



Universidade do Minho
Escola de Direito

Sónia Cristina Machado de Almeida

**A atividade contratual local e a sua
Fiscalização pelo Tribunal de Contas**

Sónia Cristina Machado de Almeida **A atividade contratual local e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas**

UMinho | 2017

janeiro de 2017



Universidade do Minho
Escola de Direito

Sónia Cristina Machado de Almeida

A atividade contratual local e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito das Autarquias Locais

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Cláudia Viana

janeiro de 2017

***“EDUCATION IS THE MOST POWERFUL WEAPON
WHICH YOU CAN USE TO CHANGE THE WORLD.”***

NELSON MANDELA, UNIVERSITY OF THE
WITWATERSRAND, SOUTH AFRICA, 2003.

*A VÓS MEUS PAIS QUE DESDE O MEU
PRIMEIRO SUSPIRO SÃO O MEU PORTO
SEGURO.*

*PARA TI CARLOS POR TODA A PACIÊNCIA,
AMOR, CONFIANÇA, DEDICAÇÃO E APOIO
INCONDICIONAL.*

*PARA OS MEUS FILHOS, RAFAEL E
MARIANA, COM QUEM APRENDI A AMAR DE
FORMA INTERMINÁVEL E CUJOS SORRISOS
ILUMINAM O MEU CAMINHO.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta Dissertação, cuja jornada inicialmente programada foi interrompida por motivos familiares, obriga-me a recordar as pessoas que me apoiaram e incentivaram a retomar o caminho.

O primeiro agradecimento vai para a minha família. Para os meus pais que ao longo da minha vida sempre me apoiaram em todos os meus projetos. Para o meu marido Carlos pelos gestos diários de amor, compreensão e incentivo. Aos meus filhos, Rafael e Mariana, que embora sem saberem, são a minha fonte de inspiração para a vida e tornam todos os dias cinzentos em dias solarengos.

O segundo agradecimento vai para os meus colegas de trabalho com quem tenho tido o privilégio e honra de trabalhar e aprender e em particular, ao Dr. Andrade Miranda e à Dr.^a Ana Paula Barreto cujo brilhantismo e competência profissional será por mim eternamente valorizado e apreciado.

Por fim, um agradecimento reconhecido à Professora Doutora Cláudia Viana pela sabedoria transmitida que jamais por mim será esquecida e a quem estarei eternamente grata.

Tondela, dezembro de 2016

RESUMO

A matéria da contratação pública é uma das áreas do direito administrativo que é inseparável do direito financeiro, sendo que o nosso ordenamento jurídico impõe que a atividade administrativa desenvolvida em sede de contratação pública siga e observe determinados procedimentos, nomeadamente, e em especial, os procedimentos para a formação dos contratos previstos no Código dos Contratos Públicos, publicado pelo Decreto-lei nº 18/2008, de 29 de janeiro.

O legislador nacional, acolhendo os princípios instituídos pelo direito da União em matéria de contratação pública acolheu como procedimento pleno, que melhor salvaguarda os princípios da igualdade e da concorrência. O procedimento de concurso público e a exigência do recurso a tal procedimento resulta também da necessidade de defesa de determinados valores e princípios, designadamente o da responsabilidade financeira e o da transparência na utilização dos dinheiros públicos ou do controlo da boa administração.

Sendo assim, não se pode dissociar a atividade contratual pública da vertente do controlo financeiro com vista a assegurar a boa gestão dos dinheiros públicos; a sua transparência e a sua legalidade, incluindo a legalidade financeira.

A maior parcela das despesas públicas assenta em contratos públicos, o que significa que a contratação pública interfere de uma forma acentuada com os agentes económicos, influenciando assim a natural concorrência do mercado e da economia, para além do impacto que os contratos celebrados pela administração pública têm na gestão das finanças públicas.

Assim, o controlo financeiro da atividade da contratação pública está fundamentalmente a cargo do Tribunal de Contas.

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 209º, incluiu o Tribunal de Contas no elenco de Tribunais, qualificando-o como órgão de soberania, ao lado do Presidente da República, da Assembleia da República e do Governo.

O artigo 214º da Constituição da República Portuguesa define o Tribunal de Contas como sendo o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas e de julgamento das contas que por imposição legal lhe sejam submetidas.

Os princípios, valores, modo de funcionamento e o âmbito de atuação do Tribunal de Contas vêm regulados e disciplinados na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

Importa, assim, sublinhar, por um lado, a importância da atuação do Tribunal de Contas no nosso ordenamento jurídico e por outro lado, a relevância da atuação do Tribunal de Contas no âmbito da atividade desenvolvida pelos órgãos da Administração Pública, designadamente, no âmbito da contratação pública.

Bem como os limites e os poderes que o Tribunal de Contas tem em sede de fiscalização prévia e em concreto, os poderes que este tem de “ingerir” nas decisões tomadas por parte das autarquias locais.

E ainda a importância que o controlo exercido pelo Tribunal de Contas tem tido na fixação de jurisprudência relacionada com a contratação pública.

Partindo desses pontos, esta dissertação está dividida em duas partes. A primeira parte tem um primeiro capítulo dedicado à caracterização do Tribunal de Contas e à descrição das suas atribuições, poderes e identificação das entidades fiscalizadas e um segundo capítulo com uma descrição breve dos princípios e dos procedimentos de contratação pública.

A segunda parte desta dissertação tem um primeiro capítulo que se ocupa dos poderes concretos do Tribunal de Contas no âmbito dos procedimentos de contratação pública promovidos pelas autarquias locais e os limites desses poderes perante o princípio da autonomia local.

O segundo capítulo da segunda parte dedica-se à apreciação e análise de Acórdãos do Tribunal de Contas nos últimos quatro anos que abordam e apreciam algumas matérias de relevante interesse para a contratação pública local e cuja jurisprudência tem tido papel relevante e decisivo na interpretação e aplicação do Código dos Contratos Públicos.

ABSTRACT

The regulation of public contracts and contracting procurement and procedures is one of the areas of administrative law which is inseparable from financial law once our legal order requires that all administrative activity carried out by public entities in regard to that matter must follow and observe the contracting procurement procedures, namely and specially the contracting procurement procedures established in the Public Contracts Act (Código dos Contratos Públicos), published by the Decree-law nº 18/2008 of the 29th of January.

Our national law, upholding the principles laid down by the Union Law in the field of public contracts and contracting procurement procedures has accepted as the most important procedure, once it is a safeguard of the principals of equality, competition and transparency, the public tender procedure. The use of that contracting procedure also arises from the need to defend certain values and principles, namely the principals regarding financial responsibility and transparency in the use of public funds, as well as to ensure the good management of public funds.

That way, the financial control of the public contracts and contracting procurement procedures is essentially the responsibility of the Portuguese Court of Auditors (“Tribunal de Contas”).

The Portuguese Constitution, in article 209º, includes the Court of Auditors as one of the Courts of the Portuguese Judiciary Order of Courts, that together constitute one of the four organs of sovereignty, alongside the President of the Republic, the Assembly of the Republic (Parliament) and the Government.

Article 214º of the Portuguese Constitution defines the Court of Auditors as the high-court in Portugal responsible for reviewing the legal issues on public expenditure and revenue, as well as examines, controls and delivers judgement over the regularity of the accounts and financial management that the law determines to be submitted to examination and judgement by that Court.

The principles, values, actions, organization and jurisdiction of the Court of Audits is regulated and stated in the Organization and Procedural Law of the Court of Auditors, Act 98/97, of the 26th of August (“Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas”).

On one hand, it is therefore important to emphasize the importance of the powers of the Court of Auditors in the Portuguese judiciary and, on the other hand, the importance of that Courts powers in regard to the examination of the actions of all public entities in their administrative functions, namely, in regard to public contracts and contracting procurement.

As well as the limits and the power that the Court of Auditors has in regard to the priori control of acts, contracts and other instruments which generate expenditure and represent, direct or indirect, financial liability of the responsibility of the public entities and namely the power that that Court has to influence decisions to be made and taken by the local public authorities (municipality authorities).

And it is also important to emphasise the influence that the control carried out by the Court of Auditors has in the definition of jurisprudence in regard to public contracts and contracting procurements.

Starting from this point, this dissertation is divided into two parts. The first part has a first chapter that is dedicated to the characterization of the Court of Auditors and to describe its assignments, powers and to identify the entities that are subject to its control and a second chapter with a brief description of the principals and main public contracting procurements.

The second part of this dissertation has a first chapter that analyses the powers the the Court of Auditors in regard to examination and control of the contracts and public contracting procurements entered into by the local public entities (municipalities) and the limits imposed by the principal that states the independence of the local public entities.

The second chapter of the second part is dedicated to the analyse of a sample of Decisions taken by the Court of Audits in the last four years, that examine and analyse some of the matters of relevant interest regarding contracts and public contacting procurements of local public entities and the relevant role that that jurisprudence has in the interpretation and in the enforcement of the Public Contracts Act (Código dos Contratos Públicos).

ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUÇÃO

PARTE I

CAPITULO I

O TRIBUNAL DE CONTAS:

1.1. ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

1.2. JURISDIÇÃO E ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

1.3. O ÂMBITO OBJETIVO E SUBJETIVO DA FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

1.4. OS PODERES DO TRIBUNAL DE CONTAS

CAPITULO II

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.1. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.2. OS PROCEDIMENTOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.3. A CONTRATAÇÃO PÚBLICA LOCAL E A ESPECIFICIDADE DA SUA APLICAÇÃO

PARTE II

CAPITULO I

O CONTROLO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS NOS PROCEDIMENTOS DA
CONTRATAÇÃO PÚBLICA

1.1. A ATIVIDADE DE CONTROLO DO TRIBUNAL DE CONTAS NOS PROCEDIMENTOS DA
CONTRATAÇÃO PÚBLICA: OS TIPOS E PROCEDIMENTOS DE CONTROLO

1.2. AS COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS NO ÂMBITO DA FISCALIZAÇÃO
PRÉVIA À ATIVIDADE CONTRATUAL LOCAL

CAPITULO II

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

2.1. A METODOLOGIA

2.2. ALGUNS DADOS SOBRE A ATIVIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS NOS ANOS DE 2014
A 2016

2.3. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS REFERENTE À ATIVIDADE
CONTRATUAL LOCAL NOS ANOS DE 2013 A 2016

CONCLUSÕES

BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURAS

CCP	CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS
CPA	CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
CRP	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA
DL Nº	DECRETO-LEI NÚMERO
L. Nº	LEI NÚMERO
LOPTC	LEI DE ORGANIZAÇÃO E PROCESSO DO TRIBUNAL DE CONTAS
TdC	TRIBUNAL DE CONTAS
TRATADO UE	TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA
REG (UE)	REGULAMENTO
STA	SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
STJ	SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTRODUÇÃO

O ponto de partida da nossa investigação é o Tribunal de Contas e o papel que desempenha na atividade contratual local face aos relevantes poderes que constitucionalmente lhe estão atribuídos em matéria de controlo e fiscalização da legalidade e regularidade financeira das despesas públicas e principalmente tendo em conta o regime jurídico dos contratos públicos que entrou em vigor a 29 de julho de 2008.

Decorridos oito anos desde a sua entrada em vigor e considerando os relevantes contributos já dados pela doutrina administrativa na definição dos princípios subjacentes à contratação pública, aos procedimentos de formação de contratos e na interpretação e densificação do referido regime jurídico, revela-se importante ter uma breve perceção sobre o papel desempenhado pelo Tribunal de Contas na aplicação e interpretação do regime jurídico contido no Código dos Contratos Públicos.

E bem assim, investigar a influência que as decisões e os acórdãos do Tribunal de Contas que incidem sobre os atos e contratos que lhe são remetidos em sede de fiscalização prévia têm na interpretação e densificação de conceitos da contratação pública. Para o efeito, parte desta dissertação será dedicada a fazer uma análise, ainda que sumária, de alguns Acórdãos do Tribunal de Contas.

Essa análise jurisprudencial irá incidir sobre quatro temas que suscitam algumas dúvidas e discussões e/ou que têm conceitos e pressupostos que a jurisprudência densifica e interpreta.

Tudo isto mantendo sempre em vista os poderes que o Tribunal de Contas tem no âmbito do controlo e fiscalização dos atos e contratos das autarquias locais e como esses poderes podem influenciar a atuação das referidas entidades públicas, sem nunca perder de vista o princípio fundamental da autonomia local.

PARTE I

CAPITULO I

O TRIBUNAL DE CONTAS

1.1. ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democrática, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes que tem quatro órgãos de soberania: o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais¹.

Na Constituição da República Portuguesa de 1976, doravante abreviadamente designada por CRP, o título V, da Parte III, referente à «*Organização do Poder Politico*» dedica-se ao órgão de soberania² Tribunais. O referido título da Constituição procede à enumeração das várias categorias de tribunais³ que constituem o sistema judicial português e a quem compete exercer funções jurisdicionais e administrar a justiça em nome do povo, que são independentes, autónomos e apenas sujeitos à lei. Entre as várias categorias de Tribunais do sistema judicial encontra-se o Tribunal de Contas⁴.

O Tribunal de Contas, enquanto órgão de soberania constitucionalmente tipificado, tem a sua formação, composição, competência e funcionamento constitucionalmente determinados e está sujeito aos princípios gerais aplicáveis a todos os tribunais constitucionalmente consagrados.

E nestes termos, o Tribunal de Contas detém um «*estatuto jurídico-constitucional de independência, pessoal e material, típico dos tribunais, de forma a*

¹ Cfr. artigo 1º, 2º e 110º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

² Cfr. artigo 202º, nº 1 da CRP.

³ Segundo a CRP existem as seguintes categorias de tribunais: o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais da primeira e segunda instância; Supremo Tribunal Administrativo e os tribunais administrativos e fiscais de primeira e segunda instância; e o Tribunal de Contas

⁴ Cfr. artigo 209º nº 1, alínea c) da CRP.

*prosseguir com as importantes funções de controlo financeiro que lhe estão constitucionalmente atribuídas».*⁵

Uma das características fundamentais de todos os Tribunais é a independência destes. A independência do Tribunal de Contas, semelhante à dos demais tribunais, verifica-se em primeiro lugar pela independência do próprio Tribunal face aos demais tribunais, não havendo qualquer relação de subordinação ou hierarquia deste perante outro tribunal e, em segundo lugar pela independência dos seus juizes. A independência dos juizes constitucionalmente consagrada é uma garantia de inamovibilidade⁶ destes, enquanto garantia de legalidade e reserva de lei no que se refere à transferência, suspensão, aposentação e demissão dos juizes, o que lhes garante estabilidade profissional e pessoal. A independência dos juizes constitui também uma garantia de que estes não podem ser alvos de pressões ou ordens de outras autoridades e assegura o princípio do juiz natural, com critérios objetivos e predeterminados para a designação dos juizes para cada causa. A independência dos juizes assegura o «*privilégio de iudicatio*» e desse modo garante a força jurídica das decisões dos juizes que apenas são contestáveis em sede de recurso para o tribunal superior, quando a lei processual em causa o admitir e, assegura também que a conduta profissional do juiz apenas pode ser objeto de responsabilização em sede disciplinar, de acordo com o Estatuto dos Magistrados Judiciais⁷, pelas infrações disciplinares cometidas no exercício das suas funções.

Em terceiro lugar, a independência do Tribunal de Contas compreende também a autonomia na interpretação e aplicação da lei, sem prejuízo, naturalmente, das regras de interpretação das normas previstas no artigo 9º do Código Civil.

⁵ Ver J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 108º a 296º*, Volume II Coimbra Editora, Coimbra, 4ª edição revista, p.574

⁶ Cfr. artigo 216º da CRP.

⁷ Cfr. artigos 24º e 25 da Lei nº 98/97, de 26 de agosto, alterada pela Lei nº 48/2006, de 29 de agosto, Lei nº 35/2007, de 13 de agosto, Lei nº 3-B/2010, de 28 de abril; Lei nº 61/2011, de 06 de janeiro e Lei nº 20/2015, de 09 de março, (LOPTC) e Lei nº 21/85, de 30 de julho.

Lei nº 21/85, de 30 de julho

O Tribunal de Contas, como os demais tribunais, apenas está sujeito à lei⁸, estando vinculado ao princípio da legalidade nas decisões que toma, incluindo-se no conceito «lei» todas as normas materialmente válidas, sejam estas de direito interno, comunitário ou internacional e, está também sujeito aos princípios de ordem jurídico-constitucionais, havendo um dever judicial dos tribunais não aplicarem, sempre que apreciem e julguem, normas inconstitucionais⁹.

Como garantia integrante do conceito do Estado direito democrático consagrado no artigo 2º da CRP, as decisões do Tribunal de Contas que não sejam de mero expediente, como as dos demais tribunais, são fundamentadas nas formas previstas na lei e nos termos constitucionalmente impostos pelo artigo 205º da CRP. A referida norma constitucional impõe que a fundamentação ou motivação fáctica das decisões judiciais esteja dependente de lei e que consista na exposição concisa e completa dos motivos de facto e na exposição concisa e completa do enquadramento de direito, que conduzem à decisão concretamente adotada pelo tribunal.

O citado artigo 205º da CRP imperativamente determina, em plena coerência com o estatuto dos tribunais como órgãos de soberania, que as decisões dos tribunais, incluindo naturalmente as do Tribunal de Contas, são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer autoridades, como corolário do princípio da juridicidade estatal e do princípio da proteção jurisdicional efetiva, tornando assim ilícitas todas as condutas que desrespeitem as decisões judiciais.

De forma a assegurar a execução efetiva das sentenças e decisões proferidas pelos tribunais a referida norma constitucional impõe ao legislador a obrigatoriedade de regular os termos da execução das decisões dos tribunais, assegurando que as decisões e sentenças sejam efetivamente executadas, cumpridas e respeitadas tanto por entidades privadas, como entidades públicas

⁸ Cfr. artigo 203º da CRP.

⁹ Cfr. artigo 204º da CRP.

e impõe ainda que o legislador individualize sanções a aplicar aos responsáveis pela inexecução e desrespeito das decisões ou sentenças proferidas pelos tribunais.

Outra garantia constitucional aplicável ao Tribunal de Contas (e aos demais tribunais) é a publicidade das audiências¹⁰ que assegura que as audiências do tribunal sejam públicas, salvo nos casos em que o próprio tribunal, por despacho fundamentado e com vista a salvaguardar a dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o normal funcionamento do tribunal, decida que a audiência não é pública. A referida garantia constitucional da publicidade das audiências reforça não só as garantias do cidadão perante a justiça, como também permite o controlo popular dos tribunais e da justiça e, conjugado com o princípio do Estado de direito democrático¹¹, inclui no seu âmbito também a publicidade das decisões judiciais no sentido de estas poderem ser relatadas publicamente, mediante o acesso de jornalistas às audiências e possibilidade de colheita de elementos de reportagem, estando por isso estritamente associado à liberdade de informação.

A CRP, no seu artigo 214º, define ainda o Tribunal de Contas como «o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe», o que significa que este Tribunal como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira «é um tribunal especial não apenas quanto à sua competência híbrida, que se não limita a funções jurisdicionais (art. 214º), mas também quanto à forma de designação do respectivo presidente, sendo o único juiz nomeado pelo PR (art. 133º/m)»¹². A par da fiscalização da legalidade das despesas públicas realizadas por entidades públicas, ao Tribunal de Contas cabe ainda: «a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a segurança social; b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; c) Efectivar a responsabilidade

¹⁰ Cfr. artigo 206º da CPR.

¹¹ Cfr. artigo 2º da CRP e decorre também diretamente do artigo 10º do Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹² Ver J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 108º a 296º*, Volume II Coimbra Editora, Coimbra, 4ª edição revista, p.549.

por infracções financeiras, nos termos da lei; d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei¹³.»

Resulta da referida definição legal que o Tribunal de Contas, para além de órgão jurisdicional com funções jurisdicionais, é também o órgão supremo da fiscalização da legalidade financeira a quem cabe dar parecer à Conta Geral do Estado, incluindo a do Instituto da Segurança Social, I.P. e das Regiões Autónomas, podendo ainda as suas competências serem alargadas por Lei.

Do exposto, podemos desde já concluir que o Tribunal de Contas foi constitucionalmente consagrado como um órgão de soberania do Estado Português, é autónomo e independente e, tem funções jurídico-constitucionais relevantes no sistema judicial português, em concreto, funções relevantes enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade financeira, mais concretamente da legalidade das despesas públicas realizadas pelos órgãos e entidades públicas.

1.2. JURISDIÇÃO E ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

Na linguagem técnico-jurídica o termo jurisdição designa o poder (de julgar) atribuído, dentro da organização do Estado e da Constituição da República Portuguesa, ao conjunto dos tribunais e inclui-se no conceito jurisdição, não só os poderes autónomos e independentes reconhecidos aos tribunais em confronto com os demais órgãos do Estado como também o poder atribuído a certa categoria de tribunais em face das restantes.

Há assim conflito de jurisdição quando dois ou mais tribunais, de espécie diferente, se arrogam (conflito positivo) ou declinam (conflito negativo) o poder de apreciar, julgar e decidir a mesma questão jurídica¹⁴.

A apreciação e resolução dos «*conflitos de jurisdição*», pela sua relevância, são resolvidos pelo Supremo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal de Conflitos.

¹³ Cfr. artigo 214º da CRP.

¹⁴ Cfr. artigo 109º do Código do Processo Civil (CPC)

No caso de conflitos de jurisdição entre o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Administrativo a competência para dirimir este conflito foi atribuída pela Lei ao Tribunal de Conflitos, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e constituído por dois juizes de cada um dos tribunais¹⁵.

O Tribunal de Contas tem sede em Lisboa, sendo que nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira funcionam as secções regionais¹⁶, tendo como âmbito de jurisdição toda a ordem jurídica portuguesa.

Em matéria territorial, a jurisdição do Tribunal de Contas abrange todo o território nacional e ainda o estrangeiro de modo a abranger os serviços públicos portugueses localizados no estrangeiro. Determinando o n.º 1 do artigo 4.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (doravante abreviadamente designada por LOPTC), aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto¹⁷, que «O Tribunal de Contas exerce na sede a plenitude dos poderes de jurisdição e de controlo financeiro, decidindo as questões que não sejam expressamente atribuídas às secções regionais, e conhece em recurso as respetivas decisões em matéria de visto, de responsabilidade financeira e de multa». Estabelecendo ainda o n.º 2 da referida disposição legal que «As secções regionais exercem a jurisdição e poderes de controlo financeiro na área das respetivas regiões autónomas, designadamente em relação às entidades referidas no artigo 2.º nelas sediadas, bem como aos serviços públicos da administração central que nelas exerçam atividade e sejam dotadas de autonomia administrativa e financeira».

No que se refere às atribuições do Tribunal de Contas, conforme define José Tavares «as atribuições do Tribunal de Contas são também a sua razão de ser, consubstanciando-se nas finalidades, no interesse público que a Ordem Jurídica põe a seu

¹⁵ Cfr. artigo 1.º, n.º 3 da LOPTC.

¹⁶ As secções regionais têm sede, no caso da região autónoma dos Açores em Ponta Delegada e no caso da região autónoma da Madeira, no Funchal.

¹⁷ Cfr. Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, alterada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, Lei n.º 35/2007, de 13 de agosto, Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril; Lei n.º 61/2011, de 06 de janeiro e Lei n.º 20/2015, de 09 de março.

*cargo, ou, por outras palavras, na sua missão, nas suas tarefas, fins ou incumbências,; em suma, na(s) sua(s) função(ões)».*¹⁸

As atribuições legalmente cometidas ao Tribunal de Contas correspondem « à necessidade de controlo dos dinheiros públicos, das receitas e das despesas públicas, do património público, assegurando ou garantindo a legalidade, a regularidade e a boa gestão correspondentes, ou seja, a conformidade do exercício da actividade de administração daqueles recursos com a Ordem Jurídica, julgando, sendo caso disso, a responsabilidade financeira inerente»¹⁹

E cabe-lhe, nos termos do já citado artigo 214.º da CRP, a fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, elencando o legislador, a título meramente exemplificativo, nas alíneas a) a c) do nº 1 do referido artigo 21º da CRP os atos que integram o acervo de competência deste Tribunal, como é o caso do parecer sobre a Conta Geral do Estado incluindo a do Instituto da Segurança Social, I.P. e do parecer das contas das regiões autónomas, bem como a efetivação de responsabilidade por infrações financeiras e, prescrevendo na alínea d) do referido nº 1 , que tem a natureza de norma remissiva, que compete ao Tribunal de Contas «*exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei*».

1.3. O ÂMBITO OBJETIVO E SUBJETIVO DA FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

A densificação das competências ou dos poderes do Tribunal de Contas é assegurada pela LOPTC (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto e suas sucessivas alterações²⁰).

¹⁸ Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 45 ss.

¹⁹ Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 45 ss.

²⁰ A Lei nº 98/97, de 26 de agosto foi alterada pela Lei nº 48/2006, de 29 de agosto, Lei nº 35/2007, de 13 de agosto, Lei nº 3-B/2010, de 28 de abril; Lei nº 61/2011, de 06 de janeiro e Lei nº 20/2015, de 09 de março.

Examinada a referida Lei verificamos que a competência material do Tribunal de Contas está delimitada nos artigos 1º, 2º e 5º.

O nº 1 do artigo 1º vem logo determinar que o «*Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infrações financeiras*».

O artigo 2º da LOPTC enumera as entidades que estão sujeitas à jurisdição e poderes do controlo financeiro do Tribunal de Contas que, para além do Estado e dos seus serviços, das regiões autónomas e dos seus serviços e das autarquias locais e dos seus serviços, incluem-se: i) as associações das autarquias locais (comunidades intermunicipais); ii) áreas metropolitanas; iii) os institutos públicos; iv) as instituições do Instituto da Segurança Social, I.P.; v) as associações públicas, associações de entidades públicas ou associações de entidades públicas e privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades públicas ou sujeitas ao seu controlo de gestão; vi) as empresas públicas, incluindo as entidades públicas empresariais; vii) as empresas municipais, intermunicipais e regionais; viii) as empresas concessionárias da gestão de empresas públicas, de sociedades de capitais públicos ou de sociedades de economia mista controladas, as empresas concessionárias ou gestoras de serviços públicos e as empresas concessionárias de obras públicas; ix) as fundações de direito privado que recebam anualmente, com carácter de regularidade, fundos provenientes do Orçamento do Estado ou das autarquias locais, relativamente à utilização desses fundos e x) ainda, as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos.

