir desse modo os materiais a aplicar nas empreitadas de obras públicas, o que constitui uma violação ao disposto no n.º 12 do art.º 49º do CCP²³¹.

A União Europeia, através da Comunicação Interpretativa da Comissão (2006/C179/02) C 179/4 JOUE esclarece que a descrição das características exigidas de um produto ou serviço não pode fazer referência a um fabricante ou proveniência determinados, a um processo específico, a marcas comerciais, patentes ou tipos, nem a uma origem ou produção determinada, a menos que tal referência seja justificada pelo objeto do contrato e seja acompanhada da menção «ou equivalente»²³².

²³⁰ Cfr. anexo VI da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de Março

²³¹ Cfr. Art.º 49º n.º 12 do CCP que estipula que é proibida a fixação de especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens.

²³² Ver Processo Bent Moustén Vestergaard, parágrafos 21 a 24 e a comunicação interpretativa da Comissão sobre a facilitação do acesso de produtos aos mercados de outros Estados-Membros, JO C 265 de 4.11.2003, p. 2. Os contratos de serviços constantes do anexo II B

Em qualquer caso, seria preferível usar descrições mais genéricas de desempenho ou exigências funcionais.

É o n.º 13 do mesmo art.º 49º que permite que, excepcionalmente sejam autorizadas tais indicações, quando acompanhadas da menção “ou equivalente”, mas apenas quando não seja possível descrever de forma suficientemente precisa e inteligível as prestações objecto do contrato²³³.

O Tribunal de Contas²³⁴ tem entendido que as regras vertidas nos n.º 12 e 13 do art.º 49º do CCP pretendem proibir que, mesmo por via indirecta, se dificulte ou afaste a participação no procedimento de empresas que não preencham determinados requisitos, e impedir que, por esta via, certos agentes económicos adquiram vantagens no mercado, com violação de sãs regras de concorrência, considerando ainda que as exigências de “marcas” são violadoras dos princípios da livre concorrência e da igualdade de oportunidades dos operadores económicos, sendo ainda susceptíveis de alterar o resultado financeiro do procedimento e, conseqüentemente, do contrato.

Conclui o citado acórdão que tais violações enquadram-se no disposto na alínea c) do n.º 3 do art.º 44º da LOPTC²³⁵, quando aí se refere que constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor sempre que tal implique uma “ilegalidades que possa alterar o respectivo resultado financeiro”.

Verificamos que a excepção prevista no citado n.º 13 do art.º 49º do CCP é frequentemente utilizada sem se cumprirem com os requisitos que possibilitam a sua utilização.

Mais se verifica que a sobredita excepção é utilizada como uma verdadeira regra, o que coloca em risco o respeito pelos princípios da igualdade e da concorrência.

14 - O REGIME DE ERROS E OMISSÕES

da Diretiva 2004/18/CE e no anexo XVII B da Diretiva 2004/17/CE têm de cumprir as regras relativas às especificações técnicas enunciadas no artigo 23.o da Diretiva 2004/18/CE e no artigo 34.o da Diretiva 2004/17/CE se excederem o limiar para a aplicação destas diretivas. As especificações técnicas para tais contratos têm de ser elaboradas antes da seleção de um contratante e têm de ser dados a conhecer ou disponibilizadas aos potenciais concorrentes por meios que garantam a transparência e ponham todos os concorrentes potenciais em pé de igualdade, ver parecer do Advogado Geral Jacobs no Processo C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari, parágrafos 76 a 78.

²³³ O RJEOP estabelecia também este tipo de proibição, no art.º 65º n.º 6, sem que contudo referisse de forma expressa que o recurso à indicação de marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, ou de uma origem ou produção determinadas, com a menção «ou equivalente» tinha carácter excepcional.

²³⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 04/2011 - 25.Jan.2011 - 1ªS/SS (Processo n.º 1550/2010), disponível em www.tcontas.pt

²³⁵ Cfr. Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.

O regime de erros e omissões previsto no CCP constitui uma das principais inovações deste Código, e um corte no que especificamente diz respeito com as empreitadas de obras públicas tal como se encontravam reguladas no RJEOP.

Na vigência do RJEOP o regime dos erros e omissões encontrava-se regulado no art.º 14º, e determinava que o empreiteiro a quem fosse adjudicada uma obra podia reclamar, após a celebração do auto de consignação,²³⁶ contra erros ou omissões do projeto, relativos à natureza ou volume dos trabalhos, sempre que se verificassem diferenças entre as condições locais existentes e as previstas ou entre os dados em que o projeto se baseava e a realidade.

Os adjudicatários podiam ainda apresentar reclamações contra erros de cálculo, erros materiais e outros erros ou omissões das folhas de medições discriminadas e referenciadas e respectivos mapas-resumo de quantidades de trabalhos, quando se verificassem divergências entre estas e o que resulta das restantes peças do projeto.

Assim, verificamos que de acordo com o referido regime estabelecido no RJEOP, revogado pelo CCP, apenas podiam ser reclamados erros e omissões após a celebração do contrato, e desde que fossem relativos aos elementos do projeto, recaindo essa prerrogativa apenas no empreiteiro a quem fosse adjudicada a obra, e tendo esses erros e omissões consequência direta no preço contratual.

O art.º 37º do RJEOP estabelecia que a responsabilidade pelos erros e omissões provenientes de deficiências técnicas e de erros de conceção dos projetos e dos restantes elementos patenteados no concurso ou em que posteriormente se definam os trabalhos a executar serão da responsabilidade do dono da obra ou do empreiteiro, conforme aquelas peças sejam apresentadas pelo primeiro ou pelo segundo.

Verificada a existência de um erro ou de uma omissão, o valor da respetiva retificação seria acrescido ou deduzido ao valor da adjudicação²³⁷.

No atual regime a deteção dos erros e omissões poderá ser concretizada logo desde a fase da instrução do procedimento de formação do contrato, ou seja, antes da celebração do contrato²³⁸, e por

²³⁶ Cfr. Art. 14º n.º 1 do RJEOP que definia que o prazo para a apresentação da reclamação era de 66 dias, ou o que for para o efeito estabelecido no caderno de encargos, de acordo com a dimensão e complexidade da obra, mas não inferior a 15 dias, contados da data da consignação.

²³⁷ Cfr. art.º 15º n.º 1 do RJEOP.

²³⁸ De acordo com o estipulado no art.º 61º n.º 1 do CCP, até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas, os interessados, devem apresentar ao órgão competente para a decisão de contratar uma lista na qual identifiquem, expressa e inequivocamente, os erros e as omissões do caderno de encargos detectados.

impulso de qualquer interessado que manifeste o propósito de participar no procedimento, adquirindo as respetivas peças procedimentais.

O CCP alargou o conceito de erros e omissões a todo o conteúdo do caderno de encargos e às condições físicas dos locais onde se realizarão as obras.

De acordo com José Manuel Oliveira Antunes²³⁹, uma omissão consiste num trabalho indispensável à execução da empreitada, mas que não consta do projeto ou não consta para efeitos de remuneração do empreiteiro, do mapa de medições, enquanto um erro consiste na incorreta quantificação, no projeto ou no mapa de medições, de um trabalho indispensável à execução da empreitada.

Ainda segundo o mesmo Autor²⁴⁰, elaborada uma pesquisa por vários cadernos de encargos ou modelos tipo de contratos de obras internacionais de dimensão significativa, retira-se que por omissão deve entender-se a falha na inclusão de itens necessários, como por exemplo omissão de elementos de um padrão ou modelo, ou enganos sobre condições do terreno, enquanto que por erro devem entender-se as incorreções ou inexatidões nos desenhos e nas especificações, incluindo nomeadamente a aplicação de padrões errados, cálculos errados ou erros de medições.

O novo regime transferiu parte da responsabilidade pela existência de erros e omissões das peças do procedimento para os concorrentes e em última instância para o adjudicatário, o que nos parece ser mais um claro sinal de que não se acredita na responsabilização dos técnicos autores dos projetos, e não se aposta na obtenção de bons projetos, elaborados de forma estruturada, com base em programas definidos de forma ponderada e fundamentada, que visem dar resposta a efectivas necessidades públicas.

Procedeu-se, ao invés, à transferência dessa responsabilidade para os concorrentes que têm assim de efectuar uma autêntica revisão ao projeto de execução (que não conhecem), para comunicar ao dono de obra os erros e as omissões que o aquele possui...

O CCP não possui contudo uma definição específica de erros e omissões.

Segundo o CCP²⁴¹, os erros e as omissões detectados no caderno de encargos devem dizer respeito a:

a) Aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade²⁴²;

²³⁹ José Manuel Oliveira Antunes, Contrato de Empreitada, Quid Júris, 2002, pag. 111.

²⁴⁰ José Manuel Oliveira Antunes, Código dos Contratos Públicos – regime de erros e omissões, Almedina, 2009, pag. 19.

²⁴¹ Cfr. Art.º 61º n.º 1 do CCP.

b) Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objeto do contrato a celebrar²⁴³;

c) Condições técnicas de execução do objecto do contrato a celebrar que o interessado não considere exequíveis²⁴⁴.

O n.º 2 do art.º 61º do CCP, constitui uma exceção ao ónus de identificação de erros e omissões imposto aos interessados, determinado que os interessados não se encontram obrigados a identificar os erros e omissões que, actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, apenas se pudessem detetar na fase de execução do contrato.

O legislador remete, neste n.º 2 do art.º 61º, para “a diligência objectivamente exigível”, o que constitui mais um conceito abstrato, que, de acordo com José Manuel Oliveira Antunes²⁴⁵, não pode ultrapassar o grau de conhecimento expectável dum “executante de obra”, não parecendo legítimo exigir um nível de conhecimento à empresa concorrente, idêntico ao de um projectista ou de uma empresa de projetos, devendo nesta avaliação aferir-se a culpa deitando-se mão do conceito de bom pai de família, previsto nos artigos 487º n.º 2 e 799º do Código Civil.

Tal como refere o mesmo Autor, a avaliação de que o comportamento da entidade adjudicante é enquadrável no conceito de “diligência objectivamente exigível” tem de ser averiguada caso a caso, e nessa avaliação terá de se ter em consideração um conjunto de fatores, entre os quais se inclui a facilidade do conhecimento do local onde se executará a obra, o grau de pormenorização dos elementos geotécnicos e geológicos, e o prazo que os interessados tenham para procederem à identificação dos erros e omissões.

²⁴² Nesta alínea a) os interessados deverão ter em consideração aspectos relacionados com discrepâncias entre a informação formal vertida no caderno de encargos e os elementos de factos verificados no local, podendo enquadrar-se aqui erros e omissões relacionados com o próprio local da execução da obra, e área circundante, aí se incluindo ainda questões relacionadas com a disponibilidade do terreno, a garantia de que a obra não colocará em risco serviços públicos, etc.

²⁴³ Com base no disposto nesta alínea b) os concorrentes deverão averiguar se existem erros ou omissões nas peças do procedimento em que se definem as quantidades e os tipos de material, relativos à espécie ou à quantidade das prestações, sendo que esta análise é bastante difícil de ser feita nos prazos concedidos para a apresentação da proposta e implica a afectação de muitos recursos técnicos, o que implica custos que nem sempre são assumidos pelos concorrentes.

²⁴⁴ O disposto nesta alínea c) está directamente relacionado impossibilidades objectivas de cumprimento do contrato, ou seja com os métodos, procedimentos, tecnologias, equipamento e material a utilizar na execução a obra em causa, sendo que, tal como defende José Manuel Oliveira Antunes, in Código dos Contratos Públicos – regime de erros e omissões, Almedina, 2009, pelo que as condições técnicas exequíveis implicam com a própria solução de cada um dos trabalhos que compõem a empreitada, e assim também neste caso seria necessário aos concorrentes afectarem bastantes recursos humanos e financeiros para levar a efeito uma análise com seriedade.

²⁴⁵ José Manuel Oliveira Antunes, Código dos Contratos Públicos – regime de erros e omissões, Almedina, 2009, pag.100

A lista de erros e omissões deverá ser apresentada, na plataforma electrónica²⁴⁶, por qualquer interessado, de acordo com disposto no art.º 61º n.º1 do CCP, até ao quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas²⁴⁷.

A apresentação da lista de erros e omissões, põe em causa aspectos que a entidade adjudicante pretendia verter para o contrato a celebrar, pelo que o efeito principal dessa apresentação consiste na suspensão do prazo para a apresentação das propostas²⁴⁸, desde o final do quinto sexto desse prazo até à data da publicitação da decisão.

A não apresentação de qualquer lista de erros e omissões implica que o prazo para a apresentação de propostas corre de forma ininterrupta, devendo, nessa sequência, as propostas ser entregues até ao final do prazo inicialmente fixado.

Poderá ainda suceder que para além das listas de erros e omissões apresentadas pelos interessados a entidade adjudicante, *de motu próprio* poderá, no decurso do prazo para apresentação das propostas, detectar erros e omissões e proceder à sua rectificação²⁴⁹, o que terá de ser feito até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas, mantendo-se, nestes casos, o prazo inicialmente fixado para a entrega de propostas.

Sendo apresentadas listas de erros e omissões pelos interessados, compete à entidade adjudicante, cumprindo com o disposto no n.º 4 do art.º 61º do CCP, disponibilizar essas listas na plataforma electrónica²⁵⁰, devendo todos os interessados ser imediatamente notificados desse facto.

Sempre que sejam entregues listas de erros e omissões, há três cenários que se podem verificar, e que a seguir se enunciam:

- a) A entidade adjudicante poderá, depois de recebidas as listas de erros e omissões, e após análise das mesmas, pronunciar-se dentro do último sexto do prazo definido para a apresentação de propostas, o que levará a que o prazo seja prorrogado exactamente pelo prazo correspondente ao último sexto do prazo que se encontra por contabilizar.

²⁴⁶ Cfr. Art.º 12º n.º 1 da Portaria 701-G/2008

²⁴⁷ Determina o art.º 14º n.º 1 da Portaria 701-G/2008 que as plataformas eletrónicas disponibilizam aos interessados a indicação da data e hora de termo do prazo para a apresentação da lista, na qual sejam identificados erros e omissões do caderno de encargos, prevista no artigo 61.º do CCP.