Da referida norma legal resulta que, para além dos «*tradicionais*» órgãos administrativos, estão sujeitos à jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas, toda e qualquer entidade, independentemente da sua natureza ou forma jurídica, que sejam maioritariamente financiadas por fundos ou dinheiros públicos ou que sejam «*controladas*» por entidades públicas.

No que se refere ao âmbito objetivo o n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC vem enumerar, de forma não exaustiva, as competências do Tribunal de Contas, estabelecendo que compete a este Tribunal: *«a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social, bem como sobre a conta da Assembleia da República; b) Dar parecer sobre as contas das regiões autónomas, bem como sobre as contas das respetivas Assembleias Legislativas; c) Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou; d) Verificar as contas dos organismos, serviços ou entidades sujeitos à sua prestação; e) Julgar a efetivação de responsabilidades financeiras de quem gere e utiliza dinheiros públicos, independentemente da natureza da entidade a que pertença, nos termos da presente lei; f) Apreciar a legalidade, bem como a economia, eficácia e eficiência, segundo critérios técnicos, da gestão financeira das entidades referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º, incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controlo interno; g) Realizar por iniciativa própria, ou a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, auditorias às entidades a que se refere o artigo 2.º; h) Fiscalizar, no âmbito nacional, a cobrança dos recursos próprios e a aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia, de acordo com o direito aplicável, podendo, neste domínio, atuar em cooperação com os órgãos comunitários competentes; i) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei.»*

Em síntese, podemos dizer que o Tribunal de Contas tem quatro principais competências, competindo-lhe nomeadamente: i) dar parecer sobre a conta geral do Estado, do Instituto da Segurança Social, I.P. e das regiões autónomas; ii) fiscalizar a legalidade das despesas públicas; iii) julgar as contas dos organismos públicos e efetivar a responsabilidade por infrações financeiras e iv) assegurar,

no âmbito nacional, a fiscalização da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia.

Destas competências resulta que este tribunal tem, em primeiro lugar, uma função consultiva, de natureza técnica ou política, mais concretamente quando exerce a sua competência de emissão de pareceres sobre a conta geral do Estado, do Instituto da Segurança Social, I.P. e das Regiões Autónomas. Em segundo lugar tem uma função de fiscalização preventiva, quando é chamado a pronunciar-se sobre a legalidade administrativa e financeira da generalidade das despesas públicas que o Estado, regiões autónomas e autarquias locais pretendem fazer, antes destas serem realizadas, mediante controlo *a priori*, em momento anterior à realização da despesa. Em terceiro lugar, o Tribunal de Contas tem ainda funções tipicamente jurisdicionais quando procede ao julgamento das contas apresentadas no final do ano das entidades que integram a administração pública, exercendo um controlo *a posteriori*, sendo que no âmbito desta função jurisdicional o Tribunal de Contas pode ordenar e realizar inquéritos e auditorias às contas das entidades públicas. Finalmente, a quarta função do Tribunal de Contas centra-se na fiscalização da aplicação dos recursos financeiros vindos da União Europeia.

1.4. PODERES DO TRIBUNAL DE CONTAS

Seguindo de perto os ensinamentos de José Tavares²¹, «*são múltiplos e complexos os poderes de controlo financeiro conferidos ao Tribunal, pelas suas várias “instâncias” de decisão (subsecções das Secções, plenários das Secções, Plenário Geral...), podendo ser distinguidos em função de vários critérios: natureza, conteúdo e momento do seu exercício.*

²¹ Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 45 ss.

Esta diversidade e complexidade dos poderes do Tribunal constituem o principal fundamento da área de recrutamento específica dos seus juizes conselheiros, abrangendo vários ramos do saber e experiências – Cfr. arts. 18.º e 19.º da Lei n.º 98/97.

Em regra, os Autores têm enunciado três funções do Tribunal de Contas, seguindo o disposto em várias normas jurídicas (v.g. art. 214.º da CRP, e, no domínio da Lei n.º 86/89, arts. 8.º a 18.º):

- Emissão de parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da Segurança Social;*
- Fiscalização prévia; e*
- Fiscalização sucessiva/julgamento de contas.^{22 23}*

Continuando a seguir a linha de pensamento do citado Autor, no que se refere ao critério da natureza dos poderes, estes dividem-se em poderes de fiscalização ou controlo e poderes jurisdicionais ou de julgamento. Os poderes de fiscalização e controlo do Tribunal de Contas traduzem-se «*numa actividade técnica de apreciação da actividade financeira pública e consubstanciados, máxime, nos pareceres sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da Segurança Social, sobre as contas das Regiões Autónomas (cfr. art. 214.º da CRP e arts. 5.º e 41.º da Lei n.º 98/97) e ainda em relatórios de auditoria (cujos objectivos, âmbito e tipo são muito vastos e em constante desenvolvimento), de análise e verificação de contas*»²⁴.

Por sua vez, os poderes jurisdicionais ou de julgamento do Tribunal de Contas, consubstanciam-se nos poderes de julgamento da responsabilidade financeira resultante das fiscalizações e auditorias realizadas pelo tribunal. Os poderes de fiscalização e controlo e os poderes jurisdicionais «*formam um todo global e coerente no âmbito do nosso sistema de controlo, representando estes um complemento ou uma sequência natural daqueles*»²⁵ e representam o desenvolvimento

²² Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 45 ss.

²³ Para JOSÉ TAVARES aquela divisão de poderes, por um lado, não tem critério uniforme e, por outro lado, a emissão de parecer sobre a Conta Geral do Estado também se insere no âmbito do exercício da fiscalização sucessiva; e ainda por outro lado por as funções e competências do Tribunal de Contas serem na realidade bem mais complexas e por isso não poderem ser reduzidas às funções de fiscalização prévia e sucessiva.

²⁴ Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 48.

²⁵ Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 48.

por parte do Tribunal de Contas de atividades e funções distintas, representando o primeiro a função de fiscalização ou controlo e o segundo a função jurisdicional, que levou à previsão na LOPTC de três secções especializadas, a saber: i) 1ª secção da fiscalização prévia e concomitante; ii) a 2ª secção da fiscalização concomitante e sucessiva de verificação, controlo e auditoria e iii) a 3ª secção de julgamento de processos de efetivação de responsabilidades e de multa²⁶.

No que se refere ao critério do «*momento de exercício do controlo*», são três os poderes do Tribunal de Contas: i) poderes de fiscalização prévia; ii) poderes de fiscalização concomitante e iii) poderes de fiscalização sucessiva.

Nos termos do disposto no artigo 44º da LOPTC, a fiscalização prévia tem por fim verificar a conformidade de os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas com as leis em vigor e ainda verificar se os encargos têm cabimento em verba orçamental própria, sendo que, no caso de fiscalização de instrumentos geradores de dívida pública, a fiscalização prévia exercida pelo Tribunal de Contas visa também verificar a observância dos limites e sublimites de endividamento e as respetivas finalidades, fixadas pela Assembleia da República.²⁷

Podemos assim dizer que a fiscalização prévia consiste no exame da conformidade legal e regularidade financeira e contabilística dos atos e contratos a ela sujeitos, designadamente, a verificação da legalidade dos atos e contratos, a verificação da cobertura orçamental dos respetivos encargos e, no que se refere aos instrumentos geradores de dívida pública, a verificação da observância dos limites de endividamento e das finalidades das despesas.

²⁶ Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 48.

²⁷ Cfr. nº 2 do artigo 44º da LOPTC

Em suma, a fiscalização prévia tem por objetivo prevenir e evitar a prática de atos e a celebração de contratos ilegais e sem enquadramento orçamental ou que ultrapassem os limites do endividamento e respetivas finalidades.

A regulamentação legal do procedimento de fiscalização prévia está previsto nos artigos 44º a 48º e 81º a 86º da LOPTC.

Tradicionalmente, a fiscalização prévia era, como o próprio nome indica, prévia para ser preventiva e, até à atual lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas²⁸ a regra era de que os atos e contratos sujeitos a fiscalização prévia não podiam produzir quaisquer efeitos antes de obterem o respetivo visto do Tribunal de Contas.

Atualmente, no que se refere à produção de efeitos materiais dos contratos antes da concessão do visto, a LOPTC estabelece um limiar financeiro que são os € 950.000,00. Isto é, os atos e contratos sujeitos a fiscalização prévia, até ao montante de €950.000,00, podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou declaração de conformidade, com exceção dos pagamentos a que dão origem. Uma vez que esses contratos produzem efeitos materiais e não financeiros, antes de serem sujeitos a fiscalização prévia os dirigentes dos serviços que celebrem os referidos contratos tem a obrigação de os remeter ao Tribunal de Contas, no prazo de 20 dias a contar da data de início da sua execução, sob pena de poderem vir a ser condenados no pagamento de multa aplicável no âmbito do próprio processo de visto, após audição dos responsáveis.

Na eventualidade de ser recusado o visto aos referidos contratos ou atos tal facto apenas implica a ineficácia jurídica dos mesmos após a notificação da respetiva decisão, sendo que, no que aos trabalhos realizados diz respeito ou aos bens e serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à notificação da recusa de visto, estes poderão ser pagos, desde que o valor a pagar não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para aquele período²⁹.

²⁸ Cfr. Lei nº 98/97, de 26 de agosto.

²⁹ Cfr. nºs 1, 2 e 3 do artigo 45º da LOPTC

Os atos e contratos de montante superior a € 950.000,00 não podem produzir qualquer efeito, com exceção dos atos ou contratos celebrados na sequência de procedimento de ajuste direto por motivos de urgência imperioso resultante de acontecimentos imprevisíveis para a entidade adjudicante, que não lhe sejam imputáveis e impeçam o cumprimento dos prazos inerentes aos procedimentos de contratação pública legalmente previstos.³⁰

Nos termos do disposto no artigo 46º da LOPTC a fiscalização prévia incide, nomeadamente, sobre os seguintes atos e contratos:

«a) Todos os atos de que resulte o aumento da dívida pública fundada dos serviços e fundos do Estado e das regiões autónomas com autonomia administrativa e financeira, e das demais entidades referidas nas alíneas c) a e) do n.º 1 do artigo 2.º, bem como os atos que modifiquem as condições gerais de empréstimos visados;

b) Os contratos 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;

c) As minutas dos contratos de valor igual ou superior ao fixado nas leis do Orçamento nos termos do artigo 48.º, cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração;

d) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras;

e) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao previsto no artigo 48.º »

Especificando o número 2 do referido artigo 46º que, considera serem «contratos», para sujeição a fiscalização prévia, todo e qualquer acordo, protocolo, apostilha ou instrumento de que resulte ou possa resultar encargos financeiros ou patrimoniais.

³⁰ Cfr. n.ºs 4 e 5 do artigo 45º da LOPTC

Por sua vez, a lei exclui do âmbito da fiscalização prévia os atos ou contratos enumerados no artigo 47º da LOPTC, a saber:

- «a) Os atos e contratos praticados ou celebrados pelas entidades referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, e que não se enquadrem na parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, de valor inferior a (euro) 5 000 000, bem como os atos do Governo e dos Governos Regionais que não determinem encargos orçamentais ou de tesouraria e se relacionem exclusivamente com a tutela e gestão dessas entidades;*
- b) Os títulos definitivos dos contratos precedidos de minutas visadas;*
- c) Os contratos de arrendamento, bem como os de fornecimento de água, gás e eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica;*
- d) Os atos ou contratos que, no âmbito de empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões, os quais ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva;*
- e) Os contratos destinados a estabelecer condições de recuperação de créditos do Estado;*
- f) Os contratos de aquisição de serviços celebrados com instituições sem fins lucrativos que tenham por objeto os serviços de saúde e de caráter 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 celebrados com instituições sem fins lucrativos que tenham por objeto os serviços de educação e formação profissional mencionados no referido anexo, que confiram certificação escolar ou certificação profissional;*
- g) Outros atos, diplomas, despachos ou contratos já especialmente previstos na lei.»*

Nos termos previstos no n.º 1 do artigo 48º da LOPTC cabe à Lei do Orçamento de Estado³¹ fixar para cada ano civil o valor abaixo do qual os contratos de obras públicas e aquisição de bens e serviços e as minutas dos contratos ou contratos cujos encargos, ou partes deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração, estão dispensados de fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

³¹ Nos últimos três anos os Orçamentos de Estado estabelecerem € 350.000,00 como o montante abaixo do qual esses contratos ou atos estão dispensados de fiscalização de prévia, nesse sentido veja-se o artigo 103º da Lei nº 7-A/2016, 30 de março; o artigo 145º Lei nº 82-B/2014, de 31 de dezembro e o artigo 144º Lei nº 83-C/2013, de 31 de dezembro.

O processo de fiscalização prévia termina com a concessão ou recusa do visto dos atos e contratos a ela sujeitos ou mediante a declaração de conformidade dos mesmos³².

Para o efeito, o Tribunal de Contas dispõe de um prazo de 30 dias úteis - o qual corre durante as férias judiciais e conta-se a partir da entrada do ato ou contrato no tribunal, suspendendo-se sempre que o tribunal solicite esclarecimentos ou documentos instrutórios ou complementares e até à remessa desses documentos ou esclarecimentos - para emitir a decisão de recusa ou concessão do visto, sob pena dos atos ou contratos submetidos a fiscalização prévia se considerarem tacitamente visados, podendo as entidades administrativas que os submeteram a fiscalização prévia dar-lhes execução, decorridos que estejam cinco dias úteis sobre o termo do referido prazo.³³

A competência para a concessão do visto é da 1ª secção, em sessões diárias de visto.

A fiscalização prévia, como já refere José Tavares *«levanta várias questões e suscita, por vezes, afirmações de contestação, atendendo, nomeadamente aos seus efeitos imediatos na vida da Administração e dos particulares»*³⁴, sendo que, no que se refere às autarquias locais e às decisões tomadas por parte destas no desenvolvimento das suas atribuições, tem-se revelado como uma verdadeira fonte de *«controlo»* da atividade administrativa e política dos órgãos autárquicos.

A par da fiscalização prévia, o Tribunal de Contas exerce ainda um controlo ou fiscalização concomitante, que se traduz no acompanhamento da execução dos atos, contratos, orçamentos, programas, projetos e de toda a atividade financeira sujeita ao controlo deste tribunal.

A fiscalização concomitante é realizada através de auditorias da 1ª e 2ª Secção do Tribunal de Contas. Em concreto, a fiscalização concomitante é exercida mediante auditorias da 1ª Secção *«aos procedimentos e atos administrativos*

³² Cfr. nº 5 do artigo 46º da LOPTC.

³³ Cfr. Artigo 85º da LOPTC.

³⁴ Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas - Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 50

que impliquem despesas de pessoal e aos contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia por força da lei, à execução de contratos visados»³⁵, sendo então uma atividade complementar à atividade de fiscalização prévia e, através de auditorias da 2ª Secção à «atividade financeira exercida antes do encerramento da respetiva gerência»³⁶.

Na alteração operada pela Lei nº 48/2006, de 29 de agosto, à LOPTC, ficaram isentos de fiscalização prévia os contratos adicionais de contratos visados de empreitada de obras públicas, os quais passaram a estar sujeitos à fiscalização concomitante através das auditorias da 1ª Secção, referidas anteriormente.³⁷ Porém, a lei estabeleceu a obrigação desses contratos serem remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 15 dias a contar do início da sua execução de modo a que o Tribunal, caso assim entenda, possa determinar a realização de auditorias da 1ª Secção.

Se no decurso de uma auditoria levada a cabo pelo tribunal, este verificar a ilegalidade de algum procedimento pendente e em curso, ou de um contrato ou ato ainda não executado, deve notificar a entidade administrativa para remeter o ato ou contrato para fiscalização prévia e, nestes casos, a entidade administrativa fica impedida de executar o ato ou contrato até à conclusão do procedimento de fiscalização prévia (concessão do visto), sob pena de responsabilidade financeira³⁸.

Os relatórios das auditorias realizadas em sede de fiscalização concomitante integram observações e recomendações formuladas pelo Tribunal de Contas e podem dar origem a processos de efetivação de responsabilidades financeiras e de aplicação de multas³⁹.

³⁵ Cfr. alínea a), do nº 1 do artigo 49º da LOPTC.

³⁶ Cfr. alínea b), do nº 2 do artigo 49º da LOPTC.

³⁷ Cfr. alínea d), do nº 1 do artigo 47º e alínea a), do nº 1 do artigo 49º, ambos da LOPTC.

³⁸ Cfr. nº 2 do artigo 49º da LOPTC.

³⁹ Cfr. nº 3 do artigo 49º da LOPTC.

O terceiro poder do Tribunal de Contas é de fiscalização sucessiva ou *à posteriori*, que é exercida pela 2ª Secção e pelas secções regionais.

A fiscalização sucessiva tem como finalidade: i) verificar as contas das entidades sujeitas à submissão destas ao Tribunal de Contas; ii) avaliar o sistema de controlo interno; iii) apreciar a legalidade, economia, eficiência e eficácia da gestão financeira das entidades sujeitas ao seu controlo e iv) fiscalizar a comparticipação nacional nos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia.⁴⁰

A fiscalização sucessiva é exercida depois de terminado o exercício ou a gerência e elaboradas as contas anuais das entidades sujeitas a fiscalização do Tribunal de Contas e são amplos os poderes do Tribunal conforme refere José Luís Pinto Almeida⁴¹:

«

- *Apreciação da execução do Orçamento Estado e das Regiões Autónomas, mediante a elaboração de pareceres sobre as respectivas contas, incluindo a da Segurança Social, e a da Assembleia da República, e as das Assembleias Legislativas Regionais; [art. 5.º, n.º 1, al. a) e b) , art. 36º]*
- *Realização de auditorias de qualquer tipo ou natureza sobre a legalidade, bem como a economia, eficácia e eficiência, segundo critérios técnicos, da gestão financeira, das entidades sujeitas à sua jurisdição e controlo, incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos seus sistemas de controlo interno, tendo por base determinados actos, procedimentos, aspectos parcelares da gestão financeira ou a sua globalidade [art. 5.º, n.º 1, al. f), art. 50.º, n.º 1, art. 55.º, art. 78º];*
- *Verificar as contas dos organismos, serviços e entidades sujeitos à sua prestação [art. 5.º, n.º 1, al. d), art. 50.º e ss., art. 78.º]. Quando restrita «à análise e conferência da conta apenas para demonstração numérica das operações realizadas que integram o débito e o crédito da gerência com evidência dos saldos de abertura*

⁴⁰ Cfr. n.º 1 do artigo 50º da LOPTC.

⁴¹ Cfr. José Luís Pinto ALMEIDA, *Fiscalização prévia, concomitante e sucessiva no quadro das competências do Tribunal de Contas*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 3 Ano I 10 08, Almedina, Coimbra 2008, pp. 194 e ss.

e de encerramento e, se for caso disso, a declaração de extinção de responsabilidade dos tesoureiros caucionados.», é a denominada *verificação interna de contas* (art. 53.º). Se *alargada à verificação da legalidade e da regularidade das operações efectuadas, da finalidade de controlo interno da fidedignidade das demonstrações financeiras, estamos perante a denominada verificação externa das contas* (art. 54.º).

- *Verificar, no âmbito da dívida pública directa do Estado, se foram observados os limites de endividamento e demais condições gerais estabelecidas pela A.R. em cada exercício orçamental; bem como os empréstimos e as operações financeiras e respectivos encargos relativos à sua gestão* (art. 50.º, n.ºs 2 e 3);
- *Realização de acções específicas, nomeadamente auditorias, a solicitação da Assembleia da República ou do Governo* [art. 5.º, n.º 1, al. g), art. 78.º, n.º 1, al. b];
- *Fiscalização da cobrança relativa à comparticipação nacional nos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia* [art. 6.º al. h; art. 50.º, n.º 1];
- *Poder regulamentar interno* [art. 6.º; art. 78.º, n.º 1, al. c];
- *Poder regulamentar externo, que integra a competência para a emissão de instruções indispensáveis ao exercício das suas competências, v.g. o modo como as contas e os processos devem ser submetidos à sua apreciação* [art. 6.º, al. b), art. 78.º, n.º 1, al. e)];
- *Aplicação de multas, no âmbito dos respectivos processos, pela violação de normas não financeiras* [art, 78.º, n.º 4, al. e), art. 66.º, n.º 1].»

Concluimos assim que, o Tribunal de Contas efetua este controlo mediante a realização de inquéritos, auditorias ou outras ações de verificação e controlo, sendo, contudo, a auditoria⁴² o meio fundamental da ação controladora do Tribunal de Contas.

⁴² Conforme consta do Glossário de Termos Comuns Utilizados no âmbito do Controlo Externo por auditoria entende-se « o exame das operações, actividades e sistemas de determinada entidade⁴², com ista a verificar se são executados ou funcionam em conformidade com determinados objectivos, orçamentos, regras e normas» - Manual de Auditoria e de Procedimentos – Anexo I, in www.tribunaldecontas.pt.

Os resultados do controlo sucessivo constam dos respetivos relatórios de auditoria, os quais contêm, muitas vezes, recomendações feitas pelo Tribunal tendentes a corrigir as deficiências verificadas e com isso o Tribunal visa auxiliar as entidades públicas a ter «*uma cultura de gestão cada vez mais responsável*»⁴³.

Finalmente, no que se refere ao «*critério do conteúdo dos poderes de controlo*»⁴⁴ são três os tipos de controlo exercido pelo Tribunal de Contas:

- i) Controlo da legalidade «*stricto sensu*» e da regularidade;
- ii) Controlo económico (economicidade, eficiência e eficácia; e
- iii) Avaliação.

Conforme nota José Tavares⁴⁵ «*A Constituição (v.g. arts. 214.º e 266.º) e a Lei (v.g. Lei n.º 98/97, arts. 1.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, al. f) e 50.º; Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado (Lei n.º 6/91, de 20/02, arts. 16.º e 18.º); Lei n.º 8/90, de 20 Fevereiro, arts. 10.º e 11.º; Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho, art. 22º; e Lei n.º 14/96, de 20 de Abril) impõem que o controlo exercido pelo Tribunal não seja um mero controlo de legalidade formal, mas que incida também sobre a legalidade substancial, incluindo a apreciação da boa gestão financeira, ou seja, da economia, da eficiência e da eficácia, a que também acresce o poder de avaliação.*»

Mas, conforme também observa o referido autor e, nos termos a desenvolver mais adiante ⁴⁶, é um dos alicerces do Estado de Direito Democrático que o controlo da boa gestão financeira não é, nem pode ser, um controlo político, devendo ser apenas e tão só o controlo da atividade financeira segundo critérios objetivos de auditoria económico-financeira, sem qualquer juízo de valor ou ingerência sobre as opções políticas dos órgãos administrativos. Salienta ainda o citado autor que «*o controlo da legalidade «stricto-sensu» e da regularidade, por um*

⁴³ Cfr. José Luís Pinto ALMEIDA, *Fiscalização prévia, concomitante e sucessiva no quadro das competências do Tribunal de Contas*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 3 Ano I 10 08, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 203 e ss.

⁴⁴ Seguindo a linha de pensamento de José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 52

⁴⁵Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 52 IDEM.

lado, o controlo da boa-gestão financeira/controlo económico/controlo da economicidade, da eficiência e da eficácia, por outro lado, e ainda a avaliação, não se excluem, antes se complementam, envolvendo métodos e objectivos próprios.»⁴⁷

Para além dos poderes anteriormente referidos, compete ainda ao Tribunal de Contas, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 5º da LOPTC «aprovar, através da comissão permanente, pareceres elaboradas a solicitação da Assembleia da República ou do Governo sobre projetos legislativos em matéria financeira», cabendo-lhe também, com vista a executar a sua atividade, o que a LOPTC⁴⁸ denomina de « competência material complementar » que é a competência para aprovar o Regulamento do Tribunal de Contas; emitir as instruções ; elaborar e publicar o relatório anual da sua atividade e propor as medidas legislativas e administrativas que considere necessárias aos exercícios da suas competências.

⁴⁷ Cfr. José TAVARES, *O Tribunal de Contas – Do visto em especial*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 53

⁴⁸ Cfr. Artigo 6º da LOPTC.

CAPITULO II

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.1. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Os princípios jurídicos são uma fonte de direito reconhecida quer pelo direito da União Europeia, quer pelo ordenamento jurídico português. Recorre-se aos princípios jurídicos não só para interpretar disposições legais (normas legais de direito codificado), como também para colmatar as omissões existentes no que toca a matérias ainda não reguladas por normas legais e estes têm também um papel fundamental e essencial no âmbito da contratação pública.

Na análise dos princípios jurídicos aplicáveis à contratação pública temos que partir dos princípios jurídicos que fazem parte da disciplina geral comunitária, ou seja, os denominados «*princípios comunitários na contratação pública*». ⁴⁹ Como ensina Cláudia Viana na aplicação dos princípios colocam-se três questões particularmente importantes: «*a primeira, que consiste em apurar quais são os princípios estruturantes do regime da contratação pública; a segunda, relativa ao significado destes princípios no âmbito da contratação pública; e a terceira sobre o âmbito de aplicação desses mesmos princípios.*» ⁵⁰

2.1.1. O princípio da igualdade

O princípio estruturante do regime jurídico da contratação pública, conforme é enunciado por Cláudia Viana, é o princípio da igualdade.

Efetivamente, o princípio da igualdade é um princípio estruturante do direito da União, com o estatuto de direito fundamental⁵¹ e está atualmente

⁴⁹ Ver Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 110 e seguintes.

⁵⁰ Ver Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 110 e seguintes.

⁵¹ Cfr. Artigo 6º do Tratado CE, artigo 20º do Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e artigo 14º do Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

consagrado expressamente no Artigo 18º da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014.⁵²⁵³

É o referido princípio da igualdade que impõe aos legisladores dos diversos países que integram a União Europeia a elaboração de regras comuns no âmbito da contratação pública de modo a afastar todas as barreiras à liberdade de circulação de pessoas e bens no seio da União Europeia e bem assim, como forma de assegurar a igualdade de oportunidade e de tratamento dos operadores económicos que aí operam.

Isto porque, a consagração plena do princípio da igualdade só é possível com uma disciplina jurídica em matéria de contratação pública comum e harmónica que vincula os legisladores nacionais a acolher as manifestações do referido princípio positivadas pelo legislador comunitário nas diretivas comunitárias e, em especial, através da: i) consagração do concurso como procedimento regra, veiculando o carácter excecional do procedimento por negociação ou de adjudicação direta; ii) definição e fixação das regras do procedimento antes da abertura do procedimento e (iii) comparação e avaliação objetiva das propostas apresentadas a concurso pelos diversos operadores económicos.

Apenas o concurso público aberto à participação de todos e quaisquer interessados em apresentar propostas é que constitui «o procedimento onde se alcança, na sua máxima expressão, o princípio da igualdade, enquanto igualdade de oportunidades para todos os operadores económicos interessados em contratar».⁵⁴ Daí que o legislador comunitário tenha estabelecido o procedimento concursal como procedimento-regra, admitindo livremente a opção entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação, excecionando, como *última ratio*, o procedimento por negociação e o ajuste direto, opção essa que foi transposta e

⁵² Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, publicada no JO L 94 de 28/03/2014, p. 65 a 242.

⁵³ Já antes estava expressamente previsto no artigo 4º da Diretiva 2004/18/CE e no artigo 10º da Diretiva 2004/18/CE.

⁵⁴ Ver Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, .pp. 119.

acolhida pelo legislador nacional no Código dos Contratos Públicos⁵⁵ (doravante abreviadamente designado por CCP).

Sendo que, para assegurar a efetiva igualdade de oportunidade e tratamento entre os operadores económicos interessados em apresentar uma proposta num procedimento de concurso pública torna-se também necessário definir as «*regras do jogo*», isto é, é necessário que os interessados conheçam de antemão as regras para aceder ao procedimento e as regras de avaliação e seleção das propostas, que devem ser fixadas nas peças do procedimento e que, conseqüentemente, autovinculam a entidade adjudicante às regras que definiu.

Conforme nota Cláudia Viana⁵⁶ «*a estabilidade e a imutabilidade das regras em causa valem quer para a entidade adjudicante, em sede do procedimento pré-contratual, quer para os concorrentes e suas propostas.*

Da definição e fixação das regras do jogo quanto aos concorrentes, bem como em relação às suas propostas, resultam os princípios da «estabilidade subjectiva dos concorrentes» e da intangibilidade das propostas, respectivamente», ou princípio da indisponibilidade ou da imutabilidade das propostas, princípios esses, conforme iremos adiante verificar, fundamentais no âmbito dos procedimentos de contratação pública.

E só a avaliação comparativa e objetiva das propostas, tendo em conta as regras e os critérios fixados nas peças do procedimento, ou seja, segundo as «*regras do jogo*», é que asseguram a igualdade de oportunidade e tratamento dos operadores económicos. Até porque apenas mediante a fixação das «*regras do jogo*» e a avaliação das propostas de acordo com as regras previamente estabelecidas é que a entidade adjudicante vê assegurada a escolha da melhor proposta e conforme salienta Cláudia Viana «*Essa proposta, ou seja, a proposta*

⁵⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, Decreto-Lei n.º 278/2009, de 02 de outubro, Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro; Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro; Decreto-Lei n.º 149/2010, de 12 de julho e Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro.

⁵⁶ Ver Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 125

vencedora, é a que resultar de uma avaliação comparativa objectiva de todas as propostas apresentadas em conformidade com as «regras do jogo»⁵⁷».

Mas não são só as entidades adjudicantes que no âmbito dos procedimentos de contratação pública ficam autovinculadas às «regras do jogo», também os concorrentes se autovinculam às «regras do jogo» mediante as propostas que apresentam, não podendo estes, depois da submissão das suas propostas, retirar nem alterar as propostas apresentadas durante o prazo da obrigação de manutenção das propostas⁵⁸.

Como sublinha Cláudia Viana, o respeito pelo princípio da igualdade no procedimento concursal «*implica uma autovinculação quer da entidade adjudicante quer dos concorrentes*»⁵⁹ sob pena de frustração do referido princípio e, conseqüentemente, não ser assegurado a todos os concorrentes a oportunidade de, em termos igualitários, demonstrarem as qualidades das respetivas propostas, bem como não ser assegurado a todos os concorrentes a possibilidade de a sua proposta ser seleccionada e de celebrarem o contrato com a entidade adjudicante.

Do princípio da igualdade aflora também a proibição de discriminação em razão da nacionalidade ou do lugar ou sede da entidade adjudicante, também chamado a «*proibição das compras nacionais*»⁶⁰. O respeito pelo princípio da proibição de discriminação em razão da nacionalidade faz com que todas as medidas adotadas pelas entidades adjudicantes que favorecem ou confirmam direitos especiais e exclusivos às empresas nacionais ou do mercado nacional, são ilegítimas. A proibição inserta neste princípio abrange igualmente a proibição da «*compra concelhia ou autárquica*», o que significa que são ilegítimas todas as

⁵⁷Ver Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 128

⁵⁸ Cfr. Artigo 65º do CCP estabelece que o prazo para os concorrentes manterem as suas propostas é de 66 dias contados do termo do prazo fixado para a sua apresentação, sem prejuízo da possibilidade do programa do procedimento ou no convite prever um prazo superior.

⁵⁹ Ver Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 130

⁶⁰Ver Rodrigo Esteves de Oliveira, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, in Estudos da Contratação Pública- I, CEDPRE, Coimbra Editora, 2008, pp. 92

medidas adotadas pelas entidades adjudicantes para favorecerem ou conferirem direitos especiais ou exclusivos a empresas ou concorrentes com sede ou presença local, municipal ou regional.

No âmbito do direito da União o afloramento do referido princípio da igualdade tem como pressuposto a existência das liberdades comunitárias, mais concretamente, as liberdades de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais, que são elementos essenciais e estruturantes do mercado comum e impõe não só o afastamento de todas e quaisquer restrições às referidas liberdades e o afastamento de comportamento discriminatórios por parte das entidades adjudicantes, como também impõe a harmonização da legislação comunitária e nacional com vista a limitar a liberdade e discricionariedade das entidades adjudicantes no decurso dos procedimentos de preparação e adjudicação do contrato.

Por sua vez, no direito interno, o princípio da igualdade tem assento constitucional, no artigo 13º e no n.º 2 do artigo 266º da CRP e foi expressamente consagrado no CCP⁶¹, no n.º 4 do seu artigo 1º que enuncia que «à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência», e conforme dizem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁶² são «princípios fundamentais da contratação pública» e «princípios elementares».

Em relação ao princípio da igualdade verifica-se que este impõe, também no âmbito do direito interno, o tratamento igualitário de todos os interessados na adjudicação de um contrato público que se encontrem em condições objetivamente idênticas relativamente à capacidade para executar o contrato.

Sendo certo que, mesmo que o referido princípio não tivesse tido acolhimento expresso no CCP a verdade é que o mesmo era aplicável à

⁶¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de janeiro e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, Decreto-Lei n.º 278/2009, de 02 de outubro, Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro; Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro; Decreto-Lei n.º 149/2010, de 12 de julho e Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro.

⁶² Ver Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 178

contratação pública e aos procedimentos de formação de contratos desenvolvidos por entidades públicas por força do princípio da igualdade consagrado no Artigo 6º do Código do Procedimento Administrativo⁶³, que impõe à administração pública o dever de tratar igual as situações iguais e tratar de forma desigual as situações diferentes, limitando a discricionariedade e afastando o arbítrio dos órgãos da administração pública.

2.1.2. O princípio da concorrência

A par do princípio da igualdade, outro princípio estruturante da contratação pública é o princípio da concorrência.

Efetivamente, o respeito e vinculação da entidade adjudicante pelo princípio da igualdade impõe que esta promova, de modo efetivo e real, a concorrência e a abertura da celebração dos contratos públicos ao mercado e por isso o princípio da concorrência é na verdade a concretização do princípio da igualdade.

Conforme destaca Pedro Gonçalves⁶⁴ «o princípio da concorrência funciona aqui, na contratação, como um cânone ou critério normativo que, em respeito pelo princípio da igualdade, adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos, que confiram a todos os operadores interessados iguais condições de acesso e, quando participantes, iguais condições de tratamento».

O que está em causa neste princípio é a consagração plena do acesso de todos ao mercado, assegurando a igualdade de participação dos diversos operadores económicos.

Até porque, a concorrência é um valor essencial e prioritário no direito da contratação pública e surge com vista a assegurar a igualdade de tratamento entre os operadores económicos. Este princípio visa salvaguardar tanto o normal funcionamento do mercado e a proteção subjetiva dos concorrentes, como

⁶³ O novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro

⁶⁴ Ver Pedro Costa GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 130

também a melhor prossecução do interesse público que preside à celebração dos contratos, na medida em que a concorrência permite em regra que aquele se faça nas melhores condições financeiras para a administração pública.

Nos termos referidos por Rodrigo Esteves de Oliveira⁶⁵ «*É de facto no respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios: é a ela (concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento. E se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, isso há-de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico.*

Com a existência de um procedimento dirigido à concorrência assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses que lhes estão cometidos, os entes públicos o façam de forma publicamente mais vantajosa possível. E, quanto mais pessoas se apresentarem perante a entidade adjudicante, como eventuais futuros contratantes, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no mercado administrativo, melhor: maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da entidade adjudicante – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas.»

É certo que as exigências da concorrência não são iguais para todos os procedimentos de formação de contratos.

Em rigor, verifica-se que há alguns tipos de procedimentos que garantem mais o princípio da concorrência do que outros, como é o caso do concurso público ou o concurso limitado por prévia seleção.

Efetivamente, nestes procedimentos há a interpelação do mercado; há a consideração dos candidatos ou concorrentes opositores em condições de igualdade e há ainda a apreciação do mérito das propostas submetidas de acordo com os critérios fixados nas peças do procedimento.

⁶⁵ Ver Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação pública*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 67

Por sua vez, o ajuste direto não garante o mesmo grau ou nível de concorrência, até porque neste procedimento é a entidade adjudicante que define e limita os concorrentes que irão apresentar propostas, mediante convites dirigidos apenas a estes. Sendo certo que o legislador não deixou, conforme mais adiante iremos verificar, ao livre arbítrio da entidade adjudicante o recurso ao ajuste direto como procedimento regra de formação dos contratos.

As primeiras Diretivas relativas aos contratos públicos, as Diretivas 2004/18/CE⁶⁶ e 2004/17/CE⁶⁷, não consagravam expressamente este princípio como um dos princípios da contratação pública, mas este princípio estava previsto em diversos diplomas legislativos da União que faziam referência à concorrência efetiva e à necessidade de salvaguardar a concorrência nos procedimentos de formação de contratos e por isso era já um princípio com acolhimento no direito da União.

Atualmente a Diretiva dos Contratos Públicos, a Diretiva 2014/24/EU⁶⁸ expressamente institui o princípio da concorrência como um dos princípios da contratação pública, estabelecendo na segunda parte do n.º 1 do Artigo 18.º que *«Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos»*. O referido princípio está também expressamente previsto

⁶⁶ Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, publicado no JO L 134 de 30/04/2004, p. 114 a 240.

⁶⁷ Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, publicada no JO L 134 de 30/04/2004, p. 1 a 113.

⁶⁸ A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, publicada no JO L 94 de 28/03/2014, p. 65 a 242.

é relativa aos Contratos Públicos e revogou a Diretiva 2004/18/CE e está publicada no JOUE, L 94, de 28 de março de 2014.

no Artigo 36º da Diretiva 2014/25/UE⁶⁹ que refere que os concursos públicos não podem ser organizados de forma a reduzir artificialmente a concorrência.

A citada Diretiva 2014/24/UE faz ainda referência ao princípio da concorrência e à necessidade de esta ser assegurada no âmbito de um procedimento concursal, no Artigo 24º que estabelece que os Estados-Membros devem assegurar que « *as autoridades adjudicantes tome as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos*» e, no nº 4 do Artigo 67º da Diretiva 2014/25/UE ao determina que os critérios de adjudicação não podem conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada e devem assegurar a concorrência efetiva. Com as referidas disposições resulta o entendimento de que as entidades adjudicantes devem assegurar o princípio da concorrência e não devem contribuir para o impedir ou limitar.

E no âmbito do direito interno, o legislador do CCP qualificou-o como um princípio fundamental da contratação pública, logo no já citado nº 4 do artigo 1º do CCP⁷⁰ e o referido princípio da concorrência está espalhado e assegurado em todas as fases dos procedimentos de formação dos contratos. A título meramente de exemplo, são normas que tutelam a concorrência nos procedimentos de formação dos contratos os artigos 49º, nº 1, 63º, nº 2, 132º, nº 4, 189º, nº 4, 226º, nº 3, 239º, nº 3 e 252º, nº 2 todos do CCP e foi também acolhido pelo legislador na fase contratual, nomeadamente no nº 2 do artigo 313º do CCP que só permite a modificação do contrato quando a natureza duradouro do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem e seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas na fase do procedimento de formação do

⁶⁹ Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, que revoga a Diretiva 2004/17/CE, publicada no JO L 94 de 28/03/2014, p. 243 a 374.

⁷⁰ Cfr. Recordando, o referido nº 4 do artigo 1º do CCP estabelece o seguinte: «*À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.*»

contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado a modificação posteriormente introduzida.

No âmbito da contratação pública o princípio da concorrência manifesta-se através de quatro outros princípios, que são: i) o princípio da comparabilidade das propostas; ii) o princípio da intangibilidade das propostas; iii) o princípio da estabilidade das peças do procedimento (estabilidade objetiva) e iv) o princípio da estabilidade dos concorrentes e dos candidatos (estabilidade subjetiva).

Enunciemos, de forma sumária os referidos princípios:

i) O princípio da comparabilidade das propostas

O princípio da comparabilidade das propostas⁷¹, de acordo com Rodrigo Esteves de Oliveira tem subjacente a ideia de que *«as propostas, para serem comparáveis (analisadas, avaliadas e classificadas racionalmente) devem responder a um padrão comum, é dizer, a todas as (e apenas às) especificações solicitadas pelas peças do procedimento e dentro dos limites por elas impostos.»*⁷² Referindo ainda o citado autor⁷³ que *«do que se trata, assim, para que haja uma concorrência real e efectiva, é assegurar que as propostas contém todos os atributos e especificações exigidos nas peças do procedimento, e se conformam com os limites ou imposições aí estabelecidos, com os parâmetros base do caderno e encargos, de modo a possibilitar a plena comparação entre elas, para se saber qual a melhor proposta que o mercado forneceu».*

Nos termos já anteriormente referidos, a comparabilidade das propostas é restrita às candidaturas e propostas que respeitem as *«regras do jogo»*, cabendo à entidade adjudicante definir essas regras, identificando os critérios e os elementos que permitam a efetiva avaliação e comparação das propostas submetidas pelos diversos concorrentes.

ii) O princípio da intangibilidade das propostas

⁷¹ Ou, nos casos de procedimentos com uma fase específica de avaliação dos concorrentes, como acontece no concurso limitado por prévia qualificação, do procedimento de negociação ou diálogo concorrencial, da comparabilidade das candidaturas

⁷² Ver Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação pública*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra pp. 70

⁷³ Ver Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação pública*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra pp. 71

O princípio da intangibilidade das propostas ou da indisponibilidade ou da imutabilidade das propostas, já atrás exposto como afloramento do princípio da igualdade, é um princípio fundamental da contratação pública sublinhando Rodrigo Esteves de Oliveira⁷⁴ que este princípio «significa que, com a entrega da proposta (e com o termo do prazo para a sua apresentação) o concorrente fica vinculado a ela e, conseqüentemente, já não a pode retirar nem alterar até que seja proferido o acto de adjudicação ou até que decorra o respectivo prazo de validade».

Nos termos do referido princípio, até ao termo do prazo para a apresentação das propostas, os concorrentes podem retirar a sua proposta e substituí-la por outra⁷⁵, mas decorrido esse prazo, as propostas apresentadas pelos concorrentes deixam de estar na disposição destes tornando-se «intangíveis, documental ou materialmente»⁷⁶.

Decorrido o prazo de apresentação das propostas ocorre o «efeito da indisponibilidade» das propostas, isto é, para além dos concorrentes não poderem retirar as propostas apresentadas, ainda ficam, nos termos previstos no artigo 65º do CCP, obrigados a manter a proposta apresentada durante 66 dias, sendo que durante esse prazo também não podem modificar ou alterar as propostas apresentadas, ocorrendo, conforme refere Rodrigo Esteves de Oliveira, o «efeito de congelamento ou petrificação»⁷⁷.

Podemos assim concluir, que nos termos deste princípio «não é admitido ao concorrente “mexer” ou alterar a proposta durante a pendência do procedimento, integrando, modificando, reduzindo ou aumentando a pretensão ou a oferta inicialmente apresentada, seja para a tornar conforme aos parâmetros vinculativos constantes das peças do procedimento, seja para a tornar mais competitiva, sendo irrelevante que a alteração resulte da iniciativa dos interessados ou da iniciativa da entidade adjudicante

⁷⁴ Ver Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação público*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra pp. 77

⁷⁵ Cfr. veja-se o disposto nos artigos 137º e 176º ambos do CCP.

⁷⁶ Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação público*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra pp. 77

⁷⁷ Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação público*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra pp. 77

(ou do respectivo júri). Não é de facto possível, sem sacrifício grave dos princípios da concorrência (da que se apresentou e da que se não apresentou) admitir a alteração ou adaptação das propostas no período posterior ao termo do prazo para a sua entrega e anterior à adjudicação.»⁷⁸

iii) O princípio da estabilidade das peças do procedimento

O terceiro princípio corolário do princípio da concorrência é o princípio da estabilidade das peças do procedimento ou da estabilidade objetiva.

Nos termos do referido princípio as «regras» e dados constantes das peças do procedimento, que são em regra o caderno de encargos e o programa do concurso, devem manter-se inalteradas durante a pendência do procedimento de formação dos contratos públicos, sendo a alteração das referidas peças do procedimento proibidas.

Reforçando o já anteriormente exposto «os procedimentos administrativos de contratação pública assentam portanto numa lógica de auto-vinculação: a entidade adjudicante, na estrita media consentida por lei (por exemplo, artigo 132.º/4 do CCP), tem o poder de aprovar e de conformar discricionariamente as regras a que obedece o procedimento (hoje, em menor medida do que antes) e o “projecto contratual” sobre que os concorrentes devem pronunciar-se, mas, uma vez aberto o procedimento, ela fica, tanto quanto os interessados, vinculada a elas, não lhe sendo dado desconsiderá-las, nem por via de regra, introduzir-lhes alterações. Em suma, “as regras do jogo não devem ser alteradas depois de os dados estarem lançados”.⁷⁹

Todavia, tal princípio não é absoluto e não impede a retificação de eventuais erros manifestos que as peças do procedimento contenham, desde que tal ocorra antes do termo do prazo para apresentação das propostas ou candidaturas.

Prevê expressamente o n.º 1 do artigo 50º do CCP a possibilidade de os interessados no procedimento poderem solicitar, por escrito e no primeiro terço

⁷⁸ Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação pública*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra pp. 77

⁷⁹ Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação pública*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra pp. 85

do prazo fixado para a apresentação das propostas, os esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento.

Estabelece ainda o n^o 3 do referido artigo 50^o que o órgão competente para contratar (que é por regra a entidade adjudicante) pode proceder à retificação de erros ou omissões das peças do procedimento, até ao termo do segundo terço do prazo fixado para apresentação das propostas.

Os referidos esclarecimentos e retificações das peças do procedimento fazem depois parte integrante das peças do procedimento e prevalecem sobre estas em caso de divergência⁸⁰.

O CCP também impõe aos interessados a obrigação de, até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas, apresentarem ao órgão competente para a decisão de adjudicar uma lista na qual identifiquem os erros e omissões do caderno de encargos⁸¹. As referidas listas com a identificação dos erros e omissões detetados pelos interessados e as decisões tomadas pelo órgão competente para a decisão de contratar sobre as mesmas, em concreto a sua rejeição ou aceitação, devem ser publicitadas na plataforma eletrónica onde corre o procedimento de formação do contrato.

Os erros e omissões detetados pelos interessados e que posteriormente foram aceites pelo órgão competente para a decisão de contratar passam a integrar as peças do procedimento e prevalecem sobre estas em caso de divergência.

iv) O princípio da estabilidade dos concorrentes

⁸⁰ Nesse sentido dispõe o n^o 5 do artigo 50^o do CCP.

⁸¹ Nos termos do disposto no n^o 1 do artigo 61^o do CCP são erros e omissões do caderno de encargos os que digam respeito a :

- i) Aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade;
 - ii) Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objeto do contrato a celebrar; ou
 - iii) Condições técnicas de execução do objeto do contrato a celebrar que o interessado não considere exequíveis;
- b) Erros e omissões do projeto de execução que não se incluam na alínea anterior.

Outra manifestação do princípio da concorrência é o princípio da estabilidade dos concorrentes e dos candidatos, também chamado o princípio da estabilidade subjetiva.

Em harmonia com este princípio quem se apresenta ao procedimento, submetendo uma proposta e passando a ter o estatuto de concorrente, tem de manter a composição com que se apresentou ao concurso, isto é, tem de manter o mesmo grupo de pessoas ou entidades, desde do início do procedimento até ao final do mesmo.

No CCP não há norma específica que regule a alteração subjetiva dos concorrentes, mas considerando a relevância deste problema a sua apreciação não pode ser afastada e deve ser ponderada nos seguintes termos: em primeiro lugar, no agrupamento que apresentou uma proposta não pode ser permitida a entrada de uma nova pessoa. Em segundo lugar, a saída de uma pessoa do agrupamento terá que ser analisada perante a situação concreta do procedimento sendo necessário avaliar se a saída desse membro do agrupamento influencia ou altera a capacidade técnica, financeira e de habilitação profissional do agrupamento concorrente. Caso não influencie, não há nada a opor à saída do membro do agrupamento, sendo que, nesse caso, segundo Rodrigo Esteves de Oliveira⁸² *«o que não se admite, em princípio, é que o concorrente que se afastou seja substituído, caindo-se assim na terceira hipótese, que é a da troca de uma pessoa do agrupamento (substituição da composição subjectiva do concorrente). É que a entrada de uma nova entidade, por troca com outra, implicaria que se aceitasse que aquela de certa forma apresentasse uma proposta fora do prazo.»*

Em princípio não se inclui no âmbito do princípio da estabilidade subjetiva a alteração da estrutura societária ou jurídica do concorrente ou das empresas associadas ou a modificações do capital social da empresa, a não ser que, em virtude de tal alteração, a apreciação da idoneidade do concorrente ou da sua imparcialidade tenha sido afetada.

⁸²Cfr. Rodrigo Esteve de OLIVEIRA, *Os princípios da contratação pública*, publicado nos *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 91

2.1.3. Os princípios da imparcialidade, da transparência e da publicidade

Voltando à manifestação do princípio da igualdade no âmbito da contratação pública, em concreto, no sentido de igualdade de oportunidade de todos os interessados e operadores económicos nos procedimentos de formação dos contratos e à celebração dos respetivos contratos, verifica-se que este impõe o respeito por outros três princípios, que são os princípios da imparcialidade, transparência e publicidade.

Os referidos princípios, para além de sedimentados no direito da União, foram acolhidos pelos legisladores dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, enquanto princípios estruturantes e fundamentais da contratação pública e, concretamente, foram acolhidos pelo legislador português.

Resumidamente, analisemos os referidos princípios:

i) O princípio da imparcialidade

O primeiro dos referidos princípios, o princípio da imparcialidade, está expressamente consagrado no n.º 2 do artigo 266º da CRP e foi acolhido pelo artigo 9º do Código do Procedimento Administrativo⁸³ e é nos procedimentos de formação dos contratos um princípio fundamental, como aliás salienta Rodrigo Esteves de Oliveira⁸⁴, trata-se de um princípio «*de valor reforçado, de observância estrita por parte da entidade adjudicante (ou do júri)*».

Este princípio é um afloramento do princípio da igualdade e não discriminação e impõe que a entidade adjudicante adote medidas e formalidades que permitam aos que estão de fora e demais concorrentes, verificar a legalidade do procedimento e dos atos praticados no decurso do mesmo.

O referido princípio é o «*garante da imagem, do rigor e do bom nome da Administração (que não basta ser séria, mas deve também parecer séria), a imparcialidade administrativa pede que se delimite um círculo normativamente adequado de situações de*

⁸³ Aprovado pela Lei n.º 42/2014, de 11 de julho e já antes estava consagrado no art.º 6º do Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro.

⁸⁴ Ver Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, in Estudos da Contratação Pública-I, CEDPRE, Coimbra Editora, Coimbra 2008, pp. 95

perigo que sejam capazes de pôr em xeque essa imagem e bom nome, é dizer, que sejam objectivamente capazes de fundar uma suspeita pública relativamente à falta de isenção da Administração.»⁸⁵

O princípio da imparcialidade, nos termos referidos por Rodrigo Esteves de Oliveira ⁸⁶, «*desdobra-se em diversas vertentes ou planos.*» Num plano orgânico, este princípio tem uma função preventiva, visando evitar a existência de situações que levam à incorreta ou ilegítima formação da vontade da entidade adjudicante, ressaltando aqui as figuras dos impedimentos, escusas e suspeições. Num plano procedimental, este princípio impõe que as entidades adjudicantes, aquando da tomada de opções ou decisões, tenham presente e ponderem toda a esfera de interesses ou valores relevantes que podem vir a influenciar a decisão.