²⁴⁸ Cfr. Art.º 61º n.º 3 do CCP.

²⁴⁹ Cfr. Art.º 50º n.º 4 do CCP.

²⁵⁰ São carregadas na plataforma, podendo os interessados descarrega-las desde essa plataforma, o que deverão fazer, uma vez que as listas de erros e omissões apresentadas aproveitam a todos os concorrentes.

b) Existe também a possibilidade da entidade adjudicante receber as listas de erros e omissões e pronunciar-se sobre as mesmas para além do prazo definido para a entrega das propostas. Nestes casos, a entidade adjudicante deverá, de forma expressa, e através de notificação a expedir via plataforma electrónica, comunicar a suspensão do prazo até que seja comunicada a decisão sobre a referida lista de erros e omissões²⁵¹.

Depois de proferida decisão sobre a lista, e com a comunicação da mesma, reinicia-se o prazo, que corresponderá ao último sexto do prazo para apresentação das propostas.

c) A entidade adjudicante poderá também não se pronunciar, de qualquer modo, sobre a lista de erros e omissões, o que equivalerá a uma decisão no sentido de recusar todos os erros e omissões²⁵². Nestas situações o prazo para a apresentação de propostas reinicia-se no dia seguinte àquele que estava inicialmente definido para a apresentação das propostas, e esse prazo será acrescido de mais um sexto, que corresponde ao prazo que o processo esteve suspenso.

Quando a aceitação de erros ou de omissões do caderno de encargos, nos termos do disposto no art. 61.º, implicar alterações de aspectos fundamentais das peças do procedimento, o prazo para apresentação de propostas deverá ser prorrogado, no mínimo, por um período equivalente ao tempo decorrido desde o início daquele prazo até à comunicação das rectificações ou à publicitação da decisão de aceitação de erros ou de omissões²⁵³.

A alteração do caderno de encargos, perfeitamente admitida pelo legislador no caso de aceitação de erros e omissões apresentados pelos concorrentes no decurso do prazo para apresentação de propostas, ou impostos diretamente pelo dono de obra, constitui uma relevante exceção ao princípio da estabilidade das peças do procedimento, tal como pressuposto e exigido pelo princípio da igualdade em que assentam os procedimentos pré-contratuais²⁵⁴.

A referida alteração não coloca em causa a transparência e a igualdade de tratamento, uma vez que todos os potenciais concorrentes ficam em condições de igualdade.

²⁵¹ A não comunicação da suspensão do prazo poderá ser entendida pelos interessados como uma ausência de decisão, o que, como já vimos, equivaleria à não-aceitação da lista de erros e omissões.

²⁵² Cfr. n.º 5 do art.º 61º do CCP.

²⁵³ Cfr. Art.º 64º n.º 2 do CCP.

²⁵⁴ Cláudia Viana, O regime de erros e omissões do caderno de encargos, in *Direito Regional e Local* n.º 12, CEJUR, 2010, pag. 54.

A decisão da entidade adjudicante sobre as listas de erros e omissões terá de ser disponibilizada através da plataforma eletrónica²⁵⁵, passando a constituir mais um elemento das peças do procedimento, integrando sempre o contrato a celebrar²⁵⁶.

O art.º 96º n.º 5 do CCP estabelece que a lista de erros e omissões aceites prevalecerá, em caso de divergência, sobre os esclarecimentos e as rectificações relativos ao caderno de encargos, o caderno de encargos, a proposta adjudicada, e sobre os esclarecimentos sobre a proposta adjudicada prestados pelo adjudicatário.

Quando a entidade adjudicante aceita a totalidade ou alguns dos erros e omissões invocados pelos interessados, ou até quando esses erros e omissões são anunciados directamente pela entidade adjudicante, compete aos interessados²⁵⁷, nos documentos que contenham os atributos da proposta²⁵⁸, identificar, expressa e inequivocamente os termos do suprimento de cada um dos erros ou das omissões aceites sem que, em caso algum, daí resulte a violação de qualquer parâmetro base fixado no caderno de encargos, devendo ainda o concorrente identificar o valor (incorporando-o no preço ou preços indicados na proposta) atribuído a cada um dos suprimentos.

Como consequência da referida exigência imposta aos interessados, no sentido de se identificar, expressa e inequívoca, o modo de suprimento de cada um dos erros e omissões aceites pelo dono da obra, deve retirar-se que as condições e valores propostos pelos interessados têm de ser evidenciadas nas propostas apresentadas.

Tal como decidiu o Tribunal de Contas no acórdão n.º 2/2010 – 26 de Janeiro de 2010 - 1ª S/SS ²⁵⁹, “a proposta deve conter, de forma explícita e inequívoca, os valores corrigidos, correcta e rigorosamente inseridos nos capítulos e itens de medição, pois que só desse modo, se pode aferir o modo de suprimento dos erros e omissões aceites”.

Do supra exposto não se deverá retirar que se exija um formalismo específico para a apresentação dos termos do suprimento de erros e omissões. Como decorre do acórdão do Tribunal de Contas n.º 166/2009, de 20 de Novembro de 2009, Proc. N.º 1314/09²⁶⁰, “a lei não exige um formalismo especial para a evidenciação do modo de suprimento de erros e omissões, desde que da

²⁵⁵ Cfr. Art.º 12º n.º 1 da Portaria 701-G/2008.

²⁵⁶ Cfr. Art.º 96º n.º 2 alínea a) do CCP

²⁵⁷ Cfr. Art.º 61º n.º 7 do CCP.

²⁵⁸ Cfr. art.º 57º n.º 1 alínea b) do CCP

²⁵⁹ Disponível em www.tcontas.pt

²⁶⁰ Disponível em www.tcontas.pt

proposta se retire, expressa e inequivocamente, o modo como foi efetuado esse suprimento, não podendo a não apresentação dessas listas, de forma separada, constituir motivo de exclusão da proposta.

As propostas que não incluam os termos do suprimento de erros e omissões e o respectivo valor serão excluídas, de acordo com o definido no art.º 146º n.º 2 alínea j) do CCP²⁶¹.

Os erros e omissões detectados pelos interessados ou pela entidade adjudicante na fase do concurso, ou durante a execução da obra, terão sempre de ser supridos, através dos denominados trabalhos de suprimento de erros e omissões, cujo regime consta da Secção VI do Capítulo I do Título II do CCP, referente às modificações objetivas do contrato.

O art.º 376º do CCP impõe ao empreiteiro a obrigação de executar todos os trabalhos de suprimento de erros e omissões que lhe sejam ordenados pelo dono da obra²⁶², recaindo sobre este a obrigação de entregar ao empreiteiro todos os elementos necessários para esse efeito, salvo quando se tratar de uma situação em que o empreiteiro tenha a obrigação pré-contratual ou contratual de elaborar o programa ou o projeto de execução.

Assim como impunha o RJEOP²⁶³, também o CCP determina que, para que os trabalhos de suprimento de erros e omissões sejam ordenados é necessário que essa exigência resulte de circunstâncias imprevistas à execução da obra²⁶⁴.

Está aqui em causa o enquadramento dos trabalhos de suprimento de erros e omissões como sendo resultantes de circunstâncias imprevistas, o que, de acordo com o que o Tribunal de Contas vem defendendo (ainda que em acórdãos proferidos com base na legislação anterior, mas que se considera que se mantêm válidos para efeitos de análise da presente questão), não pode ser, pura e simplesmente, circunstância “não prevista”, acepção que a simples etimologia ainda poderia consentir mas que a semântica de todo não recomenda.

²⁶¹ A alínea j) do n.º 2 do art.º 146 do CCP impõe que o Júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas que, identificando erros ou omissões das peças do procedimento, não cumpram o disposto no n.º 7 do artigo 61.º que determina que os concorrentes devem identificar Os termos do suprimento de cada um dos erros ou das omissões aceites nos termos do disposto no n.º 5, do qual não pode, em caso algum, resultar a violação de qualquer parâmetro base fixado no caderno de encargos e ainda o valor, incorporado no preço ou preços indicados na proposta, atribuído a cada um dos suprimentos a que se refere a alínea anterior.

²⁶² Desde que, como estabelece o n.º 3 do art.º 376º do CCP, o somatório do preço atribuído à execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões a executar com o preço de anteriores trabalhos de suprimento de erros e omissões e de anteriores trabalhos a mais não exceder 50 % do preço contratual.

²⁶³ Cfr. Art. 26º do RJEOP

²⁶⁴ Cfr. Art.º 370º e seguintes do CCP.

Ainda de acordo com o Tribunal de Contas²⁶⁵, por circunstância “imprevista” deve considerar-se toda a circunstância inesperada e inopinada. Num outro acórdão²⁶⁶ o Tribunal de Contas acolhe um entendimento particularmente exigente, enunciando circunstância imprevista como sendo a “circunstância que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto”.

O empreiteiro poderá sempre, como estabelece o CCP nos art.º 371º n.º 2 *ex vi* n.º 4 do art.º 376º, nos casos de trabalhos de suprimento de erros e omissões, optar por exercer o direito de resolução do contrato, o que também poderá ser decidido nos casos em que esses trabalhos sejam de espécie diferente dos previstos no contrato ou da mesma espécie de outros nele previstos mas a executar em condições diferentes, ou ainda quando o empreiteiro não disponha dos meios humanos ou técnicos indispensáveis para a sua execução.

Quando o dono da obra considere injustificada a não execução dos trabalhos a mais, pode, nos termos do disposto no n.º 2 do art.º 372º do CCP, optar por uma das seguintes soluções:

a) Notificar o empreiteiro com, pelo menos, cinco dias de antecedência, para execução os trabalhos a mais; ou

b) Optar pela execução dos trabalhos a mais, diretamente ou por intermédio de terceiro, quando o empreiteiro tenha manifestado de forma perentória a intenção de não os executar, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.º 2 a 4 do artigo 325º do CCP.

Aqui chegados, podemos concluir que se podem verificar quatro tipos de situações em que haverá lugar à realização de trabalhos de suprimento de erros e omissões:

- Erros e omissões detectados pelos concorrentes na fase de formação do contrato mas que não tenham sido aceites pelo dono da obra²⁶⁷.

- Erros e omissões que, ainda que actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, não pudessem ter sido detectados na fase de formação do contrato, de acordo com o disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 61º ²⁶⁸.

²⁶⁵ Acórdão n.º 8/2004, de 8 de Junho – 1.ª S/PL do Tribunal de Contas, disponível em www.tcontas.pt.

²⁶⁶ Acórdão n.º 34/2006 – Mai.16.2006 – 1.ª S-PL, disponível em www.tcontas.pt.

²⁶⁷ Cfr. Art.º 377º n.º 2 alínea a)

²⁶⁸ Cfr. Art.º 377º n.º 2 alínea b).

- Erros e omissões que tenham sido oportunamente detectados na fase de execução do contrato, desde que identificados e comunicados ao dono de obra, no prazo de 30 dias a contar da data em que fosse exigível a sua detecção²⁶⁹.

- Erros e omissões cuja detecção era exigível na fase de formação do contrato nos termos do disposto nos n. 1 e 2 do artigo 61.º ²⁷⁰.

A execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões exige a prévia definição do prazo e do preço dos mesmos. É no art.º 373º do CCP *ex vi* art.º 377 n.º 1, ambos do CCP que vamos encontrar as regras que referem o modo de definir o prazo e o preço dos trabalhos de suprimento de erros e omissões.

Assim, relativamente ao preço e ao prazo temos que:

- Estando em causa preços novos (trabalhos de espécie diferente ou da mesma espécie de outros previstos no contrato mas a executar em condições diferentes²⁷¹), o empreiteiro, no prazo de 10 dias²⁷² contados desde a receção da ordem emanada pelo dono da obra, deve apresentar a este uma proposta de preços;

- O dono da obra, no prazo de 10 dias²⁷³, contados desde a receção daquela proposta de preços, decide num dos seguintes sentidos:

- Aceita a proposta;

- Recusa a proposta e apresenta uma contra-proposta, devendo, nesse caso, o empreiteiro pronunciar-se sobre a mesma no prazo de 10 dias;

- Recusa a proposta e não apresenta qualquer contra-proposta, sendo o desacordo sanado, *a posteriori*, pela via judicial ou arbitral.

- Não se pronuncia dentro do prazo de 10 dias contados desde a receção da proposta, o que determina a caducidade do seu direito de manifestar desacordo com a proposta, e de apresentar uma contra-proposta, implicando que a proposta apresentada pelo empreiteiro seja considerada como aceite para efeitos contratuais e legais.

A execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões implicará a prorrogação do prazo definido para a execução da empreitada por um período de tempo proporcional aos prazos definidos,

²⁶⁹ Cfr. Art.º 377º n.º 2 alínea c e art.º 378º n.º 4.

²⁷⁰ Cfr. Art.º 378º n.º 3 do CCP.

²⁷¹ Cfr. Art.º 373º n.º 1 alínea b) do CCP.

²⁷² No âmbito do RJEOP, o prazo era de 15 dias, segundo o n.º 1 do art.º 27º.

²⁷³ No âmbito do RJEOP, o prazo era de 15 dias, segundo o n.º 3 do art.º 27º.

de acordo com o definido no referido art.º 373º do CCP, desde que se esteja perante uma das situações enunciadas no art.º 377º n.º 2²⁷⁴ do CCP.

O dono da obra e o empreiteiro, depois de definidos os termos e condições a que devem obedecer os trabalhos de suprimento de erros e omissões, deverão formalizar o acordo por escrito, como determina o art.º 375º do CCP.

O n.º 2 do art.º 374º do CCP consagra uma regra equilibrada para se determinar se haverá lugar à prorrogação de prazo no caso de execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões, segundo a qual o prazo não se prorrogará quando estiverem em causa trabalhos cuja execução não prejudique o normal desenvolvimento do plano de trabalhos²⁷⁵.

A questão mais polémica associada aos trabalhos de suprimento de erros e omissões é, sem dúvida, a da definição da responsabilidade pela execução dos mesmos, ou seja, a responsabilidade pela assunção das despesas inerentes a essa execução.

O dono da obra será responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões que resultem dos elementos que tenham sido por si elaborados ou disponibilizados ao empreiteiro²⁷⁶, e ainda pelos trabalhos que hajam sido identificados pelos concorrentes na fase de formação do contrato mas que não tenham sido expressamente aceites²⁷⁷.

O empreiteiro será, por sua vez, responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões diretamente decorrentes do projeto, quando a elaboração deste seja da sua responsabilidade, exceto se esses erros e omissões sejam consequência dos elementos entregues pelo dono da obra²⁷⁸, que neste caso é o responsável pela execução dos mesmos.

O empreiteiro será ainda responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões cuja detecção era exigível na fase de formação do contrato, nos termos do disposto nos n. 1 e 2 do artigo

²⁷⁴ Cfr. Art.º 377º n.º 2 que impõe que a execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões pode dar lugar à prorrogação do prazo de execução da obra, nos termos do disposto no artigo 374.º, quando se trate de:

a) Erros e omissões detectados pelos concorrentes na fase de formação do contrato mas que não tenham sido aceites pelo dono da obra;
b) Erros e omissões que, ainda que actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, não pudessem ter sido detectados na fase de formação do contrato, de acordo com o disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 61.º;
c) Erros e omissões que tenham sido oportunamente detectados na fase de execução do contrato, de acordo com o previsto no n.º 4 do artigo seguinte.

²⁷⁵ A dificuldade da aplicabilidade desta regra, que nos parece bastante razoável, está no facto de estarmos perante mais um conceito indeterminado, cuja concretização dependerá sempre de uma avaliação técnica, que deverá ser o mais imparcial possível, o que nem sempre será fácil, uma vez que da aplicação desta regra resultam consequências contrárias aos interesses de empreiteiro e dono da obra.

²⁷⁶ Cfr. Art.º 378 n.º 1 do CCP.

²⁷⁷ Cfr. Art. 378º n.º 3 in fine do CCP.

²⁷⁸ Cfr. Art.º 378 n.º 2 do CCP.

61º²⁷⁹, sendo ainda responsáveis pelos trabalhos referente a erros e omissões que, não sendo exigível que tivessem sido detectados na fase de formação do contrato nos termos do disposto nos n. 1 e 2 do artigo 61.º, também não tenham sido por ele identificados no prazo de 30 dias a contar da data em que fosse exigível a sua deteção²⁸⁰.

Também nesta matéria o CCP caminhou no sentido de ser exigente com o projeto de execução, e consequentemente com os seus Autores (porque são os principais responsáveis pela sua execução) e com o dono da obra (porque fornece os elementos necessários para a sua execução), ao estabelecer no n.º 6 do citado art.º 378º que sempre que os erros e omissões decorram do incumprimento de obrigações de concepção assumidas por terceiros perante o dono da obra deverá este exercer, obrigatoriamente, o direito que lhe assista de ser indemnizado por parte destes terceiros, ficando o empreiteiro sub-rogado no direito de indemnização que assista ao dono da obra perante esses terceiros até ao limite do montante que deva ser por si suportado.

15 - APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

A proposta²⁸¹ consiste na declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo²⁸².

Os atributos da proposta constituem a resposta a cada um dos aspetos da execução do contrato que o caderno de encargos submeteu à concorrência²⁸³.

Os termos ou condições das propostas, por sua vez, correspondem aos aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, mas relativamente aos quais a entidade adjudicante, em vez de uma descrição em termos fixos, optou por estabelecer limites mínimos ou máximos, cabendo aos concorrentes apresentar propostas mais ou menos aproximadas desses limites (sem os ultrapassar, sob pena de exclusão)²⁸⁴.

²⁷⁹ Cfr. art.º 378º n.º 3 do CCP *ab initio*, que deverá ser articulado com o n.º 5 do mesmo artigo que determina que nestes trabalhos de suprimento de erros e omissões a responsabilidade do empreiteiro corresponderá a metade do preço dos trabalhos executados

²⁸⁰ Cfr. Art.º 378º n.º 4 do CCP.

²⁸¹ Esta definição de proposta consta do art.º 56º do CCP.

²⁸² O conceito de proposta constante do CCP é em tudo semelhante ao conceito de proposta que constava do RJEOP, no art.º 72º n.º 1.

²⁸³ Cfr. Luís Verde de Sousa, "A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta", in Estudos da Contratação Pública III, Coimbra Editora, 2010, pag. 284

²⁸⁴ Cfr. Sêrvulo Correia & Associados, "Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e serviços", 2008, pag. 35.

Em ordem a entender o conceito de atributo torna-se necessário referir uma novidade terminológica do CCP, que consiste na distinção entre aspetos da execução do contrato que estejam ou não submetidos à concorrência, como consta do art.º 42º do CCP²⁸⁵.

Ainda relativamente aos atributos da proposta podemos distinguir os aspetos da execução do contrato que poderão ser obrigatórios, daqueles que serão facultativos.

Os aspetos de execução obrigatória dizem respeito aos elementos que terão de ser obrigatoriamente referidos na proposta, devendo o concorrente dar resposta a esses aspetos²⁸⁶, sob pena de exclusão.

Por sua vez, os aspetos facultativos corresponderão aos aspetos submetidos à concorrência e serão incluídos na proposta sempre que o caderno de encargos assim o determine.

Ao apresentar a proposta o concorrente está também a vincular-se ao cumprimento das prestações e contraprestações que constituem a sua manifestação de vontade de celebrar o contrato, e a indicar quais as condições em que aceita fazê-lo, no caso de ser o concorrente escolhido pela entidade adjudicante²⁸⁷.

As propostas estão sujeitas ao princípio da intangibilidade, o que determina que, salvo se as regras do concurso admitirem a sua alteração no decorrer da fase de análise, ficam sujeitas à regra que determina que, uma vez apresentadas, as propostas não podem ser alteradas, nem retiradas.

Estra regra é também denominada por princípio da seriedade das propostas²⁸⁸.

Também no relatório final do CEDOUA²⁸⁹ é defendida a ideia de que no caso de se aceitarem alterações às propostas durante a fase de análise das mesmas, nomeadamente ao referir que a possibilidade de alteração de propostas ao longo do procedimento poderia facilmente introduzir dados que se furtariam aos processos públicos exigíveis, dificultando a tarefa de ponderação a cargo da entidade administrativa.

²⁸⁵ Por aspetos da execução do contrato que estejam submetidos à concorrência pode entender-se como sendo os pontos do caderno de encargos que exigem uma resposta dos concorrentes que será objeto de avaliação para efeitos de decisão de adjudicação, correspondendo assim à parte da proposta que está sujeita a disputa entre os concorrentes. Por outro lado os aspetos da execução do contrato que não estejam submetidos à concorrência correspondem precisamente às partes do caderno de encargos que se encontram fora de disputa por parte dos concorrentes, cabendo-lhe apenas aderir a esses aspetos, que são vinculativos, e que não são, por isso, objeto de qualquer tipo de avaliação para efeitos de decisão de adjudicação.

²⁸⁶ Todos os aspetos não submetidos à concorrência são obrigatórios (cfr. art.º 70º n.º 2 alínea b) do CCP).

²⁸⁷ Este compromisso é plasmado numa declaração que deve ser feita de acordo com o modelo que consta do Anexo I do CCP.

²⁸⁸ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de matos, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Coimbra Editora, 2008, pag. 318.

²⁸⁹ CEDOUA/Faculdade de Direito de Coimbra/IGAT (Relatório Final elaborado por Fernando Alves Correia, Antônio Barbosa de Melo, Pedro Gonçalves, Raquel G. Moniz e Dulce Lopes), *Contratação Pública Autárquica*, cit., pag. 60

Segundo estabelece o acórdão de 13/01/2011 do Supremo Tribunal de Justiça²⁹⁰, as propostas constituem uma peça fundamental no procedimento de contratação pública uma vez que, por um lado, constituem a declaração negocial através da qual o interessado comunica à Administração a sua vontade de contratar e o modo como pretende fazê-lo e, por outro, é com base na proposta que a Administração forma o seu juízo e toma a sua decisão sobre a escolha da proposta que melhor responde às necessidades da entidade adjudicante.

As propostas, como refere Marcello Caetano²⁹¹, deverão ser sérias, firmes e concretas. Serão, segundo mesmo Autor, sérias se forem feitas com o propósito de serem mantidas e cumpridas. Serão firmes se não possuírem cláusulas restritivas, resolutivas ou excepcionais. Serão concretas se se absterem de apresentar preços indeterminados.

Os documentos que constituem a proposta são obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa. Contudo esta exigência é conciliável com o uso de vocábulos estrangeiros desde que estes não se assumam como uma parte contraposta a outra, redigida em português, uma vez que a aludida exigência refere-se à globalidade da proposta, e não a cada uma das palavras em que ela se decompõe²⁹².

A proposta é, contudo, bem mais que uma simples declaração de vontade de contratar, uma vez que para além daquela declaração, incluirá ainda, como determina o art.º 57º do CCP, um conjunto de documentos que contêm:

- Os documentos que o programa de procedimento exija que sejam juntos;
- Os documentos de onde decorra a forma como o concorrente se dispõe a executar os aspectos submetidos à concorrência no programa de procedimento e no caderno de encargos;
- Os documentos exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule;
- Os documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, quando esse preço resulte, directa ou indirectamente, das peças do procedimento.

²⁹⁰ Disponível em www.dgsi.pt

²⁹¹ Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Almedina, Vol. I, pag. 599

²⁹² Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16/12/2012, disponível em www.dgsi.pt

Para o caso das empreitadas de obras públicas, aos documentos supra referidos, acresce a necessidade de se apresentar ainda uma lista de preços unitários e um plano de trabalhos²⁹³.

Ao contrário do que sucedia com o RJEOP, com o CCP deixa de existir a dicotomia entre os documentos que instruem a proposta e os documentos de habilitação dos concorrentes. Tal deve-se ao facto de os documentos de habilitação dos concorrentes serem apenas exigidos ao adjudicatário, após a notificação da decisão de adjudicar²⁹⁴.

Aliás, uma das principais vantagens da desmaterialização dos procedimentos é, indubitavelmente, a desnecessidade de todos os concorrentes terem de apresentar, juntamente com a proposta, os documentos de habilitação.

Com efeito, o CCP dispensa a apresentação dos documentos de habilitação aos concorrentes, exigindo-os apenas ao concorrente a quem for adjudicada a empreitada, que terá de os apresentar, no prazo fixado para o efeito pela entidade adjudicante, que, de seguida, e cumprindo com o disposto no art.º 85º n.º 2 do CCP, disponibiliza esses mesmos documentos na plataforma eletrónica, para que todos os concorrentes os possam consultar.

A não apresentação dos documentos de habilitação determina, nos termos do disposto no art.º 86º do CCP, a caducidade da adjudicação.

Com a entrada em vigor do CCP também deixou de se levar a efeito a apreciação da capacidade financeira e técnica dos concorrentes, que, nos concursos públicos, se desenrolava imediatamente após o acto público e antes da análise de propostas²⁹⁵. Consideramos que esta alteração constitui uma evolução lógica da legislação, na medida em que não era razoável que fosse permitido ao dono de obra excluir um concorrente, por não possuir capacidade técnica, económica ou financeira, quando a entidade com responsabilidade pela emissão dos alvarás necessários para exercer a actividade de empreiteiro de obras públicas considerava (com a própria atribuição do alvará) que

²⁹³ Cfr. Art.º 57º n.º 2 do CCP.

²⁹⁴ Cfr. Acórdão n.º 08538/12 o Tribunal Central Administrativo Sul, de 29/03/2012, onde é referido que não é exigível ao concorrente identificar logo na proposta as habilitações necessárias ou as entidades que pretende subcontratar para execução de tais obras, sendo que a exclusão de um concorrente com base na não apresentação inicial de tais habilitações ou entidades viola o disposto no artigo 60º n.º 4 e 81º do Código dos Contratos Públicos.

²⁹⁵ Com o RJEOP os concorrentes que não lograssem demonstrar a referida capacidade financeira eram excluídos e como tal a sua proposta não chegava à fase de análise das propostas. Actualmente, na vigência do CCP, a capacidade financeira dos concorrentes apenas é relevante nos concursos limitados por prévia qualificação, e no procedimento de negociação. A capacidade financeira é a aptidão estimada dos concorrentes para mobilizarem os meios financeiros que se prevê que sejam necessários para a execução integral das obrigações decorrentes do contrato a celebrar. A Portaria 971/2009, de 27 de Agosto, estabelece os indicadores de liquidez geral e autonomia financeira, com vista ao acesso e permanência na atividade da construção das empresas de construção.

essas empresas se podiam apresentar ao mercado, e como tal possuíam a necessária capacidade económica, técnica e financeira.

Apenas nos procedimentos de concurso limitado, de negociação e de diálogo concorrencial, em que é sempre cumprida uma fase de prévia qualificação, são exigidos documentos directamente relacionados com a habilitação dos interessados.

A obrigatoriedade, imposta aos concorrentes, de cumprirem com o determinado pelo caderno de encargos, limita bastante os termos em que são apresentadas as propostas, verificando-se que apenas nos aspetos submetidos à concorrência poderão as mesmas desviar-se do estatuído naquele. Assim, apenas no que diga directamente respeito aos atributos da proposta, ou seja, aos aspectos da execução da obra, poderá o concorrente afastar-se do definido no caderno de encargos.

Contudo, o n.º 3 do art.º 57º do CCP concede aos concorrentes a possibilidade de apresentarem, junto com a proposta, quaisquer outros documentos que considerem indispensáveis para melhor desenvolverem os atributos da proposta.

Por sua vez o art.º 59º do CCP estabelece que o dono de obra pode, no caderno de encargos, conceder aos concorrentes a possibilidade de apresentarem propostas variantes²⁹⁶, que terão no entanto de ser sempre acompanhadas de uma proposta base²⁹⁷, que cumpra com o definido no caderno de encargos.