Caso há em que o princípio da imparcialidade atua como «*norma de perigo*», de garantia preventiva, noutros como uma «*norma de resultado*», «*sendo suficiente, para sustentar um juízo de ilegalidade (por violação do princípio da imparcialidade), a existência de uma situação donde resulte o “risco fundado de uma actuação parcial”, dispensando-se assim a demonstração de uma “concreta actuação parcial”*»⁸⁷.

ii) O princípio da transparência

O princípio da transparência aflora diretamente do princípio da igualdade e surge como garantia preventiva do princípio da imparcialidade, visando evitar e acautelar a violação desse princípio nos procedimentos da contratação pública. Salienta Rodrigo Esteves de Oliveira ⁸⁸ que «*a transparência implica, desde logo, um dever de publicitação adequada da intenção de contratar por parte das entidades adjudicantes e das condições essenciais do contrato, para permitir que quem nisso tenha*

⁸⁵ Ver Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, in Estudos da Contratação Pública-I, CEDPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 96

⁸⁶ Ver Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, in Estudos da Contratação Pública-I, CEDPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 95

⁸⁷ Ver Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, in Estudos da Contratação Pública-I, CEDPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 95

⁸⁸ Ver Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, in Estudos da Contratação Pública-I, CEDPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 101

interesse apresente uma proposta ou candidatura. De seguida, impõe-se também uma publicação das regras de cada procedimento, que devem ser claras e postas no documento normativo adequado, para evitar supressas aos operadores económicos. Em terceiro lugar, o princípio da transparência exige uma definição clara e precisa das regras das principais decisões procedimentais, designadamente, dos requisitos de acesso, das condições de qualificação dos candidatos e dos critérios e factores de adjudicação, de modo a evitar uma discricionariedade excessiva por parte das entidades adjudicantes em matérias concorrencialmente essenciais, cujo exercício não seja, em termos práticos, passível de um controlo adequado por parte dos concorrentes e dos tribunais, e de modo também a permitir aos interessados uma correcta formação da sua vontade de concorrer (ou não) e a adopção de uma estratégia concorrencial informada e consciente. Os interessados devem portanto poder retirar do “modelo de avaliação das propostas” as informações necessárias e úteis à concepção e apresentação da sua melhor proposta, ou seja, devem retirar dele os dados necessários para conhecer o que é que as entidades adjudicantes irão tomar em consideração para apurar a proposta mais competitiva, e em que medida ou com que peso (...). Em quarto lugar, o princípio da transparência reclama a existência de meios destinados a controlar a legitimidade das decisões procedimentares, como a fundamentação dos actos administrativos e a audiência prévia, e para fazer cumprir a lei».

Em suma, o princípio da transparência visa assegurar que os operadores económicos interessados em apresentar proposta no âmbito de um procedimento de formação dos contratos conseguiram apreender das regras do concurso o modelo de avaliação das propostas de modo a estarem habilitados a submeter uma proposta que venha a ser adequadamente apreciada e avaliada.

Para além disso, deste princípio também decorre que os concorrentes devem também conseguir perceber, com base na fundamentação apresentada pela entidade adjudicante nos relatórios de avaliação das propostas, se as propostas foram corretamente avaliadas e apreciadas de acordo com o critério de adjudicação inserido pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, o que impõe à entidade adjudicante a obrigação de explicitar e devidamente fundamentar todas as decisões tomadas, de modo a surgirem como lógicas racionais e, tanto quanto possível, incontroversas para os intervenientes.

iii) O princípio da publicidade:

O terceiro princípio que decorre diretamente do princípio da igualdade e que a assegura a realização do princípio da transparência anteriormente referido, é o princípio da publicidade.

Este princípio, no entendimento de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁸⁹ é também um «*princípio elementar*» e deveria integrar a seleção dos «*princípios jurídicos qualificados da contratação pública*», a par dos princípios da transparência, igualdade e da concorrência.

Este princípio é fundamental porquanto a concorrência do mercado só é plena quando o mercado tem conhecimento que a entidade adjudicante pretende contratar. Conforme sublinha Cláudia Viana⁹⁰ «*o meio de assegurar a igualdade (de oportunidades) no acesso aos contratos públicos consiste na realização de procedimentos abertos, acessíveis a todos os operadores económicos interessados.*

De facto, só através de procedimentos abertos, em que as entidades adjudicantes dão a conhecer a sua intenção de celebrar um contrato público, é que se efectiva a igualdade de oportunidades entre os operadores económicos, permitindo-se o livre comércio no espaço comunitário.

Pois bem, a publicidade que tem a sua máxima expressão nos procedimentos abertos, constitui, por isso uma «obrigação» pressuposta pela igualdade, sob pena de esta ser «letra morta». Isto é, sem publicidade, sem procedimentos abertos, acessíveis a todos os interessados não há igualdade.»

Mas não só, deste princípio também decorre a exigência de que, no decurso do procedimento, a entidade adjudicante publicite todas as deliberações e decisões tomadas no âmbito do mesmo, mais precisamente que seja dada publicidade a todas as decisões que venham a ser tomadas pela entidade adjudicante e pelo júri, de forma a que todos os concorrentes que participam no procedimento as possam conhecer.

⁸⁹ Ver Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 178

⁹⁰ Ver Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp.154.

2.1.4. O princípio da proporcionalidade

Outro princípio fundamental na contratação pública é o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 2 do artigo 266.º da CRP e acolhido no artigo 7.º do Código do Procedimento Administrativo.

Este princípio é um princípio geral da atividade administrativa, sendo também conhecido como o princípio da proibição do excesso e constitui a limitação da discricionariedade administrativa. Efetivamente, este princípio impõe a todas as entidades administrativas a adoção da ação adequada à prossecução do interesse público e à adoção da ação que menos lese os direitos dos particulares, impondo assim que todas as ações adotadas pelas entidades administrativas tenham que ser proporcionais, adequadas e necessárias aos fins prosseguidos.

Com base neste princípio a entidade adjudicante, em função dos objetivos do procedimento e do contrato que pretende celebrar, não pode adotar quaisquer medidas que sejam restritivas ou limitativas da concorrência, sem que essas medidas sejam alvo de justificação suficiente e adequada para as justificar.

É este princípio que proíbe a entidade adjudicante de fixar requisitos ou critérios de acesso ao procedimento que constituam uma limitação à apresentação de propostas por parte dos operadores económicos e que no âmbito do procedimento impõe à entidade adjudicante que avalie com cuidado a adequação e proporcionalidade de todas as deliberações e decisões tomadas no procedimento que sejam suscetíveis de lesar os direitos dos interessados no procedimento ou dos concorrentes que apresentaram propostas.

2.2. OS PROCEDIMENTOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O «*procedimento de formação dos contratos*», na definição dada por Pedro Costa Gonçalves⁹¹ «*constitui a série ou a sucessão ordenada de atos que concorrerem para a formação, a conclusão e a produção de uma plena eficácia jurídica de um contrato*

⁹¹ Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 76

público». O referido procedimento é o «*procedimento contratual*» ou o «*procedimento do contrato*», porquanto o contrato «*apresenta-se como o ato principal, central e decisivo desse mesmo procedimento*».

A par do ato de celebração do contrato, há outros atos que ativamente contribuem para a celebração do mesmo, como é o caso dos atos preparatórios, que antecedem à sua celebração e os atos complementares, que são os que sucedem à celebração do contrato.

O procedimento de formação dos contratos é um procedimento legalmente regulado tendo o legislador definindo, detalhadamente, a tramitação do procedimento com vista a assegurar a imparcialidade administrativa e a igualdade de tratamento entre os operadores económicos e bem assim, limitar o informalismo.

Neste contexto fala-se no princípio da tipicidade dos procedimentos ou da legalidade procedimental.

Nos termos do referido princípio, em primeiro lugar, a entidade adjudicante está vinculada aos tipos ou modelos de procedimentos legalmente previstos, mais precisamente, aos procedimentos previstos e regulados pelo CCP e, em segundo lugar, as entidades adjudicantes só podem lançar mão de um determinado tipo ou modelo de procedimento se estiverem preenchidos todos os pressupostos de que depende a sua adoção.

Este princípio da legalidade procedimental «*incide de forma particularmente intensa na disciplina dos procedimentos de seleção concorrencial, pelo facto de na fase de adjudicação integrada nesses procedimentos, participarem vários interessados em competição ou em disputa pelo acesso ao contrato (e ao benefício inerente ao mesmo)*».⁹² E nos termos dessa «*competição*» ou «*disputa*», a entidade adjudicante possa analisar e comparar as propostas, o que só é possível se estas conterem os atributos e as exigências previstas nas peças do procedimento de modo a

⁹² Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 77

assegurar a «*plena comparação entre elas*», permitindo assim à entidade adjudicante escolher a melhor proposta apresentada.

Neste âmbito também se fala no princípio da adequação formal da tramitação, que significa que as entidades adjudicantes devem conduzir o procedimento de formação dos contratos de acordo com os trâmites e as formalidades previstas na lei e nas peças do procedimento, exatamente no programa do procedimento.

De acordo com este princípio as regras e formalidades colocadas no programa do concurso passam a vincular a entidade adjudicante e todos os operadores económicos interessados em apresentarem propostas.

No que se refere aos procedimentos de formação dos contratos verifica-se que estes desenvolvem-se em três fases⁹³: i) a primeira fase é a fase preparatória, que é uma fase longa e complexa e inclui todos os atos prévios à conclusão do contrato, nomeadamente, nesta fase ocorre a iniciativa do procedimento, a instrução e a adjudicação. ii) A segunda fase do procedimento é a fase principal ou conclusiva, de conclusão do contrato, onde o contrato é formalizado e outorgado (se for o caso de ser reduzido a escrito). iii) A terceira e última fase do procedimento é a fase integrativa de eficácia ou complementar. Esta fase inicia-se após a formalização do contrato e é a fase onde se praticam todos os atos necessários a assegurar que o mesmo produza efeitos, nomeadamente, no caso de contratos públicos sujeitos a fiscalização prévia, a entidade adjudicante proceda ao envio do contrato ao Tribunal de Contas com vista a obter o respetivo visto.

Considerando a diversidade de contratos públicos que as entidades administrativas podem celebrar, não foi possível ao legislador do CCP estabelecer um único procedimento que fosse transversal e aplicável a todos os tipos de contratos públicos.

⁹³ Seguindo os ensinamentos de Pedro Costa GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 78

Não obstante isso, o legislador do CCP veio estabelecer uma disciplina unitária da contratação pública e dos respetivos procedimentos de formação de contratos, cujo objeto abranja prestações que estão sujeitas ou sejam suscetíveis de estarem submetidas à concorrência do mercado.

Consideram-se submetidos à concorrência do mercado, nos termos enumerados no n.º 2 do artigo 16.º do CCP, os seguintes contratos: de empreitada de obras públicas; de concessão de obras públicas; de concessão de serviços públicos; de locação ou aquisição de bens móveis; de aquisição de serviços e de constituição de sociedades.⁹⁴

Assim, sempre que uma entidade adjudicante⁹⁵ tome a decisão de contratar⁹⁶ e, desse modo, decide iniciar o procedimento de formação de um contrato público tem que recorrer a um dos procedimentos tipificados no n.º 1 do já citado artigo 16.º do CCP, tendo que adotar um dos seguintes procedimentos:

- i) Ajuste direto;
- ii) Concurso público;
- iii) Concurso limitado por prévia qualificação;
- iv) Procedimento por negociação; e
- v) Diálogo concorrencial.

Por regra, o procedimento de concurso público e o procedimento de concurso limitado por prévia qualificação são os dois procedimentos mais abertos, pese embora com uma tramitação mais complexa e demorada, onde a discricionariedade procedimental da entidade adjudicante está mais limitada. Os referidos procedimentos ao permitirem que um maior número de operadores económicos se possam apresentar a concurso e submeter uma proposta,

⁹⁴ Esta enumeração não é taxativa pois devem ser submetidos à concorrência e sujeitos a um dos procedimentos para celebração de contratos previstos no CCP todos os contratos cujas prestações possam ser submetidas à concorrência do mercado. Em concreto, Jorge Andrade da SILVA, no *Código dos Contratos Públicos Anotados e Comentado*, Almedina, 5.ª Edição 2015, pp.81, refere que «No n.º 2, procede-se à enumeração de um conjunto de contratos que, assim, por determinação legal, são contratos submetidos à concorrência de mercado. Mas isso não significa que outros não devam igualmente como tal ser considerados, o que poderá decorrer, como em dito numa das redações projetadas e resulta do n.º 2 do artigo 1.º e do n.º 1 do artigo 5.º, da própria natureza ou características dessas prestações, da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação ».

⁹⁵ Cfr. As entidades adjudicantes estão enumeradas nos artigos 2.º e 7.º do CCP.

⁹⁶ Decisão essa que resultou da avaliação da necessidade de contratar uma prestação ou serviços a terceiros e ainda da adequação do contrato a celebrar com vista a satisfazer a referida necessidade.

possibilitam à entidade adjudicante assegurar mais adequadamente a concorrência e, por isso, são por norma, mais adequados para a celebração de contratos de maior custo ou valor económico.

Por sua vez, o procedimento de ajuste direto é o procedimento que, no limite, permite à entidade adjudicante convidar um único operador económico a apresentar uma proposta, sendo assim um procedimento mais simples⁹⁷, de tramitação simplificada, sendo por isso mais adequado para a celebração de contratos de menor valor económico, em que a tutela da concorrência não é assim tão relevante.

Ainda no que se refere aos procedimentos de concurso público, concurso limitado por prévia qualificação e ajuste direto, a administração goza de discricionariedade na escolha do exato procedimento a adotar para a formação de um contrato público, estando apenas a escolha do procedimento limitada pelo valor do contrato a celebrar, o qual não pode ultrapassar os limiares financeiros previstos para cada tipo de procedimento.

Esta circunstância do valor do contrato condicionar a escolha do procedimento para a formação dos contratos visa precisamente assegurar o princípio da concorrência, salvaguardando que quanto maior é o valor do contrato a celebrar mais exigente, solene e formal seja o procedimento adotado pela entidade adjudicante para a respetiva formação e, desse modo seja também assegurado que todos os operadores económicos, que reúnem condições para poderem apresentar propostas para a celebração do contrato, assim o façam.

No que se refere aos limiares financeiros que condicionam a escolha do procedimento de formação dos contratos públicos, estes estão estabelecidos nos artigos 19º a 21º do Código dos Contratos Públicos e atualmente são os seguintes:

⁹⁷ O legislador do CCP estabeleceu ainda dois procedimentos de ajuste direto: o ajuste direto do regime geral previsto nos artigos 114º a 127º e o ajuste direto de regime simplificado para a celebração de contratos de até € 5.000,00, nos termos previstos nos artigos 128º e 129º do CCP.

Contratos de empreitada de obras públicas

- O ajuste direto só permite a celebração de contrato de valor inferior a € 150.000,00.
- O concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor, exceto quando os respetivos anúncios de abertura do procedimento não sejam publicados no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), caso em que só permite a celebração de contratos de valor inferior ao referido na alínea a), do Artigo 4º da Diretiva nº 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de fevereiro⁹⁸.

Contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços

Em geral:

- O ajuste direto só permite a celebração de contrato de valor inferior a € 75.000,00;
- O concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor, exceto quando os respetivos anúncios de abertura do procedimento não sejam publicados no JOUE, caso em que só permite a celebração de contratos de valor inferior ao referido na alínea c), do Artigo 4º da Diretiva nº

⁹⁸ Cfr. Este valor é atualmente do montante de € 5.5225.000,00 e foi fixado pela Comissão Europeia através do Regulamento Delegado (EU) 2015/2170 da Comissão de 24 de novembro de 2014, que alterou o Artigo 4º da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho respeitante aos limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos.

2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de fevereiro⁹⁹.

Quando a entidade adjudicante seja o **Estado**:

- a escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação em que os anúncios de abertura do procedimento não sejam publicados no JOUE, só permite a celebração de contratos de valor inferior ao referido na alínea b), do Artigo 4º da Diretiva nº 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de fevereiro¹⁰⁰, exceto se o contrato visar:
 - Contratos de locação ou aquisição de bens móveis excecionados pelo Anexo III da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de fevereiro, a celebrar no domínio da defesa.
 - Contratos de aquisição de serviços que tenham por objeto serviços de investigação e desenvolvimento; serviços de transmissão de programas televisivos e emissão de rádio, serviços de interconexão e serviços integrados de telecomunicações; ou serviços mencionados no Anexo XIV da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de fevereiro.¹⁰¹

Aplicando-se aos referidos contratos excecionados a liberdade de escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação.

Outros Contratos

⁹⁹ Este valor é atualmente do montante de € 209.000,00 e foi fixado pela Comissão Europeia através do Regulamento Delegado (EU) 2015/2170 da Comissão de 24 de novembro de 2014, que alterou o Artigo 4º da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho respeitante aos limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos.

¹⁰⁰ Este valor é atualmente do montante de € 135.000,00 e foi fixado pela Comissão Europeia através do Regulamento Delegado (EU) 2015/2170 da Comissão de 24 de novembro de 2014, que alterou o Artigo 4º da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho respeitante aos limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos.

- O ajuste direto só permite a celebração de contrato de valor inferior a €100.000,00;
- O concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor.

Nos casos em que os contratos a celebrar tiverem por objeto prestações do mesmo tipo suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato, mas em que as prestações são separadas em lotes, o procedimento a adotar é o correspondente ao valor global dos lotes, com as adaptações constantes do artigo 22º do CCP¹⁰².

Nestes termos, se os procedimentos de formação dos contratos respeitantes a todos os lotes ocorrerem em simultâneo, então o valor a considerar para a escolha do procedimento é o correspondente ao somatório dos preços base dos procedimentos. Se os procedimentos não forem simultâneos e se desenvolverem num período de 1 ano a contar do início do primeiro procedimento, então o valor a considerar é o correspondente ao dos contratos já celebrados e dos preços base

¹⁰² Cfr. artigo 23º do Código dos Contratos Públicos tem a seguinte redação:

«1 - Quando prestações do mesmo tipo, suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato, sejam divididas em vários lotes, correspondendo cada um deles a um contrato separado, a escolha, nos termos do disposto nos artigos anteriores, do ajuste direto, do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação cujo anúncio não seja publicado no Jornal Oficial da União Europeia, só permite a celebração do contrato relativo a cada lote desde que:

a) O somatório dos preços base dos procedimentos de formação de todos os contratos a celebrar, quando essa formação ocorra em simultâneo, seja inferior aos valores mencionados, respetivamente e consoante os casos, nos artigos 19.º, 20.º e 21.º; ou

b) O somatório dos preços contratuais relativos a todos os contratos já celebrados e dos preços base de todos os procedimentos ainda em curso, quando a formação desses contratos ocorra ao longo do período de um ano a contar do início do primeiro procedimento, seja inferior aos valores mencionados, respetivamente e consoante os casos, nos artigos 19.º, 20.º e 21.º

2 - Quando seja possível prever o somatório dos preços contratuais dos lotes correspondentes aos vários contratos, já celebrados e a celebrar ao longo do período de tempo referido na alínea b) do número anterior, a escolha, nos termos do disposto nos artigos anteriores, do ajuste direto, bem como do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação cujo anúncio não seja publicado no Jornal Oficial da União Europeia, só permite a celebração de contratos relativos a lotes subsequentes desde que esse somatório seja inferior aos valores mencionados, respetivamente e consoante os casos, nos artigos 19.º, 20.º e 21.º

3 - No caso de contratos de empreitadas de obras públicas, de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, a escolha, nos termos do disposto nos artigos anteriores, do ajuste directo, bem como do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação cujo anúncio não seja publicado no Jornal Oficial da União Europeia, permite a celebração dos contratos relativos a lotes em que o preço base fixado no caderno de encargos seja inferior a (euro) 1 000 000, no caso de empreitadas de obras públicas, ou a (euro) 80 000, no caso de bens móveis ou serviços, ainda que os somatórios referidos nos números anteriores sejam iguais ou superiores aos valores mencionados, respetivamente e consoante os casos, nos artigos 19.º e 20.º, desde que o valor cumulado dos preços base dos procedimentos de formação dos contratos relativos a lotes cuja celebração é permitida neste número não exceda 20 daqueles somatórios-»

relativos aos que tem o procedimento de adjudicação ainda pendentes, salvo se for possível prever que ao somatório do valor das prestações a dividir em lotes durante aquele período de tempo corresponde legalmente a outro tipo de procedimento e nesse caso é esse o procedimento que deve ser adotado.

Ainda no que se refere à escolha do procedimento, verifica-se que o legislador do CCP também estabeleceu critérios materiais para a escolha do procedimento de formação dos contratos que especificamente afastam o critério do valor do contrato anteriormente referido.

Efetivamente, a escolha dos procedimentos de negociação e do diálogo concorrencial nunca depende do valor do contrato a celebrar, mas apenas está dependente da verificação dos critérios materiais previstos nos artigos 29º, 30º e 33º, nº 1 do CCP.

Nestes termos, o procedimento de negociação pode ser adotado pela administração para a celebração de¹⁰³:

- (i) contratos de empreitada de obras públicas, contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e contratos de aquisição de serviços em relação aos quais possam ser adotados o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação, sem publicação de anúncio no JOUE;
- (ii) contratos de empreitadas de obras públicas, contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de serviços cuja natureza ou objeto impeçam totalmente a fixação prévia e global de um preço base no caderno de encargos;
- (iii) contratos de empreitadas de obras públicas, contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de serviços, quando em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação com publicação de anúncio no JOUE, ou em anterior procedimento de diálogo concorrencial, todas as propostas tenham sido excluídas com

¹⁰³ Cfr. ver o artigo 29º do CCP.

fundamento no nº 2 do artigo 70º do CCP e, desde que, o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao anterior procedimento e a decisão de adotar o procedimento seja tomada no prazo de 6 meses da decisão de exclusão de todas as propostas apresentadas;

- (iv) contratos de empreitada de obras públicas a realizar apenas para fins de investigação, 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; e
- (v) contratos de aquisição de serviços quando a natureza das respetivas prestações não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos os atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na al. a), do nº 1 do artigo 74º do CCP, mas a definição quantitativa de outros atributos seja adequada a essa fixação ou o preço seja o único atributo a ter em consideração na avaliação das propostas, tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida. Contudo, o nº 3 do artigo 29º do CCP expressamente veda a adoção do procedimento de negociação à aquisição de serviços cuja natureza consista na elaboração de um plano, de um projeto ou de uma criação conceptual nos domínios artísticos, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia ou do processamento de dados.

Por sua vez, o procedimento de diálogo concorrencial pode ser adotado para a celebração de contratos particularmente complexos¹⁰⁴, qualquer que seja o seu objeto e desde que dessa complexidade decorra a impossibilidade do recurso ao concurso público ou ao concurso limitado por prévia qualificação,

¹⁰⁴. ver artigo 30º do CCP.

considerando-se particularmente complexos os contratos relativamente aos quais seja objetivamente impossível:

- (i) definir a solução técnica mais adequada à satisfação das necessidades da entidade adjudicante com o contrato a celebrar;
- (ii) definir os meios técnicos, de acordo com o disposto nas alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 49.º do CCP¹⁰⁵ aptos a concretizar a solução já definida pela entidade adjudicantes;
- (iii) definir em termos suficientemente claros e precisos, a estrutura jurídica ou a estrutura financeira inerente aos contratos a celebrar.

Para recorrer a este procedimento de diálogo concorrencial é ainda necessário ter em atenção que a classificação do contrato como de particularmente complexo, deve ter por base critérios objetivos e, por isso, ser transversal a todos as entidades adjudicantes e não resultar da carência ou das dificuldades de uma única entidade adjudicante (ou de um grupo pequeno destas) que podia ter ultrapassado essas carências ou dificuldades técnicas com recurso a apoios de ordem técnica, jurídica ou financeira¹⁰⁶ que lhe permitissem

¹⁰⁵ Para compreender adequadamente a referida remissão é necessário ter presente o que diz o n.º 1 e 2 do referido Artigo 49.º do CCP: «1.As especificações técnicas, como tal definidas no anexo VI da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, e no anexo XXI da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, devem constar do caderno de encargos e são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência.

2 - Sem prejuízo das regras técnicas nacionais obrigatórias, desde que sejam compatíveis com o direito comunitário, as especificações técnicas devem ser fixadas no caderno de encargos:

a) Por referência, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais ou a qualquer outro referencial técnico elaborado pelos organismos europeus de normalização, acompanhadas da menção «ou equivalente»;

b) Na falta de qualquer dos referenciais técnicos referidos na alínea anterior, por referência a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de conceção, de cálculo e de realização de obras e de utilização de materiais, acompanhadas da menção «ou equivalente

c) Em termos de desempenho ou de exigências funcionais, incluindo práticas e critérios ambientais, desde que sejam suficientemente precisas para permitir a determinação do objeto do contrato pelos interessados e a escolha da proposta pela entidade adjudicante;

d) Nos termos referidos na alínea anterior, baseando a presunção da conformidade com aquele desempenho ou com aquelas exigências funcionais na remissão para as especificações a que se referem as alíneas a) e b).»

Tendo em consideração que a Diretiva 2004/17/CE foi revogada pela Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 e que a Diretiva 2004/18/CE foi revogada pela já referida Diretiva 2014/24/UE, a referência feita no n.º 1 do citado Artigo 49.º do CCP para o Anexo XXI da Diretiva 2004/17/CE deve ser lida como sendo para o Anexo VIII da Diretiva 2014/25/UE e para o Anexo VI) da Diretiva 2004/17/UE deve ser lida como sendo para o Anexo VII da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁰⁶ Cfr. o n.º 3 do artigo 30.º do CCP expressamente determina que « a impossibilidade objetiva referida no número anterior não pode, em qualquer caso, resultar da carência efetiva de apoios de ordem técnica, jurídica ou financeira de que a entidade adjudicante, usando a diligência devida, possa dispor.»

elaborar o caderno de encargos de acordo com as especificações técnicas do contrato a celebrar.