As propostas têm um prazo de validade de 66 dias²⁹⁸. O caderno de encargos pode, no entanto, impor um prazo de validade superior aos referidos 66 dias, para que os concorrentes mantenham as suas propostas²⁹⁹.

Esse prazo de 66 dias, que se encontra previsto no art.º 65º do CCP, coincide com o prazo estabelecido no art.º 76º do CCP, que fixa o prazo para que o órgão competente tome a decisão de adjudicação e proceda à notificação da mesma aos concorrentes³⁰⁰.

A apresentação da proposta por um interessado produz as seguintes consequências:

²⁹⁶ São propostas variantes as propostas que, relativamente a um ou mais aspectos da execução do contrato a celebrar, contenham atributos que digam respeito a condições contratuais alternativas nos termos expressamente admitidos pelo caderno de encargos.

²⁹⁷ O n.º 6 do art.º 59º do CCP determina que a exclusão da proposta base implica necessariamente a exclusão das propostas variantes apresentadas pelo mesmo concorrente.

²⁹⁸ Durante o decurso deste prazo os concorrentes são obrigados a assumir o conteúdo da proposta apresentada.

²⁹⁹ Cfr. art.º 65º do CCP.

³⁰⁰ O prazo de validade das propostas não finda com a decisão de adjudicação, uma vez que esta poderá caducar, ou ser revogada, e nesse caso poderá ser adjudicada a proposta que tenha sido ordenada no lugar seguinte.

- O interessado passa a concorrente, com os direitos daí decorrentes, onde se inclui o direito de formular petições, de reclamar, de impugnar decisões, etc.

- O concorrente aceita, sem reservas, as condições expressas pelo caderno de encargos;

- O concorrente aceita a obrigação de cumprir com o compromisso assumido com a apresentação da proposta, sem prejuízo da possibilidade de a retirar³⁰¹.

O princípio da estabilidade das propostas determina que, uma vez apresentadas, e concluído o prazo para a apresentação das mesmas, as propostas já não podem ser alteradas ou retiradas pelos respetivos concorrentes.

No entanto, casos há em que se pode proceder à alteração das propostas:

- Nos ajuste diretos nas situações previstas no art.º 118º do CCP³⁰²;

- Nos concursos públicos nas situações previstas no art.º 151º do CCP³⁰³;

- Nos procedimentos de negociação nas situações previstas no art.º 202º do CCP³⁰⁴;

- No diálogo concorrencial nas situações previstas no art.º 213º do CCP³⁰⁵;

- No sistema de aquisição dinâmico nas situações previstas no art.º 241º do CCP³⁰⁶.

As propostas podem ainda ser objeto de esclarecimentos, quer por iniciativa do próprio concorrente, quer a pedido do Júri, quando estiver em causa a necessidade de se justificar um preço que seja considerado anormalmente baixo.

Nos casos previstos no art.º 72º do CCP esses pedidos de esclarecimento são da exclusiva competência do Júri.

Quando se estiver perante um procedimento de ajuste direto, com uma única proposta os esclarecimentos podem ser pedidos pelos serviços da entidade adjudicante (art.º 125º n.º 1 do CCP).

Os prazos estabelecidos para a apresentação das propostas poderão ser prorrogados pela entidade adjudicante, nas seguintes situações:

³⁰¹ A proposta poderá ser retirada até ao final do prazo para apresentação de propostas.

³⁰² Cfr. art.º 118º do CCP que consagra que quando tiver sido tempestivamente apresentada mais de uma proposta e do convite constar a indicação de que as propostas apresentadas são objecto de negociação, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 115.º, há lugar a uma fase de negociação, conduzida pelo Júri, que deve incidir apenas sobre os atributos das propostas.

³⁰³ Cfr. art.º 151º do CCP que consagra que à negociação e à apresentação das versões finais integrais das propostas é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 118.º e nos artigos 119.º a 121.º, sem prejuízo do disposto na presente secção.

³⁰⁴ Cfr. art.º 202º do CCP que determina que à negociação e à apresentação das versões finais integrais das propostas é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 118.º e nos artigos 119.º a 121.º.

³⁰⁵ Cfr. art.º 213º do CCP segundo o qual o Júri do procedimento estabelece com os candidatos qualificados cujas soluções tenham sido admitidas, um diálogo com vista a discutir todos os aspectos nelas previstos ou omitidos relativos à execução do contrato a celebrar e que permitam a elaboração do caderno de encargos.

³⁰⁶ Cfr. art.º 241º n.º 6 do CCP que estabelece que são admitidos no sistema todos os interessados que apresentem uma versão inicial de proposta, ou uma versão alterada da mesma, que não seja rejeitada.

- Sempre que as retificações ou os esclarecimentos previstos no artigo 50.^o³⁰⁷ sejam comunicados para além do prazo estabelecido para o efeito;

- Quando as referidas retificações ou a aceitação de erros ou de omissões do caderno de encargos implicarem alterações de aspectos fundamentais das peças do procedimento;

- A pedido fundamentado de qualquer interessado que tenha adquirido as peças do procedimento³⁰⁸.

Depois de entregues as propostas o Júri do procedimento disponibiliza as listas de concorrentes e desbloqueia o acesso às propostas na plataforma eletrónica,³⁰⁹ que ficam assim acessíveis aos concorrentes, que as podem consultar livremente³¹⁰, assim se substituindo o ato público de abertura das propostas.

16 - ANÁLISE DAS PROPOSTAS

A análise das propostas é levada a efeito pelo Júri, que poderá, sempre que considere conveniente, ser auxiliado por peritos ou consultores, podendo estes últimos participar, sem direito de voto, nas reuniões do Júri³¹¹.

O Júri, antes de proceder à análise propriamente dita das propostas, deverá garantir que estas cumprem com os termos e condições definidos nas peças do procedimento, nas leis e regulamentos, propondo a exclusão das propostas que não cumprem com algum desses requisitos.

Serão excluídas as propostas que violem alguma das seguintes condições, constantes do art.º 70º n.º 2 do CCP:

- Não apresentam algum dos atributos que definem os elementos da proposta que se encontram submetidos à concorrência;

- Apresentam atributos que violam os parâmetros base fixados no caderno de encargos;

³⁰⁷ O art.º 50º do CCP estabelece o regime relativo à concretização dos esclarecimentos e retificações das peças do procedimento que se verifiquem necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento, o que deverá ser feito até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas.

³⁰⁸ Cfr. art.º 64º n.º 1, 2 e 3 do CCP.

³⁰⁹ Excepto os documentos que de acordo com o art.º 66º n.º 1 do CCP sejam classificados, o que poderá suceder quando estiverem em causa motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outro,

³¹⁰ Cfr. Art.º 138º n.º 2 e 177º n.º 2, ambos do CCP.

³¹¹ Cfr. Art.º 68º n.º 6 do CCP.

- Não seja possível proceder à avaliação das mesmas em virtude da forma de apresentação de algum dos respectivos atributos;
- Apresentem um preço contratual seria superior ao preço base;
- Apresente um preço total anormalmente baixo³¹²;
- O contrato a celebrar implique a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis;
- Existam fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência.

As propostas devem ainda ser excluídas do procedimento sempre que se verifique alguma das situações constantes do art.º 146º n.º 2 do CCP^{313 314}, devendo a intenção de excluir a proposta constar do Relatório Preliminar, para que o concorrente possa pronunciar-se sobre a mesma.

Ao Júri é ainda concedida a possibilidade de solicitar esclarecimentos³¹⁵ aos concorrentes sobre as propostas apresentadas, sempre que se entenda que esses esclarecimentos se verificam

³¹² O preço anormalmente baixo poderá definir-se, seguindo a noção de João Amaral e Almeida, “As Propostas de Preço Anormalmente Baixo”, in Estudos de Contratação Pública III; Coimbra Editora, 2010, pag. 89, como sendo o preço que, apesar de satisfazer o interesse da entidade adjudicante em que a adjudicação seja feita ao preço mais baixo possível, provoca todavia um juízo de suspeita sobre se está ou não em condições de garantir a satisfação correta e integral das prestações contratuais a cargo do adjudicatário, no tempo e modo estabelecidos no caderno de encargos, oferecendo por isso o sério risco de causar graves danos ao interesse público inerente à execução do contrato.

³¹³ Cfr. Art.º 146 que enuncia os seguintes motivos de exclusão das propostas:

- a) Que tenham sido apresentadas depois do termo fixado para a sua apresentação;
- b) Que sejam apresentadas por concorrentes em violação do disposto no n.º 2 do artigo 54.º;
- c) Que sejam apresentadas por concorrentes relativamente aos quais ou, no caso de agrupamentos concorrentes, relativamente a qualquer dos seus membros, a entidade adjudicante tenha conhecimento que se verifica alguma das situações previstas no artigo 55.º;
- d) Que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 57.º;
- e) Que não cumpram o disposto nos n.º 4 e 5 do artigo 57.º ou nos n.º 1 e 2 do artigo 58.º;
- f) Que sejam apresentadas como variantes quando estas não sejam admitidas pelo programa do concurso, ou em número superior ao número máximo por ele admitido;
- g) Que sejam apresentadas como variantes quando, apesar de estas serem admitidas pelo programa do concurso, não seja apresentada a proposta base;
- h) Que sejam apresentadas como variantes quando seja proposta a exclusão da respectiva proposta base;
- i) Que violem o disposto no n.º 7 do artigo 59.º;
- j) Que, identificando erros ou omissões das peças do procedimento, não cumpram o disposto no n.º 7 do artigo 61.º;
- l) Que não observem as formalidades do modo de apresentação das propostas fixadas nos termos do disposto no artigo 62.º;
- m) Que sejam constituídas por documentos falsos ou nas quais os concorrentes prestem culposamente falsas declarações;
- n) Que sejam apresentadas por concorrentes em violação do disposto nas regras referidas no n.º 4 do artigo 132.º, desde que o programa do concurso assim o preveja expressamente;
- o) cuja análise revele alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 70.º

³¹⁴ Da proposta de diretiva (COM 2011 896 final) consta no art.º 55º n.º 3 alínea d) uma novidade no que diz respeito aos impedimentos, determinando esta disposição que se o operador económico tiver demonstrado deficiências significativas ou persistentes no cumprimento de qualquer requisito importante no âmbito de um contrato ou contratos anteriores de natureza semelhante com a mesma autoridade adjudicante, poderá ser excluído.

³¹⁵ Entende-se, como defende Jorge Andrade da Silva, in Código dos Contratos Público – Comentado e Anotado, 3ª Edição, 2010, pag. 297, que estes pedidos de esclarecimentos, e as respetivas respostas, deverão ser prestados por escrito, apesar de essa obrigação não resultar expressa no CCP, devendo no entanto aplicar-se aqui os princípios constantes do CPA, nomeadamente o princípio geral

necessários para efeito da análise e da avaliação das mesmas³¹⁶, ficando esses esclarecimentos passam a fazer parte das respetivas propostas, desde que não impliquem alteração aos elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respetivos atributos, nem visem suprir omissões que determinavam a sua exclusão.

Decidiu o Supremo Tribunal Administrativo, em 09-05-2012, no Processo 0760/11317, que o conceito legal de «esclarecimentos» referido no art.º 50º do CCP é o de tornar “claro e inteligível” o que é obscuro, incongruente ou passível de mais de um sentido, considerando que os esclarecimentos das peças dum procedimento concursal não podem colidir com o princípio da estabilidade do procedimento e das suas regras. No mesmo acórdão é defendido que os esclarecimentos sempre que forem além do tornar claro e inteligível uma determinada passagem do Programa de Concurso estão a modificar as regras do concurso com violação do princípio da estabilidade.

No estrito cumprimento dos princípios da transparência e da igualdade, também os pedidos de esclarecimento e respetivas respostas serão disponibilizadas a todos os concorrentes através da plataforma eletrónica, seguindo, em simultâneo, notificação desses actos para todos os concorrentes³¹⁸.

A avaliação das propostas, levada a efeito pelo Júri, deverá ser feita de modo a permitir à entidade adjudicante escolher a proposta que melhor sirva o interesse público, concretizando essa avaliação através da aplicação de critérios pré-definidos pelo órgão com competência para decidir contratar³¹⁹ que devem ser dados a conhecer a todos os interessados através das peças do procedimento³²⁰, não devendo esses critérios sofrer, durante o decurso do procedimento, qualquer alteração³²¹.

enunciado no n.º 1 do art.º 122º que determina que os actos administrativos devem ser praticados por escrito, desde que outra forma não seja prevista por lei ou imposta pela natureza e circunstâncias do acto.

³¹⁶ Cfr. Art.º 72º do CCP.

³¹⁷ Acórdão disponível em www.dgsi.pt

³¹⁸ Cfr. Art.º 12º n.º 2 da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho.

³¹⁹ O CCP, e muito bem, não manteve a possibilidade que o RJEOP atribuída ao Júri (anteriores Comissões de abertura e análise) de definir fatores e subfatores no decurso do prazo estabelecido para a apresentação das propostas, o que nos parece que constitui uma clara violação dos princípios da transparência e concorrência.

³²⁰ A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa aos contratos públicos adjudicados em conformidade com todas as disposições das várias directivas na matéria, que precederam a adopção da directiva, tem entendido que a obrigação de informar previamente os concorrentes sobre os critérios de adjudicação e, se possível, sobre a ponderação relativa a atribuir-lhes visa garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência (v., designadamente, acórdãos de 12 de Dezembro de 2002, *Universale-Bau e o.*, C-470/99, *Colect.*, p.I-11617, n.º 98, e de 24 de Novembro de 2005, *ATI EAC e Viaggi di Maio e o.*, C-331/04, *Colect.*, p.I-10109, n.º 22 a 24), disponível em www.contratacao publica.com.pt.

³²¹ Cfr. Acórdão EVN e Wienstrom, já referido, n.º 93, disponível em www.contratacao publica.com.pt.