Para além dos critérios materiais referidos para a escolha dos procedimentos de negociação e do diálogo concorrencial, verifica-se também que o legislador do CCP, nos artigos 24º a 27º, estabeleceu critérios materiais para o recurso ao procedimento de ajuste direto, afastando desse modo as condicionantes decorrentes do valor do contrato.

Nestes termos, é admissível à entidade adjudicante recorrer ao ajuste direto para a formação de um contrato com qualquer objeto¹⁰⁷quando:

- i) em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, consoante o caso, e desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não sejam substancialmente alterados em relação aos estabelecidos nos anteriores procedimentos e a decisão da entidade adjudicante de recorrer ao procedimento de ajuste direito seja tomada e os convites à apresentação das propostas sejam formulados no prazo de 6 meses a contar do termo do prazo fixado para a apresentação das candidaturas ou propostas ao concurso;
- ii) quando em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao dos anteriores procedimentos e a decisão da entidade adjudicante de recorrer ao procedimento de ajuste direito seja tomada e os convites à apresentação das propostas

¹⁰⁷ Cfr. artigo 24º do CCP.

sejam formulados no prazo de 6 meses a contar do termo do prazo da exclusão de todas as propostas apresentadas^{108 109};

- iii) na medida estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis da entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante;
- iv) quando as prestações que constituem o objeto do contrato se destinem, a título principal, a permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações;
- v) por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos, a prestação objeto do contrato só possa ser confiada a uma determinada entidade;
- vi) quando, nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respetiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigem.

A entidade adjudicante pode escolher o ajuste direto como procedimento para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas¹¹⁰ quando:

¹⁰⁸ Quando todas as propostas tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º do CCP, o recurso ao ajuste direto só permite a celebração de contratos de valor inferior ao estabelecido para a adoção de cada procedimento segundo o critério do valor do contrato, previstos na al. b) do artigo 19.º (€ 5.225.000,00) para o contrato de empreitada, na al. b), do n.º 1 do artigo 20.º (€ 209.000,00) para o contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou um contrato de aquisição de serviços; e no n.º 2 do artigo 20.º (€ 135.000,00) no caso de um contrato de locação ou aquisição de bens móveis ou de um contrato de aquisição de serviços quando a entidade adjudicante seja o Estado, exceto se estivermos perante um dos contratos referidos nas alíneas a) e b) do artigo 20.º, caso em que é aplicável os limiares referidos na al. b) do n.º 1 do artigo 20.º (€ 209.000,00), todos do CCP. Porém, é possível recorrer ao ajuste direto para a celebração de um contrato de valor igual ou superior aos anteriormente referidos nos casos em que o anúncio do procedimento anterior tenha sido publicado no JOUE e sejam convidados a apresentar propostas todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas foram excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

¹⁰⁹ Para a formação de contratos que digam respeito atividades nos setores da água, de energia, dos transportes ou dos serviços postais pelas entidades adjudicantes dos setores especiais identificadas no n.º 1 do artigo 7.º do CCP, o ajuste direto só pode ser adotado desde que as propostas tenham sido excluídas com fundamento diferente dos previstos no n.º 2 do artigo 70.º do CCP, mesmo que o procedimento anterior tenha sido procedimento de negociação.

¹¹⁰ Cfr. artigo 24.º do CCP.

- i) se trata de novas obras que consistem na repetição de obras similares, objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante, desde que:
- as obras estejam em conformidade com o projeto base comum;
 - o anterior contrato tenha sido celebrado há menos de 3 anos, na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação ou de procedimento de negociação, no caso de se tratar da formação de um contrato que diga direta ou principalmente respeito a uma ou várias atividades nos setores da água, de energia, dos transportes ou dos serviços postais pelas entidades adjudicantes dos setores especiais identificadas no nº 1 do artigo 7º do CCP ;
 - o anúncio do concurso tenha sido publicado no JOUE, no caso de o somatório do preço base relativo ao ajuste direto e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido na al. b) do artigo 19º do CCP (atualmente de € 5.225.000,00); e
 - a possibilidade de adoção do ajuste direito tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso.
- (i) se trate de obras 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 obtenção de lucro ou a amortizar os custos dessas atividades;
 - o preço base relativo ao ajuste direto sejam inferior ao referido na al. b) do artigo 19º do CCP (atualmente do montante de €5.225.000,00);

- se trate de realizar uma obra ao abrigo de um acordo quadro com uma única entidade, nos termos do nº 1 do artigo 258º do CCP¹¹¹.

Por sua vez a entidade adjudicante pode recorrer ao ajuste direto para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens ¹¹²nas seguintes situações:

- i) quando se trate de bens destinados à substituição parcial ou à ampliação de bens ou equipamentos de específico uso corrente da entidade adjudicante, desde que o contrato a celebrar o seja com a entidade com a qual foi celebrado o contrato inicial e a mudança de fornecedor obrigasse a entidade adjudicante a adquirir material de características técnicas diferentes, originando incompatibilidades ou dificuldades técnicas de utilização ou manutenção desproporcionadas;
- ii) quando se trata de bens produzidos ou a produzir apenas para fins de investigação, de experimentação, de estudo ou de desenvolvimento, desde que tais bens não sejam produzidos em quantidade destinada a assegurar a viabilidade comercial dos mesmos ou a amortizar os custos daquelas atividades;
- iii) quando se trate de adquirir bens, em condições especialmente mais vantajosas do que as normalmente existentes no mercado, a fornecedores que cessem definitivamente a sua atividade comercial, a curadores, a liquidatários ou administradores de insolvência ou de concordata ou ainda no âmbito de uma ação judicial;
- iv) quando se trate de locar ou de adquirir bens ao abrigo de um acordo quadro nos termos do disposto no nº 1 do artigo 258º do CCP;
- v) quando se trate de adquirir água ou energia, desde que a entidade adjudicante exerça a atividade de colocação à disposição, de exploração

¹¹¹ Cfr. O nº 1 do artigo 258º do CCP diz o seguinte: « Deve adotar-se o ajuste direto para a formação de contratos a celebrar ao abrigo de acordos quadro celebrados na modalidade prevista na alínea a) do nº 1 do artigo 252º». A al. a) do nº 1 do artigo 252º refere-se aos acordos quadros que as entidades adjudicantes podem celebrar com uma única entidade, quando neles estejam suficientemente especificados todos os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo que sejam submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.

¹¹² Cfr. artigo 26º do CCP.

ou de alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de, respetivamente, água potável ou eletricidade, gás ou combustível para aquecimento.

Finalmente, as entidades adjudicantes podem ainda recorrer ao ajuste direto para a celebração de contratos de aquisição de serviços¹¹³ nas seguintes situações:

- i) quando se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante, desse que esses serviços:
 - estejam em conformidade com o projeto base comum;
 - o anterior contrato tenha sido celebrado, há menos de 3 anos, na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação;
 - o anúncio do concurso tenha sido publicado no JOUE, no caso de o somatório do preço base relativo ao ajuste direto e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido na al. b) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP (atualmente do montante de € 209.000,00); e
 - a possibilidade de adoção do ajuste direto tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso.

Se a entidade adjudicante for o Estado, só pode ser adotado o ajuste direto no caso de o somatório do preço base relativo ao ajuste direto e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido no n.º 2 do artigo 20.º (atualmente no montante de € 135.000,00) ou, quando se tratar de um dos contratos mencionados na alínea b) do mesmo n.º 2, ao valor referido na alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo (no montante de €209.000,00).

¹¹³ Cfr. artigo 24.º do CCP.

ii) quando a natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual ou a serviços financeiros, 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 e desde que a definição quantitativa, no âmbito de um procedimento de concurso de outros atributos das propostas seja desadequada a essa fixação, tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida.

Porém, não pode ser adotado o ajuste direto quando o serviço a adquirir consista na elaboração de um plano, de um projeto ou de uma qualquer criação concetual nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia ou do processamento de dados.

iii) quando se trate de serviços relativos à aquisição ou à locação, independentemente da respetiva modalidade financeira, de quaisquer bens imóveis, ou a direitos sobre esses bens, salvo os contratos de prestação de serviços financeiros celebrados simultânea, prévia ou posteriormente ao contrato de aquisição ou de locação, seja qual for a sua forma.

Porém, quando se trate de aquisição de quaisquer serviços indicados no anexo XIV da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro¹¹⁴, só pode ser adotado o ajuste direto quando o respetivo preço base seja inferior ao valor referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º (€209.000,00) ou referido no n.º 2 do artigo 20.º (€ 135.000,00), quando a entidade adjudicante seja o Estado, exceto se se tratar de um dos contratos mencionados na alínea b) do n.º 2 do artigo 20.º, caso em que é aplicável valor referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º (€ 209.000,00).

iv) quando se trate de serviços de arbitragem e de conciliação; de investigação e de desenvolvimento, com exceção daqueles cujos resultados se destinem

¹¹⁴ Anexo correspondente anexo II-A da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março.

exclusivamente à entidade adjudicante para utilização no exercício da sua própria atividade, desde que a prestação do serviço seja inteiramente remunerada pela referida entidade adjudicante;

v) quando o contrato, na sequência de um concurso de conceção, deva ser celebrado com o concorrente selecionado ou com um dos concorrentes selecionados nesse concurso, desde que tal intenção tenha sido manifestada nos respetivos termos de referência e de acordo com as regras neles estabelecidas e a decisão de escolha do ajuste direto seja tomada no prazo de 1 ano a contar da decisão de adjudicação tomada no concurso de conceção, devendo o convite à apresentação de proposta ser enviado dentro do mesmo prazo, sob pena de caducidade daquela decisão.

vi) se trate de adquirir serviços ao abrigo de um acordo quadro, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 258º do CCP.

Para além de fixar critérios materiais para a escolha do ajuste direto como procedimento de formação dos contratos públicos, o legislador do CCP estabeleceu também, no artigo 31º do CCP, um regime especial de escolha de procedimentos de formação dos contratos para os contratos de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos e de sociedade.

Nos termos fixados na citada disposição legal para a celebração dos referidos contratos de concessão a entidade adjudicante pode livremente escolher entre os procedimentos de concurso público, concurso limitado por prévia qualificação e negociação, independentemente do valor do contrato ou deste ter ou não ter valor económico.

As entidades adjudicantes podem também recorrer aos procedimentos de diálogo concorrencial e de ajuste direto para a celebração de contratos de concessão, nos termos gerais definidos nos artigos 24º e 30º do CCP. O ajuste direto pode ainda ser adotado para a formação de contratos de sociedade e de

concessão de serviços públicos quando razões de interesse público relevante o justifiquem¹¹⁵.

2.3. A CONTRATAÇÃO PÚBLICA LOCAL E A ESPECIFICIDADE DA SUA APLICAÇÃO

O CCP tem como âmbito de aplicação subjetiva as entidades adjudicantes identificadas no seu artigo 2º, estabelecendo que são contraentes públicos para efeitos e aplicação do referido diploma legal as entidades identificadas no artigo 3º do CCP.

A distinção entre as entidades adjudicantes e os contraentes públicos, conforme sublinha João Caupers¹¹⁶ insere-se num contexto jus-comunitário «*Na União Europeia instalou-se há muito uma estratégia hostil à utilização das categorias jurídico-organizativas do direito administrativo de matriz francesa. Perante a irresistível tentação dos governos de manipular tais categorias, como forma de limitar e condicionar a aplicabilidade do direito da União Europeia, sobretudo no domínio das garantias da concorrência, as instâncias comunitárias vêm impondo, nomeadamente nas directivas sobre contratos públicos e sobre a resolução judicial dos litígios emergentes destes, uma concepção de contrato público que dispensa quaisquer exigências quanto à natureza jurídico-pública das entidades que outorgam contratos cujo objecto se prende com a prossecução de interesses público. Trata-se de uma concepção que desloca o centro de gravidade do conceito do plano orgânico-jurídico para o plano funcional-económico.*

O direito administrativo nacional – com alguma relutância e visível desconforto – vem correspondendo às exigências da UE, abdicando progressivamente da tradicional distinção entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas privadas, sempre que estas prossigam interesses de natureza pública, em condições susceptíveis de limitar ou condicionar a concorrência. Diga-se em abono da verdade que a utilização da

¹¹⁵ Cfr. nº3 do artigo 31º do CCP.

¹¹⁶ João CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, publicado nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º64, Julho/Agosto 2007, pp.9 a 14.

personalidade jurídica pública como instrumento para traçar a fronteira da actividade contratual pública tem sido corroída por outras causas, que não apenas a influência comunitária. (...)

Todas estes factores têm atenuado gradualmente as fronteiras do universo jus-público, abrindo caminho para concepções a actividade administrativa pública que substituem as considerações orgânicas pelas funcionais: agora apenas interessa apurar se aquilo que se faz – e já não aquilo que se é – pode ser tido por «público», entendendo este termo essencialmente no sentido de vinculado à ideia de autoridade associada ao Estado».

Observando o CCP, no que se refere à identificação das entidades adjudicantes, verifica-se que, por um lado, o nº 1 do artigo 2º do CCP delimita as referidas entidades em função de dois critérios: o primeiro critério é o das entidades com personalidade jurídica pública, que são as identificadas nas alíneas a) a f) do nº 1 e que correspondem às que a doutrina tradicional integra na administração pública, a saber: o Estado, as regiões autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas e as associações públicas, excluindo-se as empresas públicas e locais.

O segundo critério é o critério do financiamento público maioritário, tratando-se de um critério de base económica assente ainda no controlo público do poder de decisão e controlo da entidade, e que corresponde às entidades identificadas na alínea g), que são as associações constituídas nos termos da lei geral, desde que sejam maioritariamente financiadas por dinheiros públicos ou sejam dirigidas, administradas ou controladas por agentes designados por pessoas coletivas públicas, sendo que todas estas entidades têm, por regra, estatuto jurídico-privado.

Por outro lado, o nº 2 do artigo 2º do CCP incluiu na definição de entidades adjudicantes as identificadas nas diversas alíneas desse nº 2, e que se podem dividir também segundo dois critérios: o primeiro critério é o do financiamento público maioritário, conjuntamente com a administração, direção ou o controlo público da entidade enunciado nas alíneas a)-ii), b), c) e d) do referido nº 2. O segundo critério, que está previsto na alínea a) – i), é o da criação de uma entidade

que terá necessariamente em vista a satisfação de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial.

Para além das entidades adjudicantes identificadas no referido artigo 2º, o CCP alarga o universo das entidades adjudicantes às previstas no artigo 7º, denominando-as entidades adjudicantes dos «setores especiais», que são «*quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2º, que exerçam atividades nos setores da água, da energia, dos transportes, e dos serviços postais*» e que: (i) em relação às quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2º exercem, direta ou indiretamente, uma influência dominante; (ii) que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos através de um procedimento de concorrência internacional que lhes reservem determinadas atividades nos referidos setores ou afetem substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades de exercer atividade nesses setores.

São também consideradas entidades adjudicantes, nos termos o nº 2 do referido artigo 7º, quaisquer pessoas coletivas, constituídas pelas entidades adjudicantes do chamado «*setor especial*» ou que sejam maioritariamente financiados por elas ou sujeitos ao seu controlo de gestão ou ainda, que tenham os seus órgãos de administração, direção ou fiscalização compostos por membros maioritariamente designados por elas.

Para além destas, o CCP considera serem igualmente entidades adjudicantes para efeitos de aplicação do referido código, as entidades que pretendam celebrar contratos de empreitada de obras públicas e de aquisição de serviços, e que não se incluem no âmbito dos citados artigos 2º e 7º do CCP, mas que sejam financiadas em mais de 50% por qualquer entidade adjudicante referida no artigo 2.º; ou o preço contratual seja igual ou superior ao determinado nas diretivas comunitárias aplicáveis; ou, finalmente e apenas para os contratos de empreitada de obras públicas, quando se trate de trabalhos complementares,

dependentes ou por outra forma relacionados com um contrato de empreitada a que se aplique o regime procedimental do CCP¹¹⁷.

Partindo das disposições legais anteriormente enunciadas e que identificam as entidades adjudicantes verifica-se desde logo que as autarquias locais – os municípios e freguesias¹¹⁸ – são entidades adjudicantes e por isso estão sujeitas ao CCP.

Pelo que, a celebração por parte das autarquias locais de qualquer contrato que se inclua no âmbito objetivo do referido diploma legal tem que seguir as disposições legais do referido Código.

Efetivamente, as autarquias locais integram a administração pública em sentido orgânico e são, através dos seus órgãos e serviços, responsáveis pela realização da despesa pública e, como tal, vinculados pela lei e pelos princípios gerais da atividade administrativa a aplicar e recorrer, sempre que pretendam celebrar um contrato de empreitada de obra pública, de aquisição de bens, de aquisição de serviços ou de concessão, aos procedimentos para a formação de contratos previstos no CCP.

Estabelecendo o artigo 36º do CCP que o procedimento de formação de um contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar e que, em relação às autarquias locais, nos termos do Anexo I da Lei nº 75/2013, de 12 de setembro, que estabelece o regime jurídico das autarquias locais: (i) compete à Assembleia Municipal «Autorizar a câmara municipal a celebrar contratos de concessão e fiar as

¹¹⁷ Cfr. Nos termos exposto no artigo 275º do Código dos Contratos Públicos «1 - As regras previstas no presente Código relativas à formação de contratos de empreitada de obras públicas são também aplicáveis no caso da formação de contratos de empreitada celebrados por entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º, desde que:

- a) Sejam financiados directamente em mais de 50 por qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º; e
- b) O respectivo preço contratual seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º

2 - As regras previstas no presente Código relativas à formação de contratos de aquisição de serviços são também aplicáveis no caso da formação de contratos de aquisição de serviços celebrados por entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º, desde que: a) Sejam financiados directamente em mais de 50 por qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º; b) O respectivo preço contratual seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º; e c) Sejam complementares, dependentes ou se encontrem, por qualquer forma, relacionados com o objecto de um contrato de empreitada a cuja formação é aplicável o presente Código nos termos do disposto no número anterior.»

¹¹⁸ Cfr. alínea c), do n.º 1 do artigo 2º do CCP.

respetivas condições gerais»¹¹⁹ ; (ii) compete à Câmara Municipal « *aprovar os projetos, programas de concurso, cadernos de encargos e adjudicação de empreitadas e aquisição de bens e serviços, cuja autorização de despesa lhe caiba*»¹²⁰; e (iii) cabe ao Presidente da Câmara Municipal « *aprovar os projetos, programas de concurso, cadernos de encargos e adjudicação de empreitadas e aquisição de bens e serviços, cuja autorização de despesa lhe caiba*»¹²¹¹²².

Um contrato que tenha sido celebrado sem que a decisão de contratar e a autorização de despesa tenha sido emitida pelo órgão legalmente competente para o efeito é nulo, nos termos do disposto na alínea b), do n.º 2 do artigo 161.º do CPA.

Assim, a título de conclusão podemos dizer que as autarquias locais, em concreto os municípios e as freguesias, estão sujeitas ao CCP, não podendo por isso celebrar contratos de empreitada, de aquisição de bens ou serviços ou mesmo de concessão sem que, para o efeito e previamente à sua celebração dos referidos contratos, recorram a um dos procedimentos para a formação dos contratos previstos no CCP.

Contudo, é necessário não perder de vista a recente Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro, que introduziu uma distinção entre autoridades governamentais centrais, elencadas no Anexo I à referida Diretiva e autoridades governamentais subcentrais veio definir algumas regras procedimentais mais flexíveis para as autarquias locais no domínio da contratação pública.

A referida Diretiva deu aos Estados membros da União a possibilidade de optarem por um sistema simplificado de publicação para as «*entidades de natureza subcentral*» que são as entidades de natureza local, como os Municípios, permitindo que estes em vez de publicar um anúncio completo no Jornal Oficial

¹¹⁹ Cfr. alínea p), do n.º 1 do artigo 25.º do Anexo I da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro.

¹²⁰ Cfr. alínea g), do n.º 1 do artigo 33.º do Anexo I da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro.

¹²¹ A competência para autorizar despesa nas autarquias locais relativa à aquisição de bens e serviços está atualmente definida no artigo 18.º da Lei n.º 197/99, de junho, que foi reprimado pela Resolução n.º 86/2011, de 11 de abril.

¹²² Cfr. alínea f), do n.º 1 do artigo 35.º do Anexo I da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro.

da União Europeia, por cada contrato acima dos limiares europeus, publiquem um anúncio simples de pré-informação indicando que: i) o contrato será adjudicado sem posterior publicação de anúncio; e ii) os operadores económicos podem expressar o seu interesse no contrato, com vista a serem informados diretamente sobre o procedimento em causa¹²³.

A referida Diretiva tinha que ser transposta para o direito interno até 16 de abril de 2016, exceto no que se refere à matéria da contratação pública eletrónica cujo prazo de transposição era até 18 de outubro de 2018, sendo que até à presente data, ainda não foi transposta para o direito interno estando neste momento em curso a revisão do Código dos Contratos Públicos¹²⁴ que, nos termos previstos no anteprojeto de revisão do referido Código, visa transpor para a legislação nacional as Diretivas europeias sobre a matéria da contratação pública.

Em princípio, as diretivas não são diretamente aplicáveis, mas o Tribunal de Justiça da União Europeia ¹²⁵decidiu que determinadas disposições podiam, a título excecional, produzir efeitos diretos num Estado-Membro mesmo que este não tenha adotado um ato de transposição¹²⁶, sempre que: a) a transposição para o direito interno não tenha sido efetuada ou o tenha sido incorretamente; b) as disposições da diretiva sejam imperativas e suficientemente claras e precisas; e c) as disposições da diretiva confirmem direitos aos particulares¹²⁷.

Sempre que estiverem reunidas estas condições, os particulares podem invocar as disposições em causa junto das autoridades públicas. Mesmo que o

¹²³ N.º 2 do Artigo 48.º da Diretiva 2014/24/EU.

¹²⁴ O Grupo de Trabalho para elaborar o diploma de transposição das Diretivas foi nomeado por Despacho n.º 2969/2015 (publicado no DR, 2.ª série, n.º 58, de 24 de março de 2015) e o anteprojeto de decreto-lei esteve em consulta pública até 10 de outubro de 2016.

¹²⁵ Ver neste âmbito Acórdão Van Gend & Loos, o processo Faccini Dori, C-91/92 e processo Francovich, processos apensos C-6/90 e C-9/90.

¹²⁶ A transposição deve ser efetuada dentro do prazo fixado na diretiva. Ao transpor as diretivas, os Estados-Membros têm de assegurar o efeito útil do direito da UE, segundo o princípio de cooperação leal consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do TUE.

disposto na diretiva em questão não confira direitos aos particulares e que, em consequência, apenas estejam reunidas a primeira e segunda condições, as autoridades dos Estados-Membros têm de ter em conta as disposições da diretiva não transposta.¹²⁸

¹²⁸ Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça um particular tem o direito de exigir a reparação de um dano sofrido num Estado-Membro que não respeite o direito da União. Sempre que se tratar de uma diretiva não transposta ou insuficientemente transposta, é possível interpor recurso desde que: a) a diretiva vise conferir direitos aos particulares; b) o conteúdo dos direitos possa ser identificado com base nas disposições da diretiva; e c) exista um nexo de causalidade entre o não respeito da obrigação de transposição da diretiva que incumbe ao Estado-Membro e o prejuízo sofrido pelo lesado. Não é, pois, necessário demonstrar que o Estado-Membro cometeu uma infração para que exista responsabilidade.

PARTE II

CAPITULO I

O CONTROLO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS NOS PROCEDIMENTOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

1.1. A ATIVIDADE DE CONTROLO DO TRIBUNAL DE CONTAS NOS PROCEDIMENTOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: OS TIPOS E PROCEDIMENTOS DE CONTROLO

No ordenamento jurídico português o Tribunal de Contas é o órgão de soberania ao qual cabe assegurar e fiscalizar a legalidade das despesas públicas, cabendo-lhe, em termos gerais, fiscalizar e apreciar, com independência e isenção, o modo como são geridos os recursos financeiros das entidades públicas. Para o efeito, conforme já se viu na Parte I da presente dissertação, o Tribunal de Contas tem poderes de fiscalização prévia, de controlo financeiro e auditoria e poderes de efetivação de responsabilidades financeiras.

Em sede de contratação pública cabe especificamente ao Tribunal de Contas fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa pública ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretas ou indiretas, para o Estado, para as autarquias locais, para as regiões autónomas e para as demais entidades públicas incluídas no seu âmbito subjetivo de atuação¹²⁹.

Neste âmbito, não podemos esquecer que os contratos públicos celebrados na sequência de um procedimento de formação dos contratos – como é o caso dos contratos de empreitada, dos contratos de prestação de serviços, dos contratos de aquisição de bens e dos contratos de concessão - são instrumentos geradores e de realização de despesa e de aplicação de dinheiros públicos e, como tal, implicam

¹²⁹ Cfr. alínea c) do n.º 1 Artigo 5.º da LOPTC.

a realização de uma despesa pública ou envolvem a assunção de responsabilidades financeiras.

Tendo em atenção isso, o CCP no nº 1 do artigo 287º estabelece que: «*A plena eficácia do contrato depende da emissão dos actos de aprovação, de visto, ou de outros actos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de acto administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objecto passível de acto administrativo.*»

Resulta da citada disposição legal que a aptidão para que um contrato celebrado na sequência de um procedimento de formação de contratos possa produzir os efeitos para o qual foi celebrado, pode estar sob condição suspensiva da prática de determinados atos que constituem requisitos de eficácia do mesmo, mas note-se que sem o cumprimento desses requisitos, o contrato não produz efeitos na ordem jurídica.