A avaliação das propostas constitui uma atividade com carácter discricionário³²², cujo objectivo passa por preparar a escolha mais acertada e, depois, o de proporcionar a mais fiável e mais eficiente execução da escolha feita.

A discricionariedade técnica da Administração está subtraída à sindicabilidade do Tribunal a menos que ostente erro grosseiro, manifesto, crasso³²³.

Neste processo o Júri avaliará as propostas com base nos fatores e subfactores que densificam o critério de adjudicação.

A cada um desses fatores será atribuído um peso relativo, sendo que essa avaliação será feita não mediante a elaboração de um estudo comparativo entre as propostas, mas sim, mediante a avaliação de cada uma dessas propostas de acordo com os referidos fatores e subfactores, decorrendo do CCP, como refere Margarida Olazabal Cabral³²⁴, a proibição de ser consagrado um “modelo de avaliação que estabeleça que na avaliação de uma proposta sejam utilizados dados que dependam das características de outras propostas: o CCP parece aqui proibir a avaliação relativa das propostas, a sua comparação”.

O CCP, e em nosso entendimento bem, evoluiu no sentido de limitar a referida discricionariedade na avaliação das propostas, impondo regras bastante concretas relativamente à análise das propostas³²⁵, à seleção dos critérios de adjudicação³²⁶, à definição dos fatores e subfactores que os densificam³²⁷, e ao modelo de avaliação³²⁸.

Contudo, a referida discricionariedade, que se encontra, à luz do CCP, mais limitada, não pode ser objecto de controlo contencioso, excepto quando estivermos perante um erro grosseiro ou manifesto³²⁹, ou perante uma situação de desrespeito dos princípios reguladores da atividade administrativa³³⁰.

³²² Discricionariedade não se deve contudo confundir com arbitrariedade, como bem explica Marcello Caetano (Manual de Direito Administrativo, Vol. I, Almedina, pag. 214), estando antes o exercício do poder discricionário entregue ao critério do respetivo titular, deixando-se-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela que o confere.

³²³ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 02/03/2012, disponível em www.dgsi.pt.

³²⁴ Margarida Olazabal Cabral, in O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos, Estudos de Contratação Pública, I, pag. 207

³²⁵ Cfr. Art.º 70º do CCP.

³²⁶ Cfr. Art.º 74º do CCP.

³²⁷ Cfr. Art.º 75º do CCP.

³²⁸ Cfr. Art.º 139º do CCP.

³²⁹ Por erro grosseiro ou manifesto deve entender-se como sendo um erro crasso, palmar, ostensivo, que terá necessariamente de reflectir um evidente e grave desajustamento da decisão administrativa perante a situação concreta, em termos de merecer do ordenamento jurídico uma censura particular mesmo em áreas de actuação não vinculadas (acórdão do STA de 11/05/2005, no rec. n.º 330/05).

³³⁰ Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 28/07/2004 e de 10/05/2006, disponíveis em www.dgsi.pt.

À entidade adjudicante compete determinar, aquando da aprovação das peças do procedimento, qual é o critério de adjudicação que vai aplicar, e quais os fatores e subfatores que integram esse mesmo critério de adjudicação, competindo ao Júri aplicar, na avaliação das propostas, todos esses fatores e subfatores, não lhe sendo admissível excluir a aplicação de qualquer um desses fatores ou subfatores, nem tão pouco deitar mão de novos.

A jurisprudência comunitária tem entendido que os princípios da igualdade de tratamento e da transparência dos processos de adjudicação implicam que as entidades adjudicantes têm a obrigação de se cingir à mesma interpretação dos critérios de adjudicação durante todo o processo³³¹.

Determina o art.º 74º do CCP que a adjudicação será feita de acordo com um dos seguintes dois³³² critérios:

- a) O da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante;
- b) O do mais baixo preço³³³.

O critério da proposta economicamente mais vantajosa é concretizado mediante a utilização de fatores e subfatores, que devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato a celebrar que estejam submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, sendo comum utilizar-se, designadamente, os fatores preço, prazo de execução, qualidade técnica, assistência após o fornecimento e valia técnica.

O critério do preço mais baixo³³⁴ apenas poderá ser utilizado quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objeto daquele, consistindo sem margem para dúvidas no critério mais objetivo e simples.

³³¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de Dezembro de 2003, EVN e Wienstrom, C-448/01, Colect., p.I-14527, n.º 92.

³³² Hoje, no direito comunitário, coexistem dois critérios de adjudicação: menor preço e proposta economicamente mais vantajosa. O primeiro é o mais empregado e pressupõe um objeto determinado, enquanto o segundo é aplicado para objetos de difícil determinação, devendo o ofertante apresentar, ao lado do preço, um projeto, no qual são introduzidas variáveis de natureza qualitativa (exemplo: modalidade de execução) ou quantitativa (exemplo: tempo de execução). (Cfr. Walter Toniati e Dario Gregogi, *il Calcolo Dell'Offerta Economicamente piu'vantaggiosa*, IPSOA, 2002, pp. 4 e segs.).

³³³ José Manuel Sérvulo Correia, citando diversos autores, lança críticas à adjudicação pelo menor preço, a qual denomina de adjudicação necessária, por entender que esta retira da Administração “toda a possibilidade de apreciação valorativa das circunstâncias subjetivas e objetivas dos concorrentes.” (in *legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2003, p. 695).

³³⁴ A proposta de Diretiva (COM 2011 896 final) concretiza, em algumas das novidades que apresenta, a tese que defende que os contratos públicos devem prosseguir a realização de outros fins que não apenas os que emergem do contrato (políticas públicas secundárias – Cláudia Viana, “Princípios Comunitários da Contratação Pública”, Coimbra, 2007, pag. 555 e ss), incluindo fins ambientais, que, nos termos do disposto no art.º 66º n.º 1 e art.º 67º n.º 1, podem ser tidos em consideração na avaliação do fator preço, que poderá incluir os custos internos (consumo de energia, custos de recolha e reciclagem, etc) e custos ambientais externos (emissões de gases com efeito estufa e outras emissões poluentes)

A Diretiva 2004/18/CE determina que a adjudicação de um contrato deve realizar-se com base em critérios objetivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efetiva. Por conseguinte, importa admitir unicamente a aplicação de dois critérios de adjudicação: o «preço mais baixo» e a «proposta economicamente mais vantajosa»³³⁵.

Tal como sucedia já com o RJEOP, a apreciação das propostas, e consequentemente a avaliação a atribuir a cada uma, não poderá ter em consideração factos que estejam relacionados com características, qualidades ou outros fatores diretamente relacionados com os concorrentes³³⁶. Sempre que a entidade adjudicante pretenda proceder a uma avaliação prévia dos concorrentes deverá recorrer à utilização dos procedimentos de concurso público por prévia qualificação³³⁷ ou procedimento por negociação³³⁸.

Assim sendo, a avaliação deverá incidir sobre os atributos das propostas, ou seja, sobre os elementos que, de acordo com as peças do procedimento, se encontram submetidos à concorrência, daí devendo resultar a proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante.

É importante que a decisão final de adjudicação de contrato esteja em conformidade com as regras processuais fixadas a título preliminar e que os princípios de não discriminação e da igualdade de tratamento sejam integralmente respeitados³³⁹.

Define o art.º 139º do CCP que, tal como em qualquer procedimento de avaliação que aplique mais de um factor de avaliação, a pontuação global de cada proposta, expressa numericamente, corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respectivos coeficientes de ponderação, sendo que para cada factor ou subfactor elementar deve ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de

³³⁵ Cfr. considerando 46 da Diretiva 2004/18/CE.

³³⁶ Durante a vigência do RJEOP, em que se aplicava já esta limitação, chegaram a colocar-se em concursos públicos, como fatores de avaliação o “número de empreitadas da mesma espécie realizadas no concelho”, o que evidentemente violava os princípios da igualdade e da concorrência. Consideramos que o Tribunal de Contas desempenhou um papel fundamental na eliminação deste tipo de ilegalidade.

³³⁷ O procedimento de concurso limitado por prévia inclui, como estabelece o art.º 163º do CCP, duas fases, sendo que na primeira fase procede-se à apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, e numa segunda fase procede-se à apresentação e análise das propostas e adjudicação.

³³⁸ Também o procedimento de negociação é iniciado, como determina o art.º 194º do CCP, por uma fase inicial em que procede à apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos.

³³⁹ Comunicação Interpretativa da Comissão (2006/C179/02) C 179/6 JOUE.

serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor.

Concluída a análise, o Júri elabora o Relatório Preliminar³⁴⁰, onde, de forma fundamentada, apresenta uma proposta de ordenação das propostas admitidas a concurso, em que emite um certo juízo dirigido ao órgão com competência para contratar, no sentido de fazer clara a conveniência ou a necessidade da emissão dum ato, e portanto, têm a natureza de ato instrumental que não envolve uma decisão de autoridade, sendo antes um ato auxiliar relativamente a atos administrativos decisórios³⁴¹.

Nesse Relatório Preliminar serão ainda enunciadas as propostas que o Júri entende que devem ser excluídas, fazendo também uma referência aos esclarecimentos solicitados aos concorrentes com base no disposto no art.º 72º do CCP³⁴².

Cumprida a audiência prévia, o Júri submete a decisão do órgão competente para decidir contratar, um relatório final, em que se pronuncia sobre as eventuais observações apresentadas pelos concorrentes ao abrigo do direito de audiência prévia, mantendo ou modificando o teor e as conclusões do relatório preliminar, podendo ainda propor a exclusão de qualquer proposta se verificar, nesta fase³⁴³, a ocorrência de qualquer dos motivos previstos no n.º 2 do artigo 146.º, o que implicaria a realização de uma nova audiência prévia.

17 - ADJUDICAÇÃO

A adjudicação consiste na decisão de escolher um concorrente com vista a formalizar a celebração do contrato.

³⁴⁰ O Relatório Preliminar será notificado, via plataforma eletrónica, a todos os concorrentes, fixando-lhes um prazo, não inferior a cinco dias, para que se pronunciem, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia sobre o teor do documento (art.º 123º n.º 1 ex vi 147º ambos do CCP).

³⁴¹ Rogério Soares, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, págs. 100 e 132.

³⁴² Os Relatórios apresentados pelo Júri ao órgão competente para decidir contratar constituem propostas, que se podem caracterizar como sendo informações que, além de conterem o resumo da matéria de facto sobre que versa a questão, a indicação dos pontos sobre que deve incidir a decisão e a menção das disposições legais aplicáveis, inclui ainda uma proposta concreta de decisão (cfr. art. 105º do CPA).

³⁴³ Muitas das observações apresentadas pelos concorrentes no âmbito da audiência prévia, mais do que oporem-se às classificações que lhes foram atribuídas, dizem precisamente respeito à alegada verificação de situações que, a comprovarem-se, determinam a exclusão de outros concorrentes.

A adjudicação consiste no ato culminante do procedimento tendente à celebração do contrato, que marca o termo da “serie procedimental” e dá início à “serie negocial”³⁴⁴.

Segundo Marcelo Caetano³⁴⁵ a “adjudicação é o acto administrativo pelo qual a autoridade competente escolhe de entre as várias propostas admitidas a concurso aquela que é preferida para a celebração do contrato”

Até à entrada em vigor do CCP discutia-se na doutrina se a adjudicação tornava o contrato perfeito³⁴⁶, sendo quase unânime a posição de que a adjudicação não fazia surgir a relação contratual³⁴⁷.

A tese defendida pela maioria da doutrina ficou plasmada no CCP, que continuou a autonomizar, no âmbito do procedimento pré-contratual, o momento da celebração do contrato³⁴⁸, considerando-se, como defende Bernardo Azevedo³⁴⁹, que a formalização do contrato não é uma mera formalidade *ad probationem*, fazendo antes emergir o vínculo jurídico-contratual que não existe ainda com a adjudicação.

Com o novo regime legal, decorrente da introdução do CCP resulta porém que desde a escolha da proposta até à celebração do contrato interpõe-se um conjunto de actos de natureza procedimental que preparam e de algum modo condicionam o próprio ato de celebração do contrato.

Esse conjunto de atos começa logo por essa escolha não ter necessariamente um carácter definitivo, no sentido de sempre se lhe seguir aquela celebração do contrato. Este ultimo acto depende ainda de vários requisitos, a maioria dos quais inerentes ao adjudicatário, cuja falta determina a caducidade da adjudicação.

Assim sucede, designadamente, sempre que não forem apresentados os documentos de habilitação (artigo 86º n.º 1), ou quando se verificar a ocorrência de declarações falsas (artigo 87º), ou ainda quando não for prestada a caução (artigo 91º), bem como sempre que a minuta do contrato não

³⁴⁴ Bernardo Azevedo, Adjudicação e celebração do contrato no código dos contratos públicos, in Estudos da Contratação Pública, II, Coimbra Editora, 2010, pag. 224.

³⁴⁵ Cfr. Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo I, Almedina, pag. 53.

³⁴⁶ A Legislação espanhola da contratação pública, estabelece atualmente que é com o contrato que a decisão se formaliza (art.º 27º do Real Decreto Legislativo 3/2011), constatando-se no entanto que o anterior regime, regulado pela regulada pela Ley 30/2007, estabelecia (art.º 27º n.º 1) que era com a adjudicação que o contrato se tornava perfeito.

³⁴⁷ Fausto de Quadros discordava da posição dominante, cfr. O Concurso Público na formação do contrato administrativo, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 47, 1987, pag. 717.

³⁴⁸ Luís Verde de Sousa, A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta, in Estudos da Contratação Pública III, Coimbra Editora, 2010, pag. 263.

³⁴⁹ Bernardo Azevedo, Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos, in Estudos da Contratação Pública II; Coimbra Editora, 2010, pag. 225

for aceite (artigo 104º) ou, por ultimo, quando não se proceder à outorga do contrato pelo adjudicatário (artigo 105º).

Do supra exposto decorre a evidente necessidade de adotar um conceito amplo de adjudicação, que se poderá entender como um ato composto, continuado e complexo, que encerra um procedimento preparador da celebração do contrato³⁵⁰.