A referida disposição legal identifica como um eventual requisito de eficácia do contrato celebrado a emissão do visto ou a declaração de conformidade do contrato pelo Tribunal de Contas.

Ora, a emissão ou concessão do visto ao contrato ou a declaração de conformidade deste cabem no âmbito dos poderes de fiscalização prévia do Tribunal de Contas, sendo que, o regime concreto da fiscalização prévia já foi, com algum detalhe exposto¹³⁰ e, conforme já se referiu, a fiscalização prévia tem como finalidade verificar se os contratos estão conformes com a lei em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria, nos termos enunciados no já citado artigo 44º da LOPTC.

No que especificamente se refere à contratação pública, por um lado, verifica-se que estão sujeitas a fiscalização prévia: i) os contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa, quando reduzidos a escrito; ii) os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um

¹³⁰ Cfr. Ponto 1.4. do Capítulo I da Parte I

agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras; iii) os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas de contratos não visados que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao previsto no artigo 48º da LOPTC, que é atualmente de € 350.000,00, devendo em relação a estes e com vista ao apuramento do valor, somar-se o valor inicial do contrato com as modificações objetivas operadas.

Por outro lado, em matéria de contratação pública estão isentos de fiscalização prévia os atos ou contratos que, no âmbito de contratos de empreitadas de obras públicas já visados, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões. Por força da referida isenção esses contratos ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva e têm que ser remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 60 dias a contar do início da sua execução¹³¹.

Estão também isentos de fiscalização prévia os contratos de aquisição de serviços celebrados com instituições sem fins lucrativos que tenham por objeto os serviços de saúde e de carácter social mencionados no Anexo XIV da Diretiva 2014/24/UE¹³², bem como os contratos de aquisição de serviços celebrados com instituições sem fins lucrativos que tenham por objeto os serviços de educação e formação profissional mencionados no referido anexo, que confirmem certificação escolar ou certificação profissional.

A sujeição de um contrato de empreitada de obras públicas ou de aquisição de serviços ou de bens a fiscalização prévia tem também por base um critério económico porquanto não estão sujeitos a visto prévio, estando legalmente dispensados do mesmo os contratos de valor inferior, atualmente, ao montante de € 350.000,00¹³³.

¹³¹ Cfr. alínea d), do nº 1 do Artigo 47º da LOPTC

¹³² Anexo que corresponde ao Anexo II-B da Diretiva nº 2004/18/CE.

¹³³ Cfr. Artigo 48º da LOPTC

Regressando ao tema da eficácia dos contratos e recorrendo ao disposto no artigo 45º da LOPTC, constata-se que os contratos sujeitos a fiscalização prévia podem produzir todos os seus efeitos jurídicos antes do visto ou da declaração de conformidade, exceto quanto aos pagamentos devidos no âmbito do referido contrato. Quer isto dizer que os referidos contratos têm eficácia jurídica, mas não tem eficácia financeira. A decisão de recusa do visto implica apenas a ineficácia dos contratos após a data da notificação da decisão do Tribunal de Contas ao contraente público, sendo que podem ser pagos os trabalhos realizados, ou os bens ou serviços adquiridos, após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto, desde que os pagamentos estejam de acordo com a programação contratualmente estabelecida para o respetivo período.

A esse respeito vejamos Pedro Costa Gonçalves¹³⁴ «*Acolhe-se, assim, na LOPTC a regra segundo a qual os contratos sujeitos a vistos “podem produzir todos os seus efeitos antes do visto”: a exigência de visto não interfere com a eficácia jurídica do contrato. Mas a LOPTC também acolhe a regra segundo a qual o visto é sempre condição de eficácia financeira, no sentido de que, sem visto, não podem ser efetuados quaisquer pagamentos.*»

Por sua vez, os contratos de valor superior a € 950.000,00¹³⁵ não produzem quaisquer efeitos, quer jurídicos, quer financeiros, antes de emissão de visto prévio ou da declaração de conformidade, com exceção dos contratos celebrados na sequência de procedimento de ajuste direto por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante que não lhe sejam em caso algum imputáveis e não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos previstos na lei. Conforme salienta Pedro Costa Gonçalves¹³⁶ «*Neste caso, o visto constitui uma condição de eficácia financeira e jurídica do contrato*».

¹³⁴ Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 373

¹³⁵ Cfr. nºs 4 e 5 do artigo 45º da LOPTC.

¹³⁶ Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 374

Assim, a recusa do visto do Tribunal de Contas no caso dos contratos de valor inferior a € 950.000,00 leva à ineficácia jurídica dos contratos a partir da notificação da recusa do visto pelo Tribunal de Contas e também à ineficácia financeira destes, permitindo apenas a lei o pagamento das despesas incorridas até à notificação da recusa de visto e desde que os pagamentos se situem dentro dos limites da programação contratualmente estabelecida para o período em causa.

Em relação aos contratos de montante superior a € 950.000,00, a recusa de visto nenhum efeito direto tem nos contratos atenta a circunstância de que a eficácia jurídica e financeira destes estava dependente da concessão do visto, com exceção dos contratos celebrados na sequência de ajuste direto por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis e em que não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos previstos na lei, porquanto nestes, semelhantemente ao que acontece com os contratos de valor inferior a € 950.000,00, a notificação da recusa de visto conduz à ineficácia jurídica e financeira dos mesmos.

No âmbito da contratação pública o Tribunal de Contas tem também poderes para acompanhar a execução dos contratos celebrados e para verificar a legalidade do contrato após a execução dos mesmos.

Os referidos poderes denominam-se de fiscalização concomitante e sucessiva e são exercidos mediante a realização de auditorias.

O Tribunal de Contas exerce o poder de fiscalização concomitante, conforme a própria designação indica, quando realiza auditorias ao contrato na fase em que este ainda está a ser executado e exerce o poder de fiscalização sucessiva quando realiza auditorias a contratos já depois da execução e conclusão dos mesmos.

Outro poder fundamental do Tribunal de Contas no âmbito da contratação pública é o da emissão de Recomendações. Conforme sublinha Guilherme

D'Oliveira Martins¹³⁷ « as recomendações do Tribunal de Contas assumem importância decisiva como instrumentos pedagógicos incentivadores das boas práticas da administração», visando a intervenção do Tribunal de Contas nesse âmbito uma intervenção preventiva e corretiva dos erros cometidos pela administração no âmbito dos procedimentos de formação dos contratos e na execução dos mesmos. Em harmonia com o exposto, a lei permite que o Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia e verificada uma «ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro» do ato ou contrato, em vez de recusar o visto possa mediante decisão fundamentada «conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.»¹³⁸ O poder de formular recomendações por parte do Tribunal de Contas também existe em sede de fiscalização sucessiva podendo este Tribunal emitir, em sede de verificação externa das contas das entidades públicas que legalmente tem que as submeter, «recomendações em ordem a serem supridas as deficiências da respetiva gestão financeira, bem como de organização e funcionamento dos serviços ¹³⁹».

Guilherme D'Oliveira Martins¹⁴⁰ sublinha a importância das Recomendações emitidas pelo Tribunal de Contas e salienta a importância destas em sede de apuramento da responsabilidade financeira, referindo que «Também no âmbito das auditorias que o Tribunal de Contas pode realizar em qualquer altura e sobre quaisquer tipos de actos, contratos e demais instrumentos geradores de despesa, as recomendações surgem como importantes instrumentos de correcção de eventuais deficiências ou irregularidades identificadas. Para garantir a eficácia das recomendações, a Lei atribui particular relevância ao seu acatamento pelos respectivos destinatários em sede de apuramento da responsabilidade financeira. A eficácia das recomendações tem, assim, a ver com a necessidade de contribuir para o melhor funcionamento do Estado e

¹³⁷ Cfr. Guilherme Oliveira MARTINS, o *Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública*, Revista de Contratos Públicos nº 1, CEDIPRE, Coimbra, pp.15

¹³⁸ Cfr. nº 4 do artigo 44º da LOPTC

¹³⁹ Cfr. alínea i), do nº 3 do Artigo 54º LOPTC

¹⁴⁰ Guilherme Oliveira MARTINS, o *Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública*, Revista de Contratos Públicos nº 1, CEDIPRE, Coimbra, pp.17

para a reforma das instituições.» Referindo ainda que, com vista a garantir o respeito e eficácia das recomendações, «o legislador tipificou, deste modo, como infração financeira o não acolhimento reiterado e injustificado das recomendações formuladas pelo Tribunal. Significa que, verificando-se a persistência do comportamento infractor sem que exista razão que o justifique, poderá o infractor ser condenado no pagamento de uma multa.» Tendo a lei estabelecido como pressuposto a analisar para graduar a conduta e culpa do infrator, em sede de apuramento de responsabilidades financeiras e aplicação de multa, o grau de acolhimento das recomendações feitas pelo Tribunal de Contas e como critério para relevação da responsabilidade financeira a inexistência de recomendações¹⁴¹.

1.2. AS COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS NO ÂMBITO DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA À ATIVIDADE CONTRATUAL LOCAL:

Uma matéria fundamental no âmbito da contratação pública, devido às consequências que tem nos contratos celebrados pelas autarquias locais, é precisamente aquela que diz respeito às competências que o Tribunal de Contas tem no domínio da fiscalização prévia à atividade contratual local, mais precisamente tentar perceber o âmbito e os limites das competências e dos poderes do Tribunal de Contas.

A título de exemplo:

O Município X, no desenvolvimento das atribuições e competências entende que é do interesse público municipal a construção de uma “Casa de Artes”, de um “Teatro” ou de um “Estádio de Futebol”.

Questiona-se:

Cabe no âmbito das competências e poderes do Tribunal de Contas dizer, em sede de fiscalização prévia a um contrato de empreitada celebrado com um empreiteiro para

¹⁴¹ Cfr. artigos 64º, nº 1 e 65º, nº 9, al. b) da LOPTC.

construir a (s) referida (s) obra (s), que não é (são) do interesse público a construção das mesmas e com base nesse fundamento recusar o visto ao contrato?

O ponto de partida para uma resposta adequada a esta questão é analisar as competências e os poderes do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia a contratos públicos, tendo por base, em primeiro lugar, as competências que lhe são constitucionalmente reconhecidas no artigo 214º da CRP, que prescreve que «o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe».

No citado artigo o legislador elenca depois, exemplificativamente, um catálogo de atos que integram o acervo de competências do Tribunal de Contas e, no que aqui interessa, a alínea d), que tem natureza de norma remissiva, determina que compete-lhe «exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei».

Em segundo lugar, descendo às competências que lhe estão atribuídas na LOPTC que, logo no nº 1 do seu artigo 1º diz que o Tribunal de Contas «fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira». Mais adiante o referido diploma legal, na al. c) do nº 1 do Artigo 5º determina que compete, em especial, ao Tribunal de Contas «fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamento dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indireto». Indicando ainda a LOPTC, no nº 1 do artigo 44º, que no âmbito da fiscalização prévia compete ao Tribunal de Contas «verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conforme às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria.» e no caso de instrumentos geradores de dívida pública verificar ainda «a observância dos limites e sublimites de endividamento e as respetivas finalidades».

Determinando também a referida LOPTC¹⁴², que constitui fundamento de recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos com as leis em vigor que implique: a) a nulidade; b) encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta das normas financeiras; e/ou c) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

Do elenco de competências reconhecidas ao Tribunal de Contas, tanto pela CRP, como pela LOPTC, resulta que não existe um título normativo que autorize o referido tribunal a conhecer em sede de fiscalização prévia – e, muito menos, decidir – matérias que extravasam a fiscalização da «*legalidade*» e «*cabimento orçamental*» dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, bem como verificar nos instrumentos geradores de despesa pública «*a observância dos limites e sublimites de endividamento e respetivas finalidades*»

Na verdade, pese embora o alargamento verificado ao longo dos tempos às competências materiais do Tribunal de Contas, a sua intervenção tem de ter lugar no contexto do «*controlo financeiro*», em concreto, da legalidade da despesa realizada com impacto nas contas públicas, não se podendo perder de vista que o Tribunal de Contas é um organismo de controlo externo dos dinheiros públicos.

Como ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁴³ a «*fiscalização da legalidade das despesas públicas – que em princípio há-de abranger todas as despesas realizadas por toda e qualquer entidade pública (desde o Estado às associações públicas) – consiste na verificação da conformidade legal do acto gerador da despesa, tanto no aspecto administrativo (competência, forma, etc.) como no aspeto financeiro (cabimento orçamental dela). Uma forma típica tradicional é a fiscalização preventiva, através do visto prévio (cfr. L n.º 98/97, arts. 44.º e ss.)*».

Esta ideia é depois concretizada pelos Autores¹⁴⁴, que ensinam que, «*em sentido jurídico, a fiscalização da legalidade e da regularidade das despesas públicas (e*

¹⁴² Cfr. n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

¹⁴³ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 576

¹⁴⁴ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 576

também das receitas) traduz-se num exercício de um poder de controlo financeiro segundo: (1) as regras contabilísticas; (2) as normas e preceitos juridicamente vinculativos da administração; (3) as normas constitucionais, autonomamente ou por reenvio para o cumprimento da lei de enquadramento orçamental e da lei do orçamento. Quer se trate de controlo contabilístico quer de controlo administrativo e constitucional, a fiscalização da legalidade das despesas é uma actividade pautada por parâmetros jurídicos. Já é diferente o parâmetro de controlo para que aponta a apreciação da «boa gestão financeira (cfr. L n° 98/97, arts. 5º/f e 50º-1). O controlo é aqui um controlo segundo princípios económicos, constitucional e legalmente valorados. A articulação da legalidade com o controlo material da «boa gestão» depende do tipo de fiscalização. Assim, enquanto que fiscalização prévia e fiscalização concomitante («sistema de visto») têm por fim verificar se os actos, contratos ou instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directos ou indirectos, estão em conformidade com as leis e com os limites de endividamento. Já no sistema de fiscalização sucessiva os princípios da economia, eficácia e eficiência pressupõem a análise da gestão financeira tendo em conta os fins, os resultados e a execução do programa de despesas contidas no orçamento do Estado».

O entendimento exposto é replicado por Jorge Miranda e Rui Medeiros que dizem que ¹⁴⁵ « São as seguintes as grandes áreas de competência essencial do Tribunal: emissão de parecer sobre a Conta Geral do Estado e as contas da Regiões Autónomas; fiscalização prévia da legalidade e do cabimento orçamental de um conjunto de actos e contratos geradores de despesa pública; verificar as contas das entidades sujeitas à sua prestação, bem como apreciar da legalidade, economia, eficácia e eficiência da sua gestão financeira e realizar auditorias; fiscalizar, no âmbito nacional, a cobrança de recursos próprios e a aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia e efectivar a responsabilidade financeira dos gestores e utilizadores de dinheiros públicos»

Concretamente, e no que diz respeito à fiscalização prévia da legalidade e do cabimento orçamental de atos e de contratos geradores de despesa pública,

¹⁴⁵ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, TOMO III, Coimbra Editora, Coimbra ,2007, p. 160

nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 44.º da LOPTC, o que está em causa, segundo os referidos autores¹⁴⁶ é « *A verificação da legalidade, destina-se, nos termos do n.º 1 do artigo 44.º, a verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa pública ou responsabilidades financeiras estão conformes à lei e têm cabimento orçamental, podendo-se traduzir quer na emissão ou recusa de visto, quer na emissão de declaração de conformidade. Trata-se, assim, de uma verificação estrita da legalidade e regularidade financeira.*» Referindo ainda estes autores que « *a verificação de contas e a apreciação da economia, eficácia e eficiência da gestão financeira desdobra-se em dois instrumentos fundamentais, o julgamento de contas e a verificação externa através do recurso aos métodos e técnicas de auditorias.*»¹⁴⁷

Sendo certo que, toda a atividade do Tribunal de Contas, tanto no âmbito da fiscalização prévia, como no âmbito da fiscalização concomitante e sucessiva, não pode perder de vista o princípio fundamental do Estado de Direito tocante à separação de poderes e o seu corolário do respeito pelo Poder Local.

Efetivamente, o n.º 1 do artigo 6.º da CRP estabelece que: «*O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública*». A referida norma constitui a consagração constitucional do princípio da autonomia local e conforme salienta Cândido de Oliveira¹⁴⁸ *o respeito pela autonomia das autarquias locais é um princípio essencial da organização do Estado (unitário) e que, por isso, tal autonomia (até então inexistente) tem de ser restituída às autarquias locais. Mais ainda: uma vez que o princípio da autonomia local é um princípio fundamental da Constituição, constituindo mesmo um limite material de revisão (art. 288º, al. n)) a autonomia não só deve ser restituída como consolidada. Não é um qualquer conteúdo, não é uma autonomia de conteúdo mínimo, mas o máximo de autonomia dentro do respeito pelo Estado unitário.*» Nota o referido

¹⁴⁶ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, TOMO III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 161.

¹⁴⁷ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, TOMO III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 161.

¹⁴⁸ António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 225

Autor¹⁴⁹ que o princípio da autonomia local «*constitui um princípio fundamental da Constituição e que é, assim, o princípio-chave da administração local*».

A CRP procede à concretização do referido princípio no seu Título VIII, com o epígrafe «*O Poder Local*». O referido título inicia-se com o n.º 1 do artigo 235.º que estabelece que «*a organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais*», que nos termos definidos no n.º 2 do referido preceito constitucional são «*peças coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respetivas*.» Da referida definição de autarquia local resulta que as autarquias locais são pessoas coletivas territoriais, que assentam sobre uma fração do território e que tem por objetivo, conforme refere Freitas do Amaral¹⁵⁰ «*assegurar a prossecução dos interesses próprios de um certo agregado populacional, justamente aquele que reside nessa fracção do território*». Apresentando ainda o citado autor¹⁵¹ a seguinte definição de autarquias locais: «*são pessoas colectivas públicas de população e território, correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscções do território nacional, e que asseguram a prossecução dos interesses comuns resultantes da vizinhança, mediante órgãos próprios, representativos dos respectivos habitantes*.»

As autarquias locais, que compreendem as freguesias e os municípios¹⁵², são formas de administração autónoma, que prosseguem interesses próprios dos respetivos cidadãos e não interesses do Estado. Os órgãos próprios das autarquias dispõem de liberdade de condução dos assuntos autárquicos na esfera e limite das atribuições legalmente reconhecidas¹⁵³. Segundo Cândido de Oliveira¹⁵⁴ «*O essencial, em sede de autonomia local, no que toca a atribuições e*

¹⁴⁹ António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 232

¹⁵⁰ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 2ª Edição, Almedina, pp.418.

¹⁵¹ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 2ª Edição, Almedina, pp.418.

¹⁵² Não obstante a CRP, no n.º 1 do Artigo 236.º integrar nas categorias das autarquias locais também as regiões administrativas, a verdade é que, até à presente data, essas regiões administrativas ainda não foram criadas.

¹⁵³ Cfr. O artigo 237.º da CRP dispõe o seguinte: «1. As atribuições e organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa.

2. Compete à assembleia da autarquia local o exercício dos poderes atribuídos por lei, incluindo aprovar as opções do plano e o orçamento.»

¹⁵⁴ António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 250

competências é que sejam conferidas aos municípios (e outras autarquias locais) as atribuições e competências respeitantes aos interesses próprios existentes nas matérias administrativas que o legislador regule, deixando-se ainda um espaço livre (n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 100/84) para actuação das autarquias locais naqueles domínios não cobertos por legislação estadual e que toquem igualmente interesses das populações respectivas. Deste modo, o legislador competente para regular uma determinada matéria tem o dever constitucional de verificar, sempre, se nela existem interesses próprios das comunidades locais e, em caso afirmativo, tomar em consideração tais interesses, conferindo às autarquias locais as atribuições e competências adequadas à respectiva satisfação.»

Outra consagração expressa do princípio constitucional da autonomia local, está no artigo 238º da CRP, que expressamente reconhece que as autarquias locais têm património e finanças próprias. Salaria Cândido de Oliveira¹⁵⁵ que « A autonomia financeira, por sua vez, é também um elemento essencial da autonomia local. Se as autarquias locais para o desenvolvimento da sua actividade precisassem de que o Governo lhes fornecesse meios financeiros e se o Governo tivesse o poder de atribuir conforme entendesse mais conveniente, então a autonomia não existiria. Perder-se-ia um dos elementos essenciais desta que consiste na não dependência em relação ao Estado-Administrador». Impondo a autonomia local que, em matéria financeira, as autarquias locais disponham de meios financeiros suficientes para prosseguir adequadamente as suas atribuições como também nota Cândido de Oliveira¹⁵⁶ «disponham de liberdade para os gerir».

A autonomia financeira das autarquias locais compreende designadamente, o direito de elaborar e gerir o seu próprio orçamento em sintonia com o seu plano de atividade; aprovar e alterar o mesmo em função desse mesmo plano de atividades e, sobretudo, o direito de efetivação de despesas sem necessidade de autorização de terceiros.

¹⁵⁵ Cfr. António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 286

¹⁵⁶ Cfr. António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 287

Outro poder atribuído às autarquias locais que é expressão do princípio da autonomia local é o poder para elaborar regulamentos locais previsto no artigo 241º da CRP¹⁵⁷. Através da elaboração de regulamentos locais as autarquias locais ordenam a vida local com vista a alancar a satisfação das necessidades coletivas da respetiva população, sendo que o poder regulamentar permite responder às especificidades locais e a matérias que o legislador nacional, seja através de lei ou decreto-lei, não tem condições de regulamentar. Conforme nota Cândido de Oliveira¹⁵⁸ *«importa ser reafirmada a importância do poder regulamentar próprio das autarquias locais na medida em que constitui um precioso instrumento de acção destas. Este poder é amplo abrangendo, tendencialmente, todas as matérias que respeitem aos interesses próprios das populações respectivas»*.

O poder regulamentar das autarquias locais habilita-as a elaborar regulamentos independentes ou autónomos¹⁵⁹, com vista a estabelecer autonomamente a disciplina jurídica necessária à realização das suas atribuições e a elaborar e aprovar regulamentos executivos, que são os que desenvolvem ou aprofundam a disciplina jurídica constante de uma lei¹⁶⁰, visando desenvolver a previsão legislativa de modo a permitir a prática de atos administrativos individuais e concretos.

Todavia, Cândido de Oliveira¹⁶¹ realça que a autonomia local só existe quando as autarquias locais exercem uma atividade administrativa relativa aos interesses das respetivas populações, sublinhando o citado autor¹⁶² que *«de nada interessaria haver órgãos democraticamente eleitos, meios financeiros, pessoal e poder*

¹⁵⁷A referida disposição constitucional estabelece que *«as autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar»*.

¹⁵⁸ António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 292

¹⁵⁹ São regulamentos independentes e autónomos os que os órgãos autárquicos elaboraram no exercício da sua competência para assegurar a realização das suas atribuições específicas, sem cuidar de desenvolver ou completar nenhuma lei em especial. Estes regulamentos têm por lei habilitante a que define as atribuições e competências das autarquias locais, que atualmente é a Lei nº 75/2013, de 12 de setembro, sendo que é também essa Lei que indica o órgão competente para os aprovar.

¹⁶⁰ Os regulamentos complementares ou de execução visam completar e executar a disciplina jurídica constante de uma lei, tendo por isso como lei habilitante a lei que vem completar e executar.

¹⁶¹ António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 295

¹⁶² António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 296

regulamentar autónomo se as autarquias locais estivessem fortemente limitadas na sua acção administrativa. Tal limitação poderia resultar quer de uma restrição de atribuições e competências de tal modo forte que às autarquias apenas restassem tarefas residuais ou de interesse secundário; quer de uma regulamentação de tal modo detalhada das atribuições e competências (porventura amplas) que as autarquias locais praticamente não tivessem liberdade de decisão, não pudessem fazer opções; quer da sujeição das deliberações tomadas pelas autarquias a uma apertada tutela de mérito, necessitando estas, para actuarem legalmente, de autorização ou aprovação dos seus actos pelo Governo (ou por outro órgão político-administrativo) com poder tutelar.»

Seguindo de perto os ensinamentos de Cândido de Oliveira, constata-se que só há autonomia local quando a atividade exercida pelas autarquias locais é uma atividade de administração pública, nos termos definidos no artigo 266º da CRP, que visa a promoção e prossecução dos interesses próprios das respetivas populações e dentro dos limites das atribuições legalmente definidas¹⁶³.

No caso dos municípios, estes têm atribuições nos seguintes domínios: i) do equipamento rural e urbano; ii) da Energia; dos Transportes e comunicações; iii) da educação, do ensino e formação profissional; iv) do património, cultura e ciência; v) dos tempos livres e desporto; vi) da saúde; vii) da ação social; viii) da habitação; ix) da proteção civil; do ambiente e saneamento básico; x) da defesa do consumidor; xi) da promoção do desenvolvimento; xii) do ordenamento do território e urbanismo; xiii) da polícia municipal; e (xiv) da cooperação externa.

O respeito pela autonomia local impõe o respeito pela liberdade de decisão e autonomia das autarquias locais. Referindo Cândido de Oliveira¹⁶⁴ que «a autonomia local seria gravemente lesada se as autarquias locais estivessem sujeitas a uma tutela de mérito sobre as suas deliberações, necessitando aquelas para actuarem legalmente de autorização ou aprovação dos seus actos pelo Governo (ou outro órgão político-administrativo com poder tutelar, p. ex., o Governo das Regiões Autónomas). Então, as deliberações não seriam tomadas autonomamente pelas autarquias, mas

¹⁶³ As atribuições dos municípios estão definidas no artigo 24º da Lei nº 75/2013, de 12 de setembro.

¹⁶⁴ António Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 299

resultariam de uma concertação entre estas e a administração estadual ou regional autónoma».

Daí que, não obstante as autarquias locais estarem sujeitas à tutela administrativa do Governo, essa tutela consiste na verificação do cumprimento das leis e regulamentos pelos órgãos autárquicos e do funcionamento dos seus serviços e é exercida através de inspeções, inquéritos e sindicâncias¹⁶⁵.

Partindo do exposto e, em concreto, da análise conjugada das atribuições e competências do Tribunal de Contas e do princípio da autonomia local, estamos em condições de responder à questão inicialmente formulada, que repetindo era a seguinte:

O Município X, no desenvolvimento das atribuições e competências entende que é do interesse público municipal a construção de uma “Casa de Artes”, de um “Teatro” ou de um “Estádio de Futebol”.

Questiona-se:

Cabe no âmbito das competências e poderes do Tribunal de Contas dizer, em sede de fiscalização prévia a um contrato de empreitada celebrado com um empreiteiro para construir a (s) referida (s) obra (s), que não é (são) do interesse público a construção das mesmas e com base nesse fundamento recusar o visto ao contrato?

Entendemos que a resposta só pode ser não, porquanto não cabe no âmbito das competências e poderes do Tribunal de Contas dizer ou verificar, em sede de fiscalização prévia, se determinada obra, cuja decisão para a realizar e executar foi legalmente tomada pelos órgãos municipais competentes, realiza ou não o interesse público na ótica do Tribunal de Contas, não podendo este Tribunal recusar o visto ao contrato com esse fundamento. Não cabe ao Tribunal de Contas dizer que essa obra «*não tem sustentação no interesse público*».

Porquanto, em primeiro lugar, conforme verificamos, ao Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia, cabe apenas verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de

¹⁶⁵ Cfr. Lei nº 87/89, de 9 de setembro, alterada pelo Decreto-lei nº 214-G/2015, de 02 de outubro, estabelece o regime jurídico da tutela administrativa das autarquias locais e associações de municípios de direito público.

responsabilidades financeiras diretas ou indiretas, estão conforme com as leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria, constituindo fundamento de recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos com as leis em vigor que implique: a) nulidade; b) encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta das normas financeiras; e/ou c) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro. Não estando elencado nos fundamentos de recusa do visto qualquer apreciação do mérito ou do interesse público subjacente á despesa.

Esta fiscalização prévia da «*legalidade*» e da «*cabimentação*» das despesas públicas tem por base um controlo financeiro que tem que seguir: i) as regras contabilísticas; ii) as normas e preceitos juridicamente vinculativos da administração; e iii) as normas constitucionais, autonomamente ou por reenvio para o cumprimento da lei de enquadramento orçamental e da lei do orçamento. Sendo por isso, conforme já se viu, uma atividade que não fica ao livre arbítrio do Tribunal de Contas, mas, muito pelo contrário, uma atividade pautada e limitada por parâmetros jurídicos e legais.

Em segundo lugar e, tendo em atenção o princípio da autonomia local, a verificação do Tribunal de Contas não pode incidir sobre as decisões e deliberações das autarquias locais.

Afigura-nos que não cabe ao Tribunal de Contas avaliar do mérito da decisão, no sentido de avaliar do mérito da realização de um determinado investimento público municipal. Não cabe a esse Tribunal verificar se o investimento que o município pretende realizar satisfaz o interesse público na ótica desse Tribunal, isto porque a autodeterminação do município na promoção e prossecução das suas atribuições e na satisfação do interesse público da respetiva população exercida com uma elevada margem de livre decisão.

Acresce que, a apreciação da utilidade concreta da atuação dos municípios para a prossecução do interesse público legalmente definido, tendo presente o critério ou elemento da oportunidade e a apreciação da utilidade concreta da atuação dos órgãos municipais para a prossecução do interesse público legalmente definido à luz dos demais interesses públicos envolvidos - o chamado

critério ou elemento de conveniência - constituem o fulcro da manifestação da vontade autárquica e é a esfera do «*mérito*», em que terceiros (mesmo que tenham poderes tutelares ou sindicais e poderes para verificar o cumprimento da legalidade como é o caso do Tribunal de Contas) não podem (institucionalmente) dizer que o município prossegue de forma melhor ou pior o interesse público.

Estando assente que o mérito da atuação dos órgãos municipais, no exercício da sua livre decisão, não está sujeito a controlo administrativo/tutelar, nem mesmo a controlo jurisdicional.

A CRP e a lei, por definição prévia institucional, pressupõem que o interesse público das populações territorialmente circunscritas, no tocante a um leque muito amplo de poderes e atribuições, é melhor prosseguido pelo poder local do que pelo poder central ou pelo poder judicial. O exercício do poder autárquico exige juízos de prognose e a assunção de riscos decisórios, cujos pressupostos escapam às atribuições e competências funcionais dos tribunais.

Sendo que o único controlo admitido se resume à aferição do respeito da vontade dos órgãos autárquicos pelas vinculações normativas (esfera da «*legalidade*»). Este controlo da «*legalidade*» pode e deve ficar ao cuidado dos tribunais, em concreto, no que aqui interessa, ao controlo do Tribunal de Contas, mas o controlo do mérito está subtraído ao controlo dos Tribunais.

Assim, entendemos que o Tribunal de Contas não pode olvidar os limites da sua competência que se prendem apenas com a apreciação da legalidade financeira dos contratos que lhe são submetidos «*previamente*» apenas para este fim, sob pena de entrar (abusivamente) em terrenos que lhe estão constitucionalmente vedados.

Nem pode, nem deve, o Tribunal de Contas pretender substituir-se às autarquias locais e, nessas vestes de gestão autárquica, deambular por juízos de valoração sobre o “*mérito*” das decisões tomadas pelos municípios no que se refere ao interesse público subjacente a determinado investimento municipal. O Tribunal de Contas deve guardar essa sua apetência para o controlo dos pressupostos económicos, para a valoração da gestão financeira à luz dos fins,

dos resultados e da eficácia da execução, para o campo da «*fiscalização sucessiva*», em sede de julgamento das contas das entidades públicas.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Cfr. alínea f), artigo 5º e nº 1 do Artigo 50º da LOPTC.

CAPITULO II

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

2.1. A METODOLOGIA

Atendendo ao número elevado de entidades públicas sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas e, em concreto, ao elevado número de entidades que estão legalmente obrigadas a enviar os contratos celebrados na sequência de procedimentos de formação de contratos para fiscalização prévia da 1ª Secção do Tribunal de Contas e, considerando que o âmbito do presente trabalho é a atividade contratual das autarquias locais, nomeadamente, dos municípios, o campo de estudo da jurisprudência do Tribunal de Contas adotado incidiu sobre os Acórdãos proferidos pelo Plenário da 1ª Secção do referido Tribunal, dos anos de 2013 a 2016, que tiveram por base contratos celebrados na sequência de um procedimento de formação de contratos e que apreciar matérias de grande relevo e impacto para a atividade contratual local.

A focalização e limitação da análise dos acórdãos aos referidos quatro anos justifica-se pela circunstância do presente estudo visar apresentar uma compilação breve da jurisprudência recente e atualizada do Tribunal de Contas, com vista a verificar o modo como essa jurisprudência tem um papel determinante na aplicação pelas autarquias locais do CCP, porquanto qualquer inconformidade ou desvio na aplicação da disciplina jurídica e procedimental prevista no referido Código conduz a que o contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas veja o visto ser-lhe recusado ou concedido, mas com a emissão de recomendações por parte desse Tribunal.

2.2. ALGUNS DADOS SOBRE A ATIVIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS NOS ANOS DE 2014 A 2016

O Tribunal de Contas de Portugal, no seu site institucional¹⁶⁷ publica o seu relatório anual de atividades, estando neste momento disponível para consulta os relatórios dos anos de 1999 a 2015.

O Tribunal de Contas para o triénio de 2014 a 2016, que é precisamente o período sobre o qual incidiu a análise dos Acórdãos da secção subsequente definiu como «*Missão*» deste «*Fiscalizar a legalidade e a regularidade das receitas e das despesas públicas, julgar as Contas que a Lei manda submeter-lhe, dar parecer sobre a Conta Geral do Estado e sobre as Contas das Regiões Autónomas, apreciar a gestão financeira pública, efetivar as responsabilidades financeiras e exercer as demais competências que lhe forem atribuídas pela Lei*». Anunciando ainda que a «*Visão*» deste Tribunal era de «*Promover a verdade, a qualidade e a responsabilidade nas finanças públicas*», tendo em conta os valores da independência, integridade, imparcialidade, responsabilidade e transparência.

E estabeleceu como objetivos estratégicos do Tribunal de Contas para o triénio de 2014-2016 os seguintes:

- «• *Contribuir para a boa governação, a prestação de contas e a responsabilidade nas finanças públicas;*
- *Intensificar o controlo financeiro nas áreas de maior risco para as finanças públicas;*
- *Aperfeiçoar a qualidade e o impacto da atuação do Tribunal.*»

O último relatório anual de atividades e contas publicado no referido site institucional é o do ano de 2015, que foi aprovado pelo Plenário Geral do Tribunal de Conta, em sessão de 16 de maio de 2016, conforme previsto no n.º 2 do artigo 43º e na al. b) do artigo 75º da LOPTC.

Do referido relatório resulta a informação que em 2015 o Tribunal de Contas aprovou 7 Pareceres sobre: a Conta Geral do Estado; as Contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; as Contas da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

167 www.tcontas.pt

No ano de 2015 o Tribunal realizou e concluiu também 80 auditorias de verificações externas de contas, no âmbito dos controlos concomitante e sucessivo e 18 no domínio do apuramento de eventuais responsabilidades financeiras no controlo prévio. Na verificação interna de contas o Tribunal de Contas decidiu 608 processos.

Também está publicado no site institucional do Tribunal de Contas o relatório de atividades e contas referente ao ano de 2014¹⁶⁸, aprovado pelo Plenário Geral do Tribunal de Contas, em sessão de 6 de maio de 2015.

Os principais resultados obtidos pelo Tribunal de Contas no ano de 2014, nos termos constantes do respetivo relatório são os seguintes: este Tribunal controlou 1.185 entidades; formulou 1.605 recomendações; decidiu 2.251 processos de visto; concluiu 93 auditorias e verificações externas de Contas; e emitiu 4 pareceres: um sobre a Conta Geral do Estado, incluindo da Segurança Social; outro sobre as Contas da Região Autónoma dos Açores; outro sobre as Contas da Assembleia da República e outro sobre as Contas da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores.

No referido relatório referente ao ano de 2014, resulta que foram objeto de fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas 2.251 processos, remetidos por 471 entidades, tendo sido concedidos, sem quaisquer reparos, 1.591 vistos, que terão sido concedidos 591 vistos com recomendações e recusados 69 processos de visto.

Este relatório refere ainda que a grande parte das ilegalidades verificadas e que deram origem à recusa do visto dizem *«respeito ao incumprimento da disciplina do Código dos Contratos Públicos (CCP), as situações respeitavam a violações graves dos princípios aplicáveis, designadamente pela falta de procedimentos concorrenciais e a ilegalidades com forte impacto no resultado financeiro. Por sua vez, continuam a registar-se violações de regras de natureza financeira, algumas geradoras de nulidade.»*¹⁶⁹

Destaca este relatório que os motivos de recusa de visto foram, em relação à matéria da contratação pública os seguintes:

¹⁶⁸ http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_anual/2014/ra2014_externo.pdf

¹⁶⁹ Página 11 do relatório de atividades e contas de 2014, publicado em www.tcontas.pt/pt/actos/rel_anual/2014/ra2014_externo.pdf

« C) Escolha dos procedimentos de contratação:

- *Adjudicações com base em procedimentos por ajuste direto ou com invocação do regime da “contratação excluída” sem que se verificassem os respetivos pressupostos legais, em violação do disposto nos artigos 19.º, alínea b), e 20º, n.º 1, alínea b), ambos do CCP;*
- *Não definição nos documentos concursais de elementos fundamentais relativos à aplicação do critério de adjudicação ou definição de modelo de avaliação das propostas que desconsidera as diferenças de preços das propostas e que favorece as de preço mais elevado e/ou incorreta aplicação do respetivo modelo;*
- *“Aquisição direta” sem observância da tramitação específica de um qualquer procedimento pré-contratual tipificado no CCP, designadamente do próprio ajuste direto;*
- *Alterações da área física fixada no contrato de concessão de serviços públicos, do prazo de renovação do contrato, do plano de investimentos e da partilha de riscos e receitas e que consubstanciam um novo contrato por do seu objeto e de aspetos essenciais.*

D) Regras de procedimentos

- *Definição de um critério de adjudicação que não atende apenas aos atributos das propostas e de um modelo de avaliação que condiciona uma efetiva concorrência e desrespeita os princípios da igualdade e concorrência;*
- *Definição de modelo de avaliação das propostas que desconsidera as diferenças de preços das propostas e que favorece as de preço mais elevado, desincentivando o funcionamento da concorrência na apresentação de melhores preços;*
- *Exigência ao adjudicatário, em sede de concurso público, de habilitações que não observam o disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro, tais como, por exemplo, a determinação de posse de alvará de empreiteiro geral.*

(...)

F) Contratos

- *Consagração de efeitos retroativos dos contratos, em violação do disposto no artigo 287.º, n.º 2, do CCP, designadamente por violação do regime de realização de despesas*

públicas e, reportando os seus efeitos a uma data anterior à da adjudicação, por impedir a concorrência relativamente à formação do contrato.»¹⁷⁰

Constata-se da leitura do relatório que em 2014 foram concluídas 13 auditorias para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas nos processos de fiscalização prévia de 11 entidades e que, nessa sede, terão sido proferidas 29 recomendações.

Já no ano de 2015, conforme resulta do relatório de atividades e contas desse ano,¹⁷¹ foram objeto de fiscalização prévia por parte do Tribunal de Contas 2.630 processos, remetidos por 454 entidades, sendo que, em 1.930 processos foram concedidos vistos sem quaisquer reparações, em 654 processos foram concedidos vistos com recomendações e em 46 processos o visto foi recusado.

Na atividade de fiscalização prévia desenvolvida pelo Tribunal de Contas durante o ano de 2015, nos termos constantes do seu relatório de atividades, revelaram-se muito significativas as seguintes situações¹⁷²:

«• O regime de crédito e de endividamento municipal estabelecido na Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, que consubstanciou uma profunda alteração no paradigma do endividamento municipal, e com ele relacionado, o regime denominado de “operações de substituição de dívida” consagrado no artigo 106.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2015);

• O regime jurídico de recuperação financeira municipal, aprovado pela Lei n.º 53/2014, de 25 de agosto, cujo impacto se traduziu, num momento inicial, na celebração de contratos de empréstimo para concretização do apoio transitório de urgência (ATU) e, em momento posterior, na celebração de contratos de assistência financeira por parte de municípios em situação de rutura financeira;

• O regime jurídico aplicável aos contratos de patrocínio e de associação celebrados com escolas privadas no âmbito do Ministério da Educação ao abrigo do Estatuto do

¹⁷⁰ Páginas 114 e 15 do relatório de atividades e contas de 2014, publicado em www.tcontas.pt/actos/rel_anual/2014/ra2014_externo.pdf

¹⁷¹ Cfr. Relatório de atividades e contas de 2015, publicado em www.tcontas.pt/actos/rel_anual/2015/ra2015_externo.pdf

¹⁷² Página 12 do relatório de atividades e contas de 2015, publicado em www.tcontas.pt/actos/rel_anual/2015/ra2015_externo.pdf

Ensino Particular e Cooperativo (aprovado pelo Decreto-lei n.º 152/2013, de 4 de novembro).

- *A fixação de jurisprudência do Tribunal sobre a interpretação a dar à redação da parte final do n.º 2 do art.º 48.º da LOPTC, no sentido de os atos ou contratos em que a adjudicação seja feita por lotes integrem o conceito de “atos e contratos que estejam ou aparentem estar relacionados entre si”, conduzindo a que deixassem de estar dispensados de fiscalização prévia os atos ou contratos sempre que o seu valor, globalmente considerado, ultrapassasse o montante fixado nos termos do n.º 1 da mesma disposição;*
- *As contingências orçamentais e financeiras decorrentes do prolongamento da vigência do Plano de Ajustamento Económico e Financeiro da Região Autónoma da Madeira, que continuaram a projetar os seus reflexos ao nível do exercício da fiscalização prévia no ano de 2015, à semelhança do ocorrido nos três anos antecedentes, explicando em grande medida o número relativamente reduzido de contratos de empreitadas de obras públicas e de aquisição de bens e de serviços submetidos a visto pela Administração Pública Regional.»*

Em relação ao ano de 2015 verifica-se que foram visados 2.640, incluindo-se nesta ratio os processos objeto de visto tácito. Dos processos visados, 25% foram no com recomendações, tendo o Tribunal continuado a verificar que as matérias que continuam a ser objeto de maior número de recomendações são as relacionadas com os «Procedimentos de contratação» e a de «Sujeição a visto», que inclui a matéria relativa ao cumprimento do prazo de remessa do ato ou contrato ao Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia.

Nos termos anunciados no relatório de atividades¹⁷³ «De 2013 (467) para 2015 (1.191) registou-se um acréscimo (mais 155%) do número total de recomendações formuladas em processos de visto.

¹⁷³ Página 9 e 10 do relatório de atividades e contas de 2015, publicado em www.tcontas.pt/actos/rel_anual/2015/ra2015_externo.pdf

O aproveitamento que o Tribunal faz da sua faculdade de emitir recomendações em processos de visto pode ser observado na inclusão, nestes processos, de referências à adoção de procedimentos para corrigir ilegalidades identificadas em recomendações anteriores.

Mas a formulação de recomendações em processos de visto também tem proporcionado, ao longo do tempo, a alteração de condutas dos controlados. De facto, essas recomendações conduziram a que ilegalidades verificadas no passado em número significativo não se verificassem em 2015, tais como:

- *Celebração de contrato de locação financeira sem adoção do procedimento pré-contratual exigido para a escolha da entidade financiadora (concurso público ou limitado com prévia qualificação, nos termos do artigo 20.º do CCP);*
- *Aquisições, por entidades vinculadas, fora dos Acordos Quadro;*

- *Exigências de certificação (certificados relativos ao cumprimento de normas de garantia de qualidade, segurança e gestão ambiental);*

- *Previsão de uma fase de negociação em procedimentos que não a admitem;*

- *Designação dos júris dos procedimentos de forma fixa para todos os concursos a decorrer num determinado período de tempo (normalmente um mandato).*

Continua a assistir-se, também, à diminuição significativa, assumindo já um carácter pontual, do número de casos em que se verificou, por exemplo, a:

- *Exclusão das propostas com prazo de execução inferior ao prazo fixado nos documentos concursais, quando o prazo integra o critério de adjudicação;*

- *Indicação de marcas - comerciais ou industriais - no mapa de quantidades;*

- *Exigência da posse de alvará de empreiteiro geral, em violação do disposto no artigo 31.º do Decreto-lei n.º 12/2004, de e, atualmente, do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015.»*

No ano de 2015 foram concluídas 18 auditorias para apuramento de responsabilidades financeiras identificados os processos de fiscalização prévia, que envolviam 18 entidades e, nessa sede, terão sido proferidas 51 recomendações.

No âmbito do controlo concomitante, no ano de 2014, verifica-se que o Tribunal concluiu 14 auditorias sobre 13 entidades, tendo formulado nestas 38 recomendações.

Tendo em atenção que estão sujeitos a fiscalização concomitante os contratos adicionais de contratos de empreitada de obras públicas já visados, que titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros ou omissões, foram enviados ao Tribunal de Contas no ano de 2014, 483 contratos adicionais, o que representa uma ligeira diminuição relativamente ao número de contas remetidos no ano de 2013 que foram de 487. Conforme indica o Tribunal no seu relatório este tem reforçado a análise desses contratos adicionais mediante a realização de auditorias com vista a analisar e aprofundar a justificação e legalidade dos trabalhos adicionais e proceder à identificação de eventuais responsabilidades financeiras no caso de verificar que os contratos são ilegais.

Das auditorias realizadas no ano de 2014 o relatório de atividades e contas destaca os seguintes:¹⁷⁴

« Relatório n.º 1/2014 - 1ª S

- *Os atos administrativos que determinem uma modificação da despesa inicialmente contratada deverão mencionar, no próprio ato ou por remissão para anteriores pareceres ou informações, os fundamentos (de facto e de direito) que justificam a sua prática (art.º 125.º, n.º 1, do CPA);*
- *No cálculo dos limites (5% e 10%) fixados nos n.ºs 3 e 4 do art.º 376.º, do CCP, deve ser considerado o valor total dos (anteriores e pretendidos) trabalhos de suprimento e não apenas a parte suportada pela entidade auditada;*
- *Só pode ser ordenada a execução de trabalhos de suprimento que tenham por fim corrigir imprecisões ou suprir lacunas do caderno de encargos relativas a aspetos ou dados que se revelem desconformes com a realidade (art.º 61.º, n.º 1, al. a), p. i), do CCP), espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objeto do contrato (art.º 61.º, n.º 1, al. a), p. ii), do CCP), condições técnicas de execução do objeto do contrato (art.º 61.º, n.º 1, al. a), p. iii), do CCP) ou ainda quando respeitem a outros aspetos constatados no projeto de execução naquele integrado (art.º 61.º, n.º 1, al. b), do CCP);*

¹⁷⁴ Páginas 19 e 20 do relatório de atividades e contas de 2014, publicado em www.tcontas.pt/actos/rel_anual/2014/ra2014_externo.pdf

- *Se, durante a realização de uma empreitada, for ordenada a execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões que, na fase da formação do respetivo contrato, não foram por si aceites na sequência da sua denúncia, deverá explicitar os motivos que justificam o afastamento da sua anterior decisão ou, na formulação da lei, “a razão pela qual os considera essenciais à conclusão da obra”, cf. art.º 376.º, n.º 6, do CCP;*
- *Só é possível recorrer à contratação de trabalhos a mais se se encontrarem reunidos todos os pressupostos de facto e de direito exigidos nas als. a) e b) do n.º 1 do art.º 370.º, do CCP e se os limites constantes nas als. a), b) e c) do n.º 2 da mesma disposição legal não forem excedidos.*

Relatórios n.os 19, 21 e 22, e 24 a 28/2014- FC/SRMTC

- *No contexto da matéria exposta no relatório e resumida nas observações de auditoria, o TC recomendou aos Municípios auditados que, no âmbito das alterações do posicionamento remuneratório por opção gestionária deem plena observância à disciplina jurídica que presentemente emana do art.º 156.º, n.º 2, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, que acolheu a solução legal que se encontrava consagrada no art.º 47.º, n.º 1, da LVCR, assegurando-se de que os trabalhadores beneficiários dessa prerrogativa foram objeto de uma efetiva avaliação em sede do SIADAP.*

Relatório n.º 9/2014-FC/SRATC

- *Em caso de realização de trabalhos não previstos, designadamente, trabalhos a mais, deve demonstrar-se a verificação de todos os pressupostos de que depende a pretendida modificação objetiva do contrato, mediante a explicitação das circunstâncias de facto que fundamentam a realização dos trabalhos e o respetivo enquadramento legal;*
- *Devem ser imediatamente publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos os atos e acordos que impliquem trabalhos a mais, trabalhos de suprimento de erros e omissões, trabalhos a menos, indemnizações por redução do preço contratual ou revisão de preços, desde que envolvam um valor acumulado superior a 15% do preço contratual;*
- *Nos autos de medição não devem registar-se trabalhos que não foram efetivamente executados. A verificarem-se erros, a correção deverá ser feita no auto de medição imediatamente posterior.»*

No que se refere ao ano de 2015, foram comunicados e enviados ao Tribunal de Contas 498 contratos adicionais de empreitada de obras públicas. No que se refere às autarquias locais, verifica-se que o Tribunal de Contas realizou uma ação de fiscalização concomitante ao Município de Lamego, no âmbito da empreitada de «*Construção do Centro Escolar de Lamego*», que deu origem ao Relatório n.º 1/2015/1.ª S e que continha as seguintes recomendações:

«Ao Município de Lamego

- *Controlo efetivo do requisito temporal de exercício do direito à reposição do equilíbrio financeiro dos contratos, estabelecido no n.º 2 do artigo 354.º do CCP;*
- *Remessa atempada ao Tribunal de Contas dos contratos sujeitos a fiscalização prévia;*
- *Não pagamento de uma fatura pelo valor dela constante, mas tão só pelo valor apurado depois de deduzido o montante de € 2.799,53, devendo informar, documentalmente, o Tribunal de Contas do valor que, efetivamente, vier a pagar, no prazo de 10 dias após o seu pagamento;*
- *Informe, documentalmente, o Tribunal de Contas sobre a efetiva concretização do direito a indemnização imposto pela alínea a) do n.º 6 do artigo 378.º do CCP, em relação ao valor restante dos trabalhos de suprimento de erros das chaminés na cobertura, igualmente no prazo de 10 dias, após aquela concretização.»*

O relatório também identifica a auditoria realizada aos contratos adicionais ao contrato de empreitada de reabilitação, ampliação e adaptação do edifício da Escola da Piedade e construção de ginásio do Município das Lajes do Pico, que deu origem ao Relatório n.º 08/2015-FC/SRA, com as seguintes recomendações:

«Ao Município das Lajes do Pico

- *Para efeitos de sujeição a fiscalização prévia do Tribunal de Contas deve atender-se ao valor global dos contratos que estejam ou aparentem estar relacionados entre si;*
- *Nos autos de medição devem especificar-se as espécies, quantidades e preços unitários dos trabalhos executados;*

- *Devem ser publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, os atos e os acordos que impliquem modificações objetivas do contrato, cujo montante acumulado seja superior a 15% do preço contratual.»*

No que se refere aos impactos financeiros, o relatório de atividades e gestão do ano de 2014 revela o seguinte em sede de fiscalização prévia: o volume financeiro controlado pelo Tribunal de Contas ascendeu a 2902 milhões de euros sendo que, a concessão de vistos em processos de fiscalização prévia permitiu a realização de despesa no montante de 2092 milhões de euros; a recusa do visto em 69 processo, por força das ilegalidades detetadas nos mesmos, fez com que o Tribunal impedisse a realização de despesa (despesa inviabilizada) no montante de 196 milhões de euros e a despesa cancelada ou reduzida em processo de visto, por cancelamento de contratos ou redução dos respetivos valores contratuais foi no valor de 72,3 milhões de euros, sendo que a espécie de contratos mais expressiva foram os contratos de empreitada e de aquisição e serviços. Em sede de fiscalização sucessiva o volume financeiro objeto de fiscalização foi no montante de 225.740 milhões e o impacto financeiro decorrente dessa fiscalização foi no montante de 79 milhões de euros e em sede de fiscalização concomitante o volume financeiro foi de 13,7 milhões de euros e o impacto financeiro decorrente da fiscalização foi no montante de 1,2 milhões de euros.