A adjudicação consiste num ato constitutivo de direitos que cria na esfera jurídica do destinatário o direito a ser co-contratante da Administração³⁵¹, transformando uma expectativa concorrencial, embora procedimentalmente protegida, num direito materialmente garantido face à entidade adjudicante, consistindo esse direito na prerrogativa de contratar com ele, de acordo com a proposta que apresentou (ou que foi negociada)³⁵².

O ato de adjudicação é ainda um ato juridicamente vinculado³⁵³, na medida em que a entidade adjudicante não tem o poder de, depois de concluída a instrução do procedimento, e de forma discricionária, decidir se opta por adjudicar ou não, estando por isso sujeita ao dever de adjudicar, como aliás decorre do disposto do art.º 76º do CCP, e do dever geral administrativo constante do art.º 9º do CPA.

Contudo, não estamos aqui perante uma vinculação incondicional da entidade adjudicante, na medida em que apesar da consagração do dever de adjudicar, expresso no citado art.º 76º do CCP, existe sempre a possibilidade de não se concretizar a adjudicação.

O legislador, com a referida norma, pretendeu estabelecer um prazo perentório para se concretizar a adjudicação e a comunicação da mesma, concedendo aos concorrentes, findo esse prazo, o direito de, legitimamente, recusar a adjudicação, beneficiando do direito de serem indemnizados pelos encargos em que comprovadamente tenham incorrido com a elaboração da proposta.

³⁵⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/03/2011, Proc. 01036/10.

³⁵¹ Cfr. Margarida Olazabal Cabral, O Concurso Público nos Contratos Administrativos, 1997, pag. 200,

³⁵² Mário Esteves de Oliveira e Rodrigues Esteves de Oliveira, Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa (Das Fontes às Garantias), 1998, pag. 547.

³⁵³ Neste sentido vai o autor do CCP, Sérvulo Correia & Associados, quando escreve no Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e serviços, 2008, nas páginas 43 a 46, que a consagração de um dever legal de adjudicar assenta na lógica de que a entidade adjudicante, quando inicia um procedimento pré-contratual, dando dele conhecimento ao mercado (através de convite ou de anúncio), fica vinculada a essa espécie de “oferta ao público”, não podendo, em nome do princípio da boa fé, defraudar as expectativas legítimas de contratar que suscitou junto dos operadores económicos, mais alegando o autor do CCP que como contrapartida daquele dever, os concorrentes têm o direito de recorrer a uma ação administrativa especial de condenação à prática de ato legalmente devido para obrigar a entidade adjudicante a tomar a decisão de adjudicação, caso se encontre ultrapassado o prazo legal de manutenção das propostas.

Exceto se se verificar alguma das situações previstas no art.º 79º do CCP³⁵⁴, não resta alternativa ao órgão com competência para decidir contratar que não seja a de adjudicar, o que deverá fazer até ao termo do prazo fixado para o concorrente manter as propostas (66 dias desde do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, como impõe o art.º 65º do CCP).

Consideramos, seguindo aliás a tese defendida por Marcelo Rebelo de Sousa e André Sagado Matos³⁵⁵, que o ato de adjudicação tem um carácter “predominantemente vinculado”, não se concordando que o mesmo deva ser considerado como um “ato incondicionalmente devido”³⁵⁶, recusando-se também que se possa atribuir um carácter fechado ao elenco das causas de não adjudicação vertido no art.º 79º n.º 1 do CCP, que conduziria ao encerramento da margem de autonomia decisória da administração em limites excessivamente estreitos, o que se afigura como inaceitável³⁵⁷.

Este dever legal de adjudicação imposto pelo CCP, diverge do regime anteriormente imposto pelo RJEOP, constante dos artigos 56º, 57º e 58º, e que era também defendido pela doutrina, de que sempre que tal estivesse previsto nas normas do concurso, ou assim o impusesse um interesse público superveniente, a entidade adjudicante poderia sempre decidir-se pela não adjudicação³⁵⁸.

A não adjudicação, por parte da entidade adjudicante, poderá ser judicialmente suprida, devendo os concorrentes, para esse efeito, intentar uma ação administrativa especial para a condenação daquela entidade à prática desse ato legalmente devido e omitido³⁵⁹.

Mais se verifica que no caso da decisão de adjudicar, e respetiva notificação, se concretizarem para além do prazo definido legalmente para o efeito, o concorrente pode recusar a adjudicação, tendo

³⁵⁴ Cfr. Art.º 79º do CCP que consagra que não há lugar a adjudicação quando:

- a) Nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta;
- b) Todas as candidaturas ou todas as propostas tenham sido excluídas;
- c) Por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas;
- d) Circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem;
- e) No procedimento de ajuste direto em que só tenha sido convidada uma entidade e não tenha sido fixado preço base no caderno de encargos, o preço contratual seria manifestamente desproporcionado;
- f) No procedimento de diálogo concorrencial, nenhuma das soluções apresentadas satisfaça as necessidades e as exigências da entidade adjudicante.

³⁵⁵ Cfr. Contratos Públicos (Direito Administrativo), Tomo III, Dom Quixote, 2008, pag. 109.

³⁵⁶ Cfr. Marco Lipari, Trattato sui Contratti Pubblici, 2008, pag. 904 e 905.

³⁵⁷ Cfr. Bernardo Azevedo, Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos, in Estudos da Contratação Pública II; Coimbra Editora, 2010, pag. 235.

³⁵⁸ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigues Esteves de Oliveira, Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa (Das Fontes às Garantias), 1998, pag. 573 e 574 e Margarida Olazabal Cabral, O Concurso Público nos Contratos Administrativos, 1997, pag. 208 a 212 e 231 a 233.

³⁵⁹ Cfr. Art.º 46º n.º 2 alínea b) do Código do Processo nos Tribunais Administrativos.

ainda direito a ser indemnizado pelos encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da respetiva proposta^{360 361}.

O ato de adjudicação deverá ser notificado, em simultâneo, a todos os concorrentes (com a disponibilização do relatório final), devendo ao adjudicatário ser também solicitada a apresentação dos documentos de habilitação exigidos nos termos do disposto no artigo 81.º, a prestação de caução³⁶², e a confirmação dos compromissos assumidos por terceiras entidades relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada.

O ato pré-contratual, de adjudicação em procedimento de concurso público, quando perfeito e eficaz, é impugnável no prazo de um mês (art. 101º CPTA), a contar da notificação prevista no art. 76º n.º 1 do Código dos Contratos Públicos e não da ulterior notificação para apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário, efectuada em cumprimento do disposto no art. 85º n.º 1 do mesmo diploma legal³⁶³.

18 - VERIFICAÇÃO DA HABILITAÇÃO DO ADJUDICATÁRIO

Com a notificação da decisão de adjudicação é também enviada a notificação ao adjudicatário para este apresentar os documentos de habilitação exigidos pelo art.º 81º do CCP.

No anterior regime todos os concorrentes tinham de apresentar documentos que comprovassem que se encontravam habilitados a celebrar o contrato, ou seja, todos os concorrentes tinham de comprovar, com a apresentação da proposta, que possuíam as qualificações necessárias para que pudessem concorrer.

³⁶⁰ O n.º 3 do art.º 76º do CCP determina que quando a decisão de adjudicação seja tomada e notificada aos concorrentes após o termo do prazo referido no n.º 1, a entidade adjudicante deve indemnizar o concorrente que recuse a adjudicação pelos encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da respetiva proposta, e o art.º 105º estatui no n.º 3 que se, por facto que lhe seja imputável, a entidade adjudicante não outorgar o contrato no prazo previsto no n.º 1 do artigo anterior, o adjudicatário pode desvincular-se da proposta, devendo aquela liberar a caução que este haja prestado, sem prejuízo do direito a ser indemnizado por todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da proposta e com a prestação da caução, podendo, de acordo com o n.º 4 desse art.º 105º, o adjudicatário, em alternativa exigir judicialmente a celebração do contrato.

³⁶¹ O Acórdão n.º 1/2010 do Supremo Tribunal Administrativo de 22/10/2009, Proc.º 557/08, decidiu que se, após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração do contrato, o direito do adjudicatário a ser indemnizado pelo dano negativo (dano de confiança) abrange as despesas com a aquisição do processo de concurso e com a elaboração da proposta, as quais têm a ver com o interesse contratual negativo, uma vez que possuem uma efetiva conexão com a ilicitude específica geradora da responsabilidade pré-contratual.

³⁶² A prestação da caução encontra-se regulada nos art.º 88º a 91º do CCP.

³⁶³ Acórdão n.º 01036/10 do Supremo Tribunal Administrativo, de 29/03/2011

Com efeito, no âmbito do RJEOP as propostas só eram objeto de análise após ser verificado que o concorrente possuía as habilitações exigidas.

Essa verificação era efetuada logo no ato público de abertura de propostas, incumbindo à comissão de abertura de propostas excluir as propostas dos concorrentes que não lograssem comprovar deter as habilitações exigíveis.

O regime atual apenas determina ao adjudicatário, na sequência da notificação da adjudicação, que apresente todos os documentos exigidos pelo art.º 81º do CCP³⁶⁴, de forma a demonstrar estar habilitado a celebrar o contrato.

Como transcorre dos normativos legais citados, a comprovação da habilitação do adjudicatário, e consequentemente da inexistência de impedimentos, é concretizada através da junção ao processo, via plataforma eletrónica, das declarações indicadas no art.º 55º do CCP³⁶⁵.

³⁶⁴ Impõe o n.º 1 do art.º 81º do CCP que o adjudicatário apresente declaração emitida conforme modelo constante do anexo II ao presente Código e do qual faz parte integrante e os documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b), d), e) e i) do artigo 55.º do CCP.

³⁶⁵ Determina o art.º 55º do CCP que se encontram impedidos de concorrer as entidades que:

- a) Se encontrem em estado de insolvência, declarada por sentença judicial, em fase de liquidação, dissolução ou cessação de atividade, sujeitas a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga, ou tenham o respectivo processo pendente, salvo quando se encontrarem abrangidas por um plano de insolvência, ao abrigo da legislação em vigor;
- b) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por qualquer crime que afecte a sua honorabilidade profissional, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido condenados por aqueles crimes os titulares dos órgãos sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções;
- c) Tenham sido objecto de aplicação de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido objecto de aplicação daquela sanção administrativa os titulares dos órgãos sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções;
- d) Não tenham a sua situação regularizada relativamente a contribuições para a segurança social em Portugal ou, se for o caso, no Estado de que sejam nacionais ou no qual se situe o seu estabelecimento principal;
- e) Não tenham a sua situação regularizada relativamente a impostos devidos em Portugal ou, se for o caso, no Estado de que sejam nacionais ou no qual se situe o seu estabelecimento principal;
- f) Tenham sido objecto de aplicação da sanção acessória prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º do Decreto -Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na alínea b) do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e no n.º 1 do artigo 460.º do presente Código, durante o período de inabilidade fixado na decisão condenatória;
- g) Tenham sido objecto de aplicação da sanção acessória prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo 562.º do Código de Trabalho;
- h) Tenham sido objecto de aplicação, há menos de dois anos, de sanção administrativa ou judicial pela utilização ao seu serviço de mão - de -obra legalmente sujeita ao pagamento de impostos e contribuições para a segurança social, não declarada nos termos das normas que imponham essa obrigação, em Portugal ou no Estado de que sejam nacionais ou no qual se situe o seu estabelecimento principal;
- i) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por algum dos seguintes crimes, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido condenados pelos mesmos crimes os titulares dos órgãos sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação:

 - i) Participação em atividades de uma organização criminosa, tal como definida no n.º 1 do artigo 2.º da Acção Comum n.º 98/773/JAI, do Conselho;
 - ii) Corrupção, na acepção do artigo 3.º do Acto do Conselho, de 26 de Maio de 1997, e do n.º 1 do artigo 3.º da Acção Comum n.º 98/742/JAI, do Conselho;
 - iii) Fraude, na acepção do artigo 1.º da Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias;

A falsidade das declarações apresentadas constitui, de acordo com o disposto no art.º 456º alínea d) do CCP, uma contra-ordenação muito grave, punível com coima que varia entre € 2000 a € 3700 ou de € 7500 a € 44 800, consoante seja aplicada a pessoa singular ou a pessoa coletiva, respetivamente, podendo em simultâneo com a coima, e como estatui o n.º 1 do art.º 460º do CCP, ser aplicada ao infrator uma sanção acessória de privação do direito de participar, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adotado para a formação de contratos públicos, quando a gravidade da infracção e a culpa do agente o justifiquem.

Com esta alteração ganharam as entidades adjudicantes (que apenas têm de analisar os documentos apresentados pelo adjudicatário, tornando-se o processo mais célere) e os concorrentes (que apenas têm de suportar os custos inerentes à obtenção dos documentos de habilitação no caso de serem os concorrentes escolhidos para executar o contrato a celebrar).

Depois do adjudicatário apresentar os documentos de habilitação, a entidade adjudicante notifica todos os concorrentes desse facto, para que estes possam, se assim o entenderem, analisar os ditos documentos, podendo nesta fase apresentar reclamação, no caso de entenderem que o adjudicatário não possui as necessárias habilitações para celebrar o contrato.

A não apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário constitui uma causa de caducidade da adjudicação.

19 - A CAUÇÃO

A caução constitui o instrumento jurídico através do qual o adjudicatário de um contrato público garante sua celebração, bem como o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração.

iv) Branqueamento de capitais, na acepção do artigo 1.º da Diretiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais;

j) Tenham, a qualquer título, prestado, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento.

O incumprimento desta obrigação de apresentação de caução³⁶⁶, determina a caducidade da adjudicação, devendo o órgão competente para a decisão de contratar adjudicar o contrato à proposta ordenada em lugar subsequente³⁶⁷.

No caso concreto das empreitadas de obras públicas, a violação desta obrigação, por parte do concorrente a quem tenha sido adjudicada a empreitada, constitui uma contra-ordenação grave, podendo, para além da coima, ser também aplicada uma sanção acessória, que o iniba de participar em futuros procedimentos adjudicatórios³⁶⁸.