Na globalidade, o Tribunal de Contas inviabilizou a realização de 196. Milhões de euros de despesa pública e a despesa pública cancelada ou reduzida em virtude da atuação deste Tribunal foi no montante de 72 milhões de euros.

Em relação ao ano de 2015 o respetivo relatório de atividades e contas na nota de apresentação¹⁷⁵ diz que: *«No que respeita a impactos financeiros, destaca-se, em 2015, a despesa inviabilizada pela recusa de visto de 394 milhões de euros, a despesa cancelada ou reduzida em processos de visto no valor de 476 milhões de euros, os impactos decorrentes da fiscalização sucessiva no montante de 1.531 milhões de euros e da*

¹⁷⁵ Página 5 do relatório de atividades e contas de 2015, publicado em www.tcontas.pt/actos/rel_anual/2015/ra2015_externo.pdf

fiscalização concomitante no valor de 700 mil euros, e, também, 836 mil euros resultantes da ação de efetivação de responsabilidade financeira».

No sítio institucional do Tribunal de Contas¹⁷⁶ encontra-se também publicada a «*Informação Estatística e Indicadores*» com toda a atividade desenvolvida pelo Tribunal de Contas nos anos de 2015 e 2014, onde constam dados mais pormenorizados sobre a atividade do Tribunal de Contas na sua sede em Lisboa, bem como os dados das respetivas secções regionais, a Secção Regional do Açores e Secção Regional da Madeira.

2.3. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS REFERENTE À ATIVIDADE LOCAL NOS ANOS DE 2013 A 2016

2.3.1. A modificação objetiva do contrato

Um dos temas mais relevantes e que continua a ser objeto de apreciação pelo Tribunal e nomeadamente pelo Tribunal de Contas é o tema da modificação do contrato celebrado na sequência de um procedimento de formação de um contrato.

Um dos traços marcantes dos contratos administrativos reside precisamente no poder que o contraente público dispõe de introduzir, por ato unilateral, alterações ao contrato, o denominado «*ius variandi*».

Conforme refere Pedro Costa Gonçalves ¹⁷⁷ «*o regime da modificação dos contratos da Administração tem atraído as atenções da doutrina, não por causa da clássica exorbitância do «ius variandi», mas por força do impacto que a sua modelação sofre em função da adjudicação dos contratos segundo o princípio da concorrência, no âmbito de procedimentos de seleção concorrencial. Na verdade, o princípio da concorrência, inicialmente focado na adjudicação, reclama uma proteção também na fase da execução do*

¹⁷⁶ Publicados em www.tcontas.pt/rel_anual/2015/ra2015_estatistica_indicadores.pdf e www.tcontas.pt/rel_anual/2014/ra2014_estatistica_indicadores.pdf

¹⁷⁷ Pedro Costa GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 567

contrato, no sentido de, em certos termos, limitar a disponibilidade das artes sobre o conteúdo do contrato (construído em ambiente competitivo)».

Mas o «*ius variandi*» de que dispõe o contraente público constitui o poder que afasta o princípio da estabilidade do objeto do contrato, afastado devido à primazia que nalguns casos a lei concede ao princípio da prossecução do interesse público face ao interesse privado que a estabilidade do objeto do contrato representa para o adjudicatário.

O regime jurídico da modificação objetiva do contrato está regulado nos artigos 311º a 315º do CCP. Sendo que, o artigo 311º enuncia as modalidades ou formas pelas quais o contrato pode ser modificado, que são: (i) por ato bilateral, isto é por acordo entre as partes, que não pode revestir a forma menos solene do que a de um contrato; (ii) por decisão judicial ou arbitral; e (iii) por ato unilateral do contraente público no exercício do «*ius variandi*», ou seja, por ato administrativo do contraente público quando o fundamento invocado seja razões de interesse público.

Os fundamentos, os factos e as razões que podem justificar e fundamentar a alteração do contrato ou das prestações que integram o objeto do contrato, vêm reguladas nos artigos seguintes. Nesses termos, o artigo 312º do CCP enuncia que «*O contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos: a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato; b) Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.*» O referido preceito legal estabelece dois fundamentos para a modificação do contrato tendo por base a natureza das suas causas: o primeiro fundamento é que a alteração seja determinada por causa alheia aos contraentes e que essa alteração se imponha por força dos princípios da proporcionalidade e da boa-fé contratual e o segundo fundamento é que a alteração a levar a cabo no contrato represente uma forma melhor de prosseguir o interesse público que o contrato visava alcançar.

O primeiro fundamento para a modificação do contrato, previsto na alínea a) do citado artigo 312º, estabelece dois requisitos para a modificação do contrato a saber, a anormalidade da alteração e a imprevisibilidade. Conforme salienta Jorge Andrade da Silva¹⁷⁸ «*as situações de facto que podem determinar o contraente público a, unilateralmente, introduzir alterações no objeto do contrato são múltiplas: erros e omissões nas peças do procedimento, fenómenos da natureza, limitação da capacidade de previsão, alteração da natureza do interesse público subjacente ao contrato, etc. Entre essas causas figuram ainda os atos jurídicos de eficácia geral, alheios às partes contratantes, mas como influência na execução do contrato (fait du prince) , que, numa das suas aceções enunciada por PEDRO GONÇALVES, traduz uma ação exterior ao contrato da Administração ..., de outra entidade ou até do legislador, que determina uma **perturbação significativa** na equação económico-financeira do contrato, distinguindo-se do poder de modificação unilateral por se tratar de uma alteração do contrato por força de atuações públicas de carácter geral, que têm efeitos sobre o contrato, mas não o têm por objecto. Portanto, a expressão “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias” está utilizada na sua amplitude tradicional, abrangendo não apenas as situações de jus variandi com o também as de fait du prince.»*

A modificação do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias tem por fim repor o equilíbrio financeiro do contrato, que havia sido perturbado pela ocorrência da referida circunstância «*anormal e imprevisível*» e concretiza-se, em regra, na atribuição de uma compensação financeira à parte prejudicada.

O direito à modificação objetiva do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias está condicionada à exigência de que tal alteração não se inclua nos riscos próprios do contrato celebrado e por isso ter que ser assumido pelas partes contraentes. E quanto ao requisito da alteração «anormal e imprevisível» das circunstâncias afetar o princípio da boa-fé, a boa-fé, conforme também refere Jorge Andrade da Silva¹⁷⁹, a considerar é a boa-fé objetiva:

¹⁷⁸ Jorge Andrade da SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, Almedina, 2015, pp. 634

¹⁷⁹ Jorge Andrade da SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, Almedina, 2015, pp. 635

«apreciar-se-á neste caso, a situação, não atendendo ao que se passou ou que poderia ou deveria passar-se na data em que o contrato foi celebrado, mas àquilo que se mostra razoável, independentemente de tal consideração».

E no que respeita ao requisito da gravidade - *«afetar gravemente»* - a sua ponderação impõe, nos termos referidos por Jorge Andrade da Silva¹⁸⁰ *«a sua determinação implicará uma ponderação cuidada, razoável, proporcionada e justa, parecendo que terá de verificar-se sempre que a exigência do cumprimento das prestações contratuais implique um tal aumento de encargos que não seja justo nem razoável fazer suportar pelo cocontratante e antes resulte num injustificado enriquecimento do contraente público à custa daquele.»*

No que se refere ao segundo fundamento da modificação do contrato previsto na alínea b) do citado artigo 312º do CCP, que é a modificação do contrato ser por razões de interesse público, inerentes a necessidades novas ou nova ponderação das circunstâncias existentes, ensina Jorge Andrade da Silva¹⁸¹ que *« Quanto às necessidades novas, parece que se pode considerar que tais necessidades só são novas se não eram previsíveis na altura da formação e celebração do contrato, por ocorrerem ou só ser possível tomar delas conhecimento após a contratação, caso contrário, não eram novas, mas somente imprevisíveis.»* Referindo ainda o citado autor que *«a mutabilidade do contrato por ato unilateral da Administração tem um carácter excecional por decorrer do exercício d um poder excecional, como claramente decorre do artigo 307º. Portanto, não pode haver lugar a essa alteração por causas imprevisas, mas que eram previsíveis e, por isso mesmo, deveriam ter sido previstas, e só o não foram por negligência ou dolo. Se o contraente público, na preparação do contrato, não atuou com a diligência normalmente exigível, não pode suprir a sua deficiente atuação com recurso ao exercício de um poder excecional, que assim seria posto ao serviço da falta de diligencia do contraente. Desse modo, a ponderação das circunstâncias existentes para efeitos de modificação do contrato deverá ter lugar, sempre e apenas, quando essas circunstâncias não existiam nem eram previsíveis na altura da preparação e celebração do contrato.»*

¹⁸⁰ Jorge Andrade da SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, Almedina, 2015, pp. 635

¹⁸¹ Jorge Andrade da SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, Almedina, 2015, pp. 637

O Tribunal de Contas no âmbito do Acórdão n.º 07/2015, 3 de março, do plenário da 1.ª Secção¹⁸², delimita os fundamentos para a modificação do objeto do contrato, refere o seguinte: «Nos termos do art.º 312.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), só podem constituir fundamento para a modificação do objeto do contrato: (i) alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; (ii) razões de interesse público decorrentes de necessidades novas; (iii) razões de interesse público decorrentes de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.¹⁸³». Tendo o Tribunal de Contas entendido que a adenda contratual objeto de apreciação e que alterou o valor máximo a pagar pelo contrato inicial, não tinha por base uma alteração das circunstâncias decorrente de um acontecimento imprevisto, mas antes, apenas e tão só, erros de estimativa e insuficiências de planeamento e de controlo sobre a execução do contrato, referindo que «os factos revelam não é uma alteração das circunstâncias decorrente de um acontecimento imprevisto, mas antes erros de estimativa, por um lado, e insuficiências de planeamento e de controlo sobre a execução do contrato, por outro. Daí, aliás, o carácter repetitivo das modificações, que se verificaram noutros processos que correram seus termos neste Tribunal. O que evidencia bem que não se verifica a anormalidade, a imprevisibilidade ou a novidade exigidas pelo artigo 312.º.»^{184 185}

O artigo 313.º do CCP estabelece os limites à modificação do contrato, determinando que «a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir,

¹⁸² O referido recurso tem por objeto o Acórdão n.º 34/2013, de 17 de dezembro, da 1.ª Secção em Subsecção, que recusou o visto a uma “Adenda ao contrato para prestação de serviço de gestão oficial de frota do INEM, IP”, celebrado em 05 de abril de 2012 com o consórcio PT Pro S.A. e Finlog, S.A., outorgada em 02 de outubro de 2013, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

¹⁸³ Página 9 do referido Acórdão 07/2015, 3 de março, do plenário da 1.ª Secção, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

¹⁸⁴ Página 10 do referido Acórdão 07/2015, 3 de março, do plenário da 1.ª Secção disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

¹⁸⁵ O Acórdão n.º 21/2014, de 28 de outubro, do plenário da 1.ª Secção tem também por objeto quatro adendas a contratos de prestação de serviço de gestão oficial de frota do INEM, IP celebrados com o consórcio PT Pro S.A. e Finlog, S.A. e cujo vistos foram recusados precisamente por o Tribunal de Contas entender que: «1. Erros de estimativa e insuficiências de planeamento e controlo na execução de contratos de prestação de serviços vigentes para um determinado período de tempo e com um valor máximo estimado não constituem alteração de circunstâncias decorrente de acontecimento imprevisto, para os efeitos do disposto no artigo 312.º do Código dos Contratos Públicos. 2. Não se verificando os fundamentos necessários para a modificação objectiva dos contratos, e esgotada a sua execução pelo preenchimento dos respectivos limiares máximos de valor, impunha-se a realização de procedimentos conducentes a novas adjudicações e novos contratos.» - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

restringir ou falsar a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato», referindo ainda que «salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação».

O legislador quis preservar o princípio de que nenhuma alteração levada a cabo num contrato incidisse e pudesse afetar e alterar o objeto do contrato ¹⁸⁶ e das suas prestações principais, o que em bom rigor, se acontecesse, representaria a celebração de um novo contrato sem que a entidade adjudicante tivesse que seguir o regime jurídico para a formação de contratos previstos no CCP, sob o pretexto da modificação unilateral do contrato.

Aliás, tendo em conta o referido princípio o Tribunal de Contas no Acórdão nº 6/2013, 9 de julho, do plenário da 1ª Secção¹⁸⁷, que tinha por objeto a apreciação da alteração ao Contrato de Concessão de Exploração e Manutenção da Rede de Transportes Coletivos Urbanos de Passageiros de Vila Real e em que as alterações operadas no contrato inicial foram no sentido de: (i) prorrogar o contrato por 20 anos; (ii) alterar o perímetro da concessão; (iii) alterar o plano de investimentos e, por último, (iv) alterar a matéria relacionada com o modelo de partilha de riscos e receitas, recusou o visto à modificação contratual por entender que a renovação contratual incidiu sobre as prestações principais do contrato inicial de concessão e integradoras do objeto contratual.

¹⁸⁶ Para obtermos uma definição de objeto de contrato que constitui um limite à modificação objetiva do contrato podemos recorrer à data por Freitas do Amaral, no seu manual do Curso de Direito Administrativo, Vol. II, 2ª Edição, pp.630 que refere que corresponde às «prestações típicas do contrato – nomeadamente aquelas que identificam um determinado tipo contratual - concretamente acordadas entre as partes ou, noutros termos, as actividades típicas mediante as quais o co-contratante colabora na satisfação de uma dada necessidade pública. Estas, no que releva do seu carácter típico, não podem ser modificadas unilateralmente no exercício de poderes de conformação da relação contratual. Já os modos peculiares, técnicos e jurídicos da execução das prestações – e, nessa medida, também o seu conteúdo – podem ser objco de potestas variandi, em vista da prossecução do interesse público.»

¹⁸⁷ No presente Recurso o Município de Vila Real recorre do Acórdão nº 3/2013, de 26 de fevereiro, que recusou o visto à renovação do contrato de concessão da exploração e manutenção da rede de transportes coletivos urbanos e passageiros de Vila Real, celebrado em 20.01.2012 entre aquele Município e a “CORGOBUS – Transportes Urbanos de Vila Real, Sociedade Unipessoal, Lda.”, no valor de € 8.161.466,00. Não obstante este Acórdão ter por base uma modificação objetiva do contrato, com fundamento indireto no então artigo 180º do CPA em vigor, a verdade é que os limites da modificação objetiva do contrato mantêm-se plenamente em vigor e foram transpostos para o artigo 313º do Código dos Contratos Públicos - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

No referido Acórdão os Mms. Juízes Conselheiros do Tribunal de Contas vieram dizer o seguinte¹⁸⁸: « A modificação/alteração dos contratos, para além de radicar em razões de interesse público, não poderá afetar a preservação das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato e o correspondente equilíbrio financeiro [modificação considerada neutra para interesse económico dos outorgantes];

Ou seja, resta vedada a efetivação de alterações substanciais, entendendo estas como as que apresentam características essencialmente diversas das surgidas em contrato inicial, sugerindo, conseqüentemente, a existência de vontade em renegociar os termos essenciais do contrato;

A modificação do contrato restará inviabilizada, caso configure uma situação que impeça restrinja ou falseie a concorrência garantida no âmbito do procedimento pré-contratual; Ainda que não previstas contratualmente, admitem-se alterações não substanciais aos contratos; Sendo certo que os contratos administrativos são, à semelhança dos demais, para ser executados nos termos acordados [vd. o princípio “pacta sunt servanda”], é assim, admissível, mas com naturais e apertadas restrições, a introdução de modificações à respetiva execução.».

Tendo o Tribunal de Contas no âmbito do referido Acórdão procedido à definição e densificação do conceito «objeto contratual» referindo o seguinte: «Alguma doutrina vem considerando que o objeto do contrato corresponde à atividade essencial [e inalterável] vertida no contrato. Só o conteúdo do contrato, constituído pelos modos peculiares técnicos e jurídicos da execução das prestações, seria alterável.

Acolhendo-se, de algum modo, àquela orientação doutrinária, o Código dos Contratos Públicos, no seu art.º 313.º, n.º 1, assume que o objeto do contratual é integrado por prestações secundárias e principais, sendo que estas últimas não podem ser alteradas.

O legislador não define, com suficiente clareza, o que entende por prestações essenciais [ou principais] ou secundárias, deixando, assim, ao intérprete [e, também, ao julgador] a densificação de tal conceito perante a factualidade disponível, ou seja, face ao caso concreto.

Entendemos, no entanto, que as prestações principais, porque imodificáveis e determinadoras da intangibilidade parcial do contrato, serão as munidas de aptidão bastante para decidir ou não da estabilidade contratual e que, uma vez alteradas, conduzem à subversão dos princípios da concorrência, igualdade e transparência, reais esteios do procedimento que conduziu ao contrato inicial. Para além disso, serão ainda prestações principais e integradoras do núcleo essencial do objeto contratual aquelas cuja descaraterização viole o interesse público concreto, que é causa e função do contrato.»

Tendo o citado Acórdão concluído¹⁸⁹ que «Como se salientou, o instrumento contratual sob controlo deste Tribunal promoveu alterações ao contrato de concessão inicial que se estenderam ao prazo de concessão, ao perímetro da concessão, ao plano de investimentos e ao modelo de partilha de riscos e receitas. Deste modo, tais modificações incidiram sobre matéria que constituía condição essencial do contrato de concessão inicial e que, sublinhe-se, lhe conferem identidade. Deparam-se-nos, pois, alterações/modificações substanciais, indutoras de descaracterização de aspetos essenciais do contrato, e, inerentemente, do objeto do mesmo, sendo acertado concluir que estamos perante um novo contrato e não face a um contrato inicial meramente modificado. Dito de outro modo, entre concedente e concessionária estabeleceu-se uma relação contratual essencialmente nova, insuscetível de ser configurada como uma mera renovação do contrato. Ora, como já afirmámos noutro passo deste acórdão, porque persistimos em considerar vigorante o princípio da intangibilidade do objeto do contrato [que abrange as denominadas prestações principais ou condições essenciais do contrato], o contraente público, no exercício do “ius variandi” [unilateral ou consensual], poderá mudar o contrato, mas é-lhe vedado mudar de contrato, sendo ainda certo que pode alterar o objeto das prestações consideradas secundárias, mas não pode modificar as prestações principais integrantes do objeto do contrato.»

As consequências da modificação objetiva do contrato estão previstas no artigo 314º do CCP, que determina o seguinte: «1 - O co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, segundo os critérios estabelecidos no presente Código, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja: a) A alteração anormal e

¹⁸⁹ Página 44 do citado Acórdão, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos>.

imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante; ou b) Razões de interesse público. 2 - Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.» No número 1 da citada disposição legal o legislador distingue os casos em que a alteração do objeto do contrato é resultante de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias do contrato, levada a cabo pelo contraente público, daquelas em que a modificação ocorre e foi fundamentada em razões de interesse público extracontratuais mas com influência no contrato, sendo que em ambos os casos o co-contraente tem direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

Aliás, é por força do respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato que o CCP veio impedir que a administração altere os pressupostos financeiros na base dos quais o contrato foi celebrado apenas permitindo essa alteração desde que o equilíbrio financeiro deste seja repostado. Ora, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato consiste na reposição ou restauração da proporção financeiro em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes da modificação unilateral tenha no valor dessas mesmas prestações. Tendo em conta a sua função essa reposição não pode, de forma alguma, colocar qualquer das partes em situação mais favorável do que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente previsto, nem pode cobrir perdas que já decorriam desse equilíbrio inicialmente estabelecido e inerentes ao próprio contrato.

Os critérios para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato estão previstos no artigo 282º do CCP¹⁹⁰ e nestes termos a reposição do equilíbrio

¹⁹⁰ Estabelece o artigo 282º do CCP que : «1. Há lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excepcional, no próprio contrato. 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos. 3 - A reposição do equilíbrio financeiro efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efetuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato. 4 - A reposição do equilíbrio financeiro efetuada nos termos do presente artigo é,

financeiro do contrato pode fazer-se através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou da vigência do contrato, da revisão dos preços, da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas ou ao agravamento dos custos com a execução do contrato ou por outro meio contratualmente estipulado.

Conforme referem Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos¹⁹¹ trata-se, em todas as situações anteriormente referidas estamos perante, « *uma indemnização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados (infra,23-104), pelo que necessariamente produz efeitos desde a data em que o acto administrativo de modificação unilateral se torna eficaz (art. 282.º, 3 CCP), sem prejuízo de poder ser parcialmente diferida quanto a efeitos específicos que, pela sua natureza, não sejam susceptíveis de razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não exista concordância entre as partes (art. 282.º, 4 CCP). A reposição do equilíbrio financeiro é, para o evento que o originou, única, completa e final para todo o período do contrato (art. 282.º, 4 CCP). O apuramento do quantum da reposição do equilíbrio financeiro é uma operação geralmente difícil, que os contratos de maior valor costumam regular minuciosamente através de fórmulas matemáticas.*»

No nº 2 do citado artigo 314º do CCP o legislador regula os casos em que a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias seja decorrente de qualquer outra causa não imputável ao contraente público, tendo então o co-contraente direito a uma compensação a fixar segundo as regras de equidade ou, em alternativa, o direito à modificação do contrato.

Citando mais uma vez Jorge Andrade de Silva¹⁹² a alteração “*terá que limitar-se a ser a alteração da prestação contratual e não a imposição de uma nova*

relativamente ao evento que lhe deu origem, única, completa e final para todo o período do contrato, sem prejuízo de tal reposição poder ser parcialmente diferida em relação a quaisquer efeitos específicos do evento em causa que, pela sua natureza, não sejam susceptíveis de uma razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não exista concordância entre as partes. 5 - Na falta de estipulação contratual, o valor da reposição do equilíbrio financeiro corresponde ao necessário para repor a proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato e é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações. 6 - A reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato.»

¹⁹¹ Marcelo Rebelo de SOUSA e André Salgado de MATOS, *Direito Administrativo Geral*, TOMO III, 2ª Edição, D. Quixote, Lisboa, 2009, pp. 410

¹⁹² Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, Almedina, 2015, pp. 607

*prestação que, por isso, deveria ser objeto de contrato diferente; terá de tratar-se de uma alteração motivada por facto imprevisto e, porventura, mesmo imprevisível, traduzido, como estabelece na alínea b) do artigo 312º, em necessidades novas ou nova ponderação das circunstâncias existentes; finalmente, e de algum modo sintetizando, só poderá processar-se pela forma, com os fundamentos e com as consequências estabelecidas nos artigos 312º a 314º. Isto, em atenção ao princípio da intangibilidade do objeto do contrato: a Administração pode mudar o contrato, mas não pode mudar **de** contrato; pode alterar o objeto das prestações contratuais, o que não pode é alterar o objeto do contrato, Por último, as alterações deverão respeitar o equilíbrio económico do contrato, por forma a que as distorções que prejudiquem aquele equilíbrio sejam objeto de correções necessárias ao seu restabelecimento (artigos 282º e 314º).»*

Ora, o Tribunal de Contas no Acórdão nº 23/2014, de 2 de dezembro, do plenário da 1ª Secção,¹⁹³ aprecia a modificação objetiva do contrato de concessão dos transportes coletivos urbanos da Covilhã, celebrado entre esse Município e a concessionária e onde o referido Município atribui à concessionária uma «compensação», destinada ao pagamento dos transportes de alunos em regime «extra-concessão». O referido Acórdão veio dizer que a modificação de um contrato não podia, nem pode, colidir com os princípios fundamentais da contratação pública e em concreto, tendo em conta que, mesmo no âmbito do regime legal anteriormente em vigor previsto no artigo 180º do CPA então em vigor¹⁹⁴, a lei sempre se proibiu a modificação dos contratos que não respeitasse o objeto do contrato, isto é sempre se entendeu que no âmbito da contratação pública é possível «mudar o contrato mas não pode mudar de contrato» e essa modificação tem que ter em conta as limitações decorrentes princípio do equilíbrio-financeiro e a exigência do respeito e observância dos princípios da concorrência, da publicidade e imparcialidade.

¹⁹³ No presente recurso o Município da Covilhã recorre do Acórdão nº 10/2014, da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, que recusou o visto ao contrato de concessão dos transportes coletivos urbanos da Covilhã, celebrado em 31 de outubro de 2012, com as empresas « Corporación Espanola de transporte, sociedade anónima» e «Covibus – Transportes Urbanos da Covilhã, S.A.», pelo valor de € 347.575,00, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

¹⁹⁴ Cfr. Decreto-lei nº 442/91, de 12 de novembro

Sendo que, resulta do nº 1 do artigo 313º do CCP que o objeto do contrato é integrado por prestações secundárias e principais (dai que essa norma faça referência às «prestações principais»), sendo que não podem ser alteradas as prestações principais dos contratos.

O Tribunal de Contas, no Acórdão da 1ª Secção em subsecção, que era objeto do recurso do citado Acórdão nº 23/2014,¹⁹⁵ define prestações principais no seguinte sentido: *«porque imodificáveis e determinadores da intangibilidade parcial do contrato, serão as munidas de aptidão bastante para decidir ou não da estabilidade contratual e que, uma vez alteradas, conduzem à subversão dos princípios da concorrência, igualdade e transparência, reais esteios do procedimento que conduziu ao contrato inicial Para além disso, serão ainda prestações principais e integradoras do núcleo essencial do objeto contratual aquelas