A caução pode ser acionada pelo contraente público, em caso de incumprimento do clausulado do contrato por parte do co-contratante, sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral.

Contudo, a função da caução é, como refere Jorge Andrade da Silva³⁶⁹, exclusivamente a de caucionar, não podendo considerar-se como uma cláusula penal ou figura indemnizatória semelhante.

A caução deve ser exigida sempre que o contrato implique o pagamento de um preço pela entidade adjudicante de valor igual ou superior a 200.000,00 €, como decorre do art.º 88º do CCP.

A caução poderá ser dispensada nos casos em que tal possibilidade esteja prevista no programa do procedimento ou no convite, e nas situações previstas no n.º 4 do art.º 88º do CCP.

O valor da caução é de 5% do valor do contrato a celebrar e de 10% desse valor se o preço proposto pelo concorrente for considerado anormalmente baixo.

A caução pode ser prestada através de uma das seguintes formas:

- Depósito em dinheiro;
- Títulos emitidos ou garantidos pelo Estado;
- Garantia bancária;
- Seguro-caução

A caução, cujas despesas têm de ser suportadas pelo adjudicatário (deve ser prestada no prazo de 10 dias contados desde a notificação prevista no art.º 77º n.º 2 do CCP), devendo o adjudicatário comprovar a sua efectiva prestação até ao dia imediatamente a seguir ao final do referido prazo.

³⁶⁶ De acordo com o art.º 90º do CCP a caução deverá ser apresentada no prazo de 10 dias, contados desde a notificação da decisão de adjudicação.

³⁶⁷ Cfr. art.º 91º n.º 2 do CCP.

³⁶⁸ Cfr. alínea a) do artigo 457.º e artigo 460.º do CCP

³⁶⁹ Jorge Andrade da Silva, Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado, Almedina, 3ª Edição, 2010, pag. 354.

Sem a apresentação do comprovativo da prestação da caução não pode ser celebrado o contrato.

A liberação da caução, cujo regime deve constar do contrato, deve efectuar-se no prazo de 30 dias contados do integral cumprimento das obrigações contratuais, conforme determina o art.º 295 do CCP.

Nos contratos em que haja obrigações de correcção de defeitos pelo co-contratante, designadamente obrigações de garantia, sujeitas a um prazo igual ou inferior a dois anos, o contraente público deve promover a liberação integral da caução destinada a garantir o exacto e pontual cumprimento das obrigações contratuais no prazo de 30 dias após o termo do respectivo prazo.

Esta obrigação constitui, na atual conjuntura uma verdadeira Espada de Dâmocles para o adjudicatário, na medida em que se torna cada vez mais difícil o acesso ao crédito, e por consequência à emissão de cauções, constituindo-se as que são prestadas como um encargo bastante pesado para as entidades adjudicatárias, que, em vários casos, têm, de modo quase voluntário, deixado caducar as decisões de adjudicação, por impossibilidade de obtenção de cauções.

20 - CONTRATO

O CCP mantém como princípio geral a redução do contrato a escrito.

Relativamente ao contrato verifica-se que o CCP inovou ao admitir a versão em suporte informático, para além da tradicional versão em papel (cfr artigo 94.º, n.º 1 do CCP).

Na hipótese da versão em suporte informático o contrato deve ser assinado através da utilização de assinaturas eletrónicas. Estas assinaturas revestirão a forma de certificados de assinatura eletrónica qualificada (Decreto-lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto).

Mantém-se, igualmente, a inexigibilidade de redução do contrato a escrito em determinadas circunstâncias, que não se revestem, contudo, de carácter imperativo, podendo a entidade adjudicante, sempre que o entenda, determinar a redução a escrito dos contratos que o art.º 95º n.º 1, nas alíneas a) a c) do CCP define como não sendo exigíveis ou podendo ser dispensada a celebração por escrito.

Nos casos de inexigibilidade ou dispensa da celebração do contrato escrito, o contrato resulta da conjugação do caderno de encargos com o conteúdo da proposta adjudicada.

O legislador estipula no art.º 96º do CCP o conteúdo mínimo que os contratos devem conter, cominando com a nulidade a falta de qualquer dos elementos exigidos.

Assim, para além do caderno de encargos e da proposta, e mesmo quando o contrato não é reduzido a escrito³⁷⁰, fazem parte integrante do mesmo os seguintes documentos:

- Lista de suprimentos dos erros e das omissões do caderno de encargos identificados pelos concorrentes, desde que esses erros e omissões tenham sido expressamente aceites pelo órgão competente para a decisão de contratar;

- Os esclarecimentos e as retificações relativos ao caderno de encargos;

- Os esclarecimentos sobre a proposta adjudicada prestados pelo adjudicatário (artigo 96.º do CCP).

A legislação espanhola estabelece para os contratos públicos, e por maioria de razão para as empreitadas de obras públicas, uma regra semelhante à regra definida no nosso ordenamento jurídico pelo art.º 405º Código Civil, que estabelece um princípio semelhante ao da liberdade das partes, determinando aquele legislador que nos contratos do setor público podem ser incluídos quaisquer pactos, termos e condições, desde que as mesmas não sejam contrárias à lei e aos princípios da boa administração³⁷¹.

A prevalência de uns documentos sobre outros é determinada pela ordem da sua apresentação no n.º 2 do artigo 96.º do CCP, o que deixa bem evidente a posição privilegiada da entidade adjudicante na configuração da relação contratual.

Determina o n.º 5 do citado art.º 96º do CCP que em caso de divergência a prevalência é determinada pela ordem seguinte:

a) Os suprimentos dos erros e das omissões do caderno de encargos identificados pelos concorrentes, desde que esses erros e omissões tenham sido expressamente aceites pelo órgão competente para a decisão de contratar;

b) Os esclarecimentos e as retificações relativos ao caderno de encargos;

c) O caderno de encargos;

d) A proposta adjudicada;

³⁷⁰ Nestes casos, em que não é celebrado contrato escrito, e como refere Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos* (sumários desenvolvidos), Coimbra, 2008, pag. 50, a adjudicação constitui a declaração negocial que faz surgir o vínculo contratual.

³⁷¹ Cfr. art.º 25º n.º 1 do Real Decreto Legislativo 3/2011, que estabelece, numa tradução livre, que nos contratos do setor público podem incluir-se quaisquer condições, cláusulas ou termos, desde que os mesmos não sejam contrários ao interesse público, ao ordenamento jurídico e aos princípios de boa administração.

e) Os esclarecimentos sobre a proposta adjudicada prestados pelo adjudicatário.

A minuta contratual deve ser aprovada pelo órgão competente para a decisão de contratar, ou por órgão em que tal competência tenha sido delegada (artigo 109.º do CCP).

Tomando por referência o caderno de encargos, a minuta pode incluir ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar³⁷², desde que estes resultem de um interesse público e a alteração não interfira com o posicionamento dos concorrentes, resultante da avaliação de propostas³⁷³.

Como refere Luís Verde de Sousa³⁷⁴, o facto de a adjudicação identificar a proposta que melhor satisfaz o interesse público subjacente ao contrato público em formação, não obriga a que o projeto contratual se mantenha inalterável, até porque a adjudicação não determina a imutabilidade do projeto contratual decorrente da fusão do caderno de encargos com a proposta escolhida³⁷⁵.

Contudo a entidade adjudicante não pode fixar o conteúdo dos ajustamentos com plena discricionariedade, sendo absolutamente proibida a derrogação aos aspetos essenciais da execução do contrato a celebrar e a inclusão de propostas formuladas por outro concorrente (n.º 2 do artigo 99.º do CCP).

O procedimento de aprovação da minuta do contrato inicia-se, como postula o art.º 101º do CCP, com o envio ao adjudicatário de uma versão provisória, que se transformará em definitiva se o

³⁷² É o art.º 99º do CCP que define que os ajustamentos têm de cumprir cumulativamente com os seguintes requisitos: a) os ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar, resultem de exigências de interesse público; b) tratando-se de procedimento em que se tenha analisado e avaliado mais de uma proposta, seja objetivamente demonstrável que a respetiva ordenação não seria alterada se os ajustamentos propostos tivessem sido refletidos em qualquer das propostas. Para além do cumprimento dos referidos requisitos os ajustamentos não poderão de forma alguma violar os parâmetros base fixados no caderno de encargos nem os aspetos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência, nem tão-pouco poderão incluir soluções contidas em proposta apresentada por outro concorrente.

³⁷³ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de matos, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Coimbra Editora, 2008, pag. 110, onde se refere que “ a admissão da introdução de alterações ao conteúdo do contrato a celebrar nesta fase procedimental decorre da circunstância de, com a emissão da adjudicação, se atenuarem as exigências de estabilidade procedimental que visam assegurar a comparabilidade das propostas e, portanto, garantir a concorrência. Contudo, continua a ser necessário assegurar que eventuais modificações à proposta escolhida não redundam numa frustração da concorrência, quer em relação aos interessados preteridos, quer àqueles que optaram por não se apresentar ao procedimento pré-contratual. Assim exige-se que os ajustamentos propostos resultem de exigências de interesse público e, tratando-se de procedimento em que se tenha analisado e avaliado mais que uma proposta, a demonstração objetiva de que a ordenação das propostas não seria alterada se os ajustamentos propostos tivessem sido refletidos em qualquer das propostas, não podendo as alterações implicar, em caso algum a violação dos parâmetros base fixados no caderno de encargos, nem a dos aspetos da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência, nem tão-pouco a inclusão de soluções contidas em proposta apresentada por outro concorrente.”, o que também é corroborado por Jorge Andrade Silva, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3ª edição, Almedina, 2010, pag. 379, que refere os ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar constituem uma “uma espécie de «enxerto» ou subfase de negociação nesta fase do procedimento”.

³⁷⁴ Luís Verde de Sousa, *A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta*, in *Estudos da Contratação Pública III*, Coimbra Editora, 2010, pag. 266

³⁷⁵ Fausto de Quadros, em “O concurso público na formação do contrato administrativo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 47, 1987, pag. 717 e 718, defendia posição contrária, considerando que com a adjudicação ficam definitivamente fixados quer a pessoa do co-contratante, quer o conteúdo do respetivo contrao.

adjudicatário a aceitar expressamente ou não deduzir qualquer reclamação no prazo de cinco dias úteis, contados desde a concretização da notificação prevista no art. 101.º do CCP.

As reclamações relativas à minuta do contrato só podem ter por fundamento a inclusão de obrigações não previstas no caderno de encargos, cláusulas que contrariem este documento, ou a rejeição dos ajustamentos propostos pela entidade adjudicante.

Deduzida uma eventual reclamação pelo adjudicatário, a entidade adjudicante tem dez dias para notificar o adjudicatário da decisão, equivalendo o silêncio ao indeferimento da reclamação.

Contudo, se o adjudicatário tiver reclamado quanto aos ajustamentos propostos pelo dono de obra consideram-se os mesmos definitivamente não aceites.

Aparentemente, o CCP confere um poder de determinação unilateral da minuta do contrato, o que não se revela conforme com a natureza bilateral do contrato a outorgar. Ora, acontece que tal hipótese não tem acolhimento na lei, pelo simples facto de o legislador ter estipulado que os elementos que integram o contrato, e que se encontram referidos no n.º 2 do artigo 96.º do CCP, prevalecem sobre o clausulado contratual.

Deste modo, o concorrente adjudicatário perante o desconforto gerado por uma minuta “imposta” pela entidade adjudicante poderá, posteriormente, já na fase de execução do contrato, suscitar a validade da cláusula que contenha aspetos contrários ao caderno de encargos, ou à própria proposta, recorrendo para o efeito à ação administrativa comum prevista na alínea h) do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA.

A assinatura do contrato³⁷⁶ deve ter lugar no prazo de trinta dias após a aceitação da minuta ou da decisão sobre a reclamação. Este prazo serve para garantir o cumprimento das formalidades previstas no procedimento adjudicatório, nomeadamente as previstas no n.º 1 do artigo 104.º do CCP³⁷⁷. O incumprimento deste prazo tem efeitos diferentes consoante a não outorga seja imputável ao concorrente, ou à entidade adjudicante.

A não comparência do adjudicatário no dia, hora e local previamente comunicados pela entidade adjudicante provoca a caducidade da adjudicação, como impõe o art.º 105.º, n.º 1 do CCP).

³⁷⁶ A outorga do contrato é, por regra, levada a efeito pelo órgão competente para a decisão de contratar (art.º 106º n.º 1 do CCP), sendo que sempre que o órgão seja um órgão colegial, a representação na outorga do contrato cabe ao presidente desse órgão (art.º 106º n.º 5 do CCP).

³⁷⁷ As formalidades impostas pelo art.º 104º n.º 1 do CCP impõem que decorridos 10 dias contados da data da notificação da decisão de adjudicação sejam apresentados: todos os documentos de habilitação exigidos; comprovada a prestação da caução, quando esta for devida, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 90.º; confirmados os compromissos referidos na alínea c) do n.º 2 do artigo 77.º

Nesta situação, constitui-se, para a entidade adjudicante, o dever de adjudicar à proposta classificada no lugar subsequente.

Para além da perda do direito de outorgar o contrato com a entidade adjudicante, o adjudicatário faltoso ainda perde a caução prestada (artigo 105.º, n.º 2 do CCP).

Se a responsabilidade pela não outorga do contrato no prazo legalmente previsto for imputável à entidade adjudicante, pode o concorrente adjudicatário desvincular-se da proposta formulada e da obrigatoriedade de contratar com a administração, tendo, igualmente, direito a ver libertada a caução que haja prestado, como se pode retirar do estabelecido no n.º 3 do artigo 105.º do CCP e na medida em que esta conduta da entidade adjudicante é ilegal, o concorrente adjudicatário tem também direito a ser indemnizado por todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu, sendo, portanto, ressarcido pelo dano negativo³⁷⁸.

O concorrente adjudicatário pode, em alternativa, exigir judicialmente a celebração do contrato (artigo 105.º, n.º 4 do CCP) recorrendo à ação administrativa comum prevista no art.º 37º do CPTA.

Reconhecendo a existência de um especial dever de contratar, consideramos estar na presença de um ato legalmente devido pela administração – a outorga do contrato – que constitui a manifestação de uma garantia dos particulares, constitucionalmente consagrada (n.º 4 do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa) e que tem acolhimento processual no artigo 66.º e seguintes do CPTA.

Celebrado o contrato, a entidade deve ainda verificar se se está perante um contrato que tenha de obter o visto prévio do tribunal de contas. É o art.º 46º da LOPTC que determina que estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas os contratos³⁷⁹ de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa nos termos do artigo 48.º, quando reduzidos a escrito por força da lei, desde que o valor dos mesmos seja superior a 350.000,00€³⁸⁰.

³⁷⁸ O acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 1/2010, de 22/10/2009, fixou jurisprudência no sentido de determinar que “se, após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração do contrato, o direito do adjudicatário a ser indemnizado pelo dano negativo (dano de confiança) abrange as despesas com a aquisição da proposta de concurso e com a elaboração da proposta, as quais têm a ver com o interesse contratual negativo, uma vez que possuem uma efetiva conexão com a ilicitude específica geradora da responsabilidade pré-contratual”. Disponível em www.dgsi.pt.

³⁷⁹ O n.º 2 do art.º 46º da LOPTC estabelece que se consideram contratos os acordos, protocolos ou outros instrumentos de que resultem ou possam resultar encargos financeiros ou patrimoniais.

³⁸⁰ O art.º 184º da Lei 64-B/2011, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2012, estabelece que para o ano de 2012 ficam isentos de fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas os atos e contratos, considerados isolada ou conjuntamente com outros que aparentem estar relacionados entre si, cujo montante não exceda o valor de € 350 000.

O visto do Tribunal de Contas constitui, como decorre do acórdão do Tribunal Administrativo Central Norte, de 08/10/2010³⁸¹, “uma decisão de controlo jurídico externo, prévio e preventivo sob atos/contratos da administração, tendo como finalidade essencial a prevenção na realização de despesas públicas em desconformidade com a ordem jurídica financeira. Tal ato constitui uma “*conditio iuris*” que relativamente aos atos/contratos sobre os quais incide se revela como um requisito da eficácia ou, em certos casos, de manutenção de eficácia do ato (quanto aos efeitos não financeiros), pelo que a recusa do visto não implica ou importa a invalidade do ato/contrato”.

CONCLUSÕES

Em face da análise supra expandida, acreditamos ter contribuído para uma correta apreciação da fase pré-contratual na formação dos contrato público constante do CCP, e em particular do novo regime respeitante às empreitadas de obras públicas.

Como demonstrado ao longo destas páginas, somos da opinião que o CCP impôs significativas alterações ao regime da contratação pública, tendo implementado algumas novidades bastante positivas, podendo já concluir-se, decorridos que estão cerca de três anos desde a sua entrada em vigor, que muitas dessas mudanças contribuíram para que se melhorassem as práticas associadas à contratação pública.

Contudo, e como fomos também referindo ao longo do texto, até por comparação com outras regimes similares, comunitários e extracomunitários, consideramos que o legislador exagerou na utilização de conceitos indeterminados, que se considera que não são positivos para quem aplica o Código, que terão, necessariamente, de ser objeto de esclarecimento por parte da doutrina e da jurisprudência.

Consideramos ainda que muitas das inovações constantes do CCP, que pretenderam alterar o paradigma da contratação pública especialmente no que diz diretamente respeito às empreitadas de obras públicas, terá de ser acompanhada com a evolução do pensamento das próprias entidades intervenientes na contratação pública, o que, naturalmente, não é possível de ser concretizado em apenas três anos.

³⁸¹ Disponível em www.dgsi.pt

No que diz especificamente respeito às empreitadas de obras públicas, e como foi visto ao longo deste texto, o CCP impôs algumas regras que, sem dúvida, têm vindo a contribuir para melhorar este importante setor da economia.

Assim, consideramos que a maior exigência na qualificação profissional dos técnicos dos vários intervenientes na obra (quer do dono de obra, quer do projetista, quer ainda do empreiteiro), bem como a responsabilização imposta pelo CCP relativamente aos trabalhos a mais e aos trabalhos de suprimento de erros e omissões, constituem um claro sinal da direcção que se pretende seguir, que, sem dúvida, irá beneficiar a execução das obras públicas, e determinar a diminuição das derrapagens dos valores e prazos das mesmas.

Por outro lado, e como também foi bastante vincado, também a exigência de maior rigor na definição das peças que devem instruir os projetos, e a criação de imposições vinculativas na forma de apreciar e aprovar cada fase do procedimento, constituem inquestionáveis melhorias nas regras que regulamentam a instrução dos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas.

Foi ainda amplamente referida neste texto a ambiciosa vertente associada à desburocratização dos processos, com o claro propósito de os tornar mais céleres, que, no período que o CCP tem de aplicação, se pôde confirmar.

O CCP constituiu-se como um Código verdadeiramente inovador e de rutura especialmente no que diz respeito à informatização dos procedimentos de formação de contratos públicos, o que, sem dúvida, muito contribuiu para se conceder maior transparência aos processos, facto que muito se louva.

Por todo o exposto consideramos, que seria intensão do legislador, com a publicação do CCP, romper com as práticas instaladas na área contratação pública, e especialmente nas empreitadas de obras públicas.

Contudo, não basta legislar no sentido de romper com as piores práticas instaladas, sendo por todos reconhecido que não se mudam mentalidades por decreto.

Deste modo, é absolutamente necessário que as entidades adjudicantes passem a definir com rigor e, principalmente, com antecedência, o tipo de bem ou serviços de que necessitam, o que deverá estar sempre, e de forma clara e fundamentada, associado a um fim público que a entidade tenha competência para suprir, uma vez que só assim será possível obter-se um efetivo retorno.

Esta estruturação, que se deseja que seja planeada e programada com antecedência, provocará, inevitavelmente, a melhoria dos projetos e das peças que instruem os procedimentos de formação de contratos públicos e conseqüentemente diminuirão as dúvidas/erros/lapsos verificados na instrução dos procedimentos.

Estamos convencidos de que só se forem adotadas novas práticas, condizentes com as inovações impostas pelo CCP, que respeitem a matriz aí defendida para a contratação pública, sem que se caia no erro (infelizmente recorrente em Portugal) de adaptar as velhas à implementação do CCP, se poderá utilizar de forma racional, séria e eficaz os dinheiros públicos.

BIBLIOGRAFIA

- Andre de Laubadere, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, “Traite de Droit Administratif, Tome 1”, 11^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990;
- Bernardo Azevedo, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in Estudos da Contratação Pública II; Coimbra Editora, 2010;
- CEDOUA/Faculdade de Direito de Coimbra/IGAT (Relatório Final elaborado por FERNANDO Alves Correia, António Barbosa de Melo, Pedro Gonçalves, Raquel G. Moniz e Dulce Lopes), Contratação Pública Autárquica;
- Cláudia Viana, “O procedimento de ajuste direto no Código dos Contratos Públicos e a sua aplicação às autarquias locais”, Revista de Direito Regional e Local n.º 6, 2009;
- Cláudia Viana, “O regime de erros e omissões do caderno de encargos”, in Direito Regional e Local n.º 12, CEJUR, 2010;
- Diogo Freitas do Amaral, “Curso de Direito Administrativo, Volume III”, Lições aos alunos do curso de Direito, em 1988/89, Lisboa;
- Diogo Freitas do Amaral, “Curso de Direito Administrativo, Vol. II e III”, Almedina, 2^a edição, 2012;
- Fausto de Quadros, “Nova Dimensão do Direito Administrativo”, Editora Almeida, 2001;
- Fausto de Quadros, “O Concurso Público na formação do contrato administrativo”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 47, 1987;
- Gomes Canotilho, “Direito Constitucional”, Almedina, 6^a edição, 1993;
- Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente, “Código dos Contratos Públicos – âmbito da sua aplicação”, Almedina, 2008;
- João Caupers, “Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?” in Direito e Justiça, Vol. Especial, 2005;
- João Henrique Pinheiro, “Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação”, CEDIPRE, 2011;
- João Amaral e Almeida, “As Propostas de Preço Anormalmente Baixo”, in Estudos de Contratação Pública III; Coimbra Editora, 2010;
- João Pacheco de Amorim, “As Empresas Públicas no direito Português”, Almedina, 2000;

- Jorge Andrade da Silva, “Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, comentado, 2006, Almedina;
- Jorge Andrade da Silva, “Códigos dos Contratos Públicos – comentado e anotado”, 2ª edição, Almedina, Coimbra;
- Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “Contratação Direta Sem Licitação”, 6ª edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007;
- José António Moreno Molina, “Nuevo Regimen de Contratacion Administrativa – Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999”, Editora La Ley;
- José Manuel Oliveira Antunes, “Contrato de Empreitada”, Quid Júris, 2002;
- José Manuel Oliveira Antunes, “Código dos Contratos Públicos, Regime de Erros e Omissões”, Almedina, 2009;
- Licínio Lopes Martins, “Alguns Aspetos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos”, in Estudos da Contratação Pública II, Coimbra Editora, 2010;
- Licínio Lopes Martins, “O contrato de empreitada por preço global no Código dos Contratos Públicos”, in Revista de Direito Público e Regulação n.º 5, 2010, CEDIPRE;
- Lino Torgal, “A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breve nota sobre algumas das principais novidades”, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64;
- Luís Verde de Sousa, “A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta”, in Estudos da Contratação Pública III, Coimbra Editora, 2010;
- Marcello Caetano, “Manual de Direito Administrativo, Vol. I e II”, Almedina, Coimbra;
- Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral, Tomo III”, Dom Quixote, 2008;
- Marcelo Rebelo de Sousa, “Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo”, 1994, Lex-Edições Jurídicas;
- Marco Lipari, “Trattato sui Contratti Pubblici”, 2008;
- Margarida Olazabal Cabral, “O Concurso Público nos Contratos Administrativos”, Almedina, 1997
- Margarida Olazabal Cabral, “O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos”, Estudos de Contratação Pública, I, 2008, Coimbra Editora;
- Mário Aroso de Almeida, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 66;

- Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, Almedina, 2007;
- Mário Aroso de Almeida, “As implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo”, CJA, n.º 34, Julho/Agosto de 2002;
- Mário Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves, J. Pacheco Amorim, “Código de Procedimento Administrativo comentado”, 2010, Almedina;
- Mário Esteves de Oliveira e outros, “Código do Procedimento Administrativo”, Comentado, 2ª edição, Almedina;
- Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, “Concurso e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, Almedina, 1998;
- Miguel Assis Raimundo, “Alterações ao Código dos Contratos Públicos – O Decreto-Lei nº 278/2009, de 2 de Outubro”, in Revista do Direito Público e Regulação, CEDIPRE, 2010;
- Miguel Lucas Pires, “Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste direto”, publicações CEDIPRE, Coimbra, 2010;
- Miguel Nogueira de Brito, Ajuste Direto, “Estudos de Contratação Pública, Volume II”, Coimbra Editora, 2010;
- Paula Cristina Fragão Pereira, “Contributo para o estudo da transposição das directivas comunitárias sobre contratos públicos de fornecimentos e empreitadas de obras públicas. o caso Português”, Coimbra, 1994;
- Pedro Gonçalves, “Direito dos Contratos Públicos (sumários desenvolvidos)”, Coimbra, 2010;
- Pedro Gonçalves, “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, in Estudos da Contratação Pública III, Coimbra Editora, 2010;
- Paulo Otero, Revista "O Direito", Ano 131, 1990;
- Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios gerais da contratação pública”, in Estudos da Contratação Pública I, 2008, Coimbra Editora;
- Rogério Soares, “Direito Administrativo”, Coimbra, 1978;
- Rui Medeiros, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 69;
- Sérvulo Correia, “Legalidade e Autonomia Contratual no Contrato Administrativo”, Almedina, 2003;

- Sérvulo Correia, “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, Coleção Teses, Almedina, 2003;
- Sérvulo Correia & Associados, “Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e serviços”, 2008;
- Vieira de Almeida & Associados. “Código dos Contratos Públicos e Legislação Complementar - Guias de Leitura e Aplicação”, Almedina, 2008;
- Walter Toniati e Dario Gregogi, “il Calcolo Dell’Offerta Economicamente piu’vantaggiosa”, IPSOA, 2002;

INDICE

Resumo

Siglas

Sumário

CAPITULO 1 - INTRODUÇÃO

1 - ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO	12
2 – DEFINIÇÃO DE EMPREITADA	23
3 - A IMPORTÂNCIA DO SECTOR DA CONSTRUÇÃO NA ECONOMIA PORTUGUESA	30
4 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AOS PROCEDIMENTOS ABRANGIDOS PELO CCP	34
5 - ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CCP	37
6 - PRINCIPAIS NOVIDADES DO CCP RELATIVAMENTE ÀS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS	44

Capitulo 2 – PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL

7 - DECISÃO DE CONTRATAR	48
8 - ESCOLHA DO TIPO DE PROCEDIMENTO	52
9 - ABORDAGEM SUCINTA AOS VÁRIOS TIPOS DE PROCEDIMENTOS	63
9.1 - AJUSTE DIRETO	63
9,2 - CONCURSO PÚBLICO	72
9.3 - CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO	78
9.4 - PROCEDIMENTO DE NEGOCIAÇÃO	79
9.5 - DIALOGO CONCORRENCIAL	80
10 - PREÇO	81
11 - JÚRI	85
12 - PLATAFORMAS ELETRÓNICAS	88
13 - PEÇAS DO PROCEDIMENTO	94
14 - O REGIME DE ERROS E OMISSÕES	105
15 - APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS	116
16 - ANÁLISE DAS PROPOSTAS	122
17 - ADJUDICAÇÃO	128
18 - VERIFICAÇÃO DA HABILITAÇÃO DO ADJUDICATÁRIO	132
19 - A CAUÇÃO	134
20 - CONTRATO	136
CONCLUSÕES	141
BIBLIOGRAFIA	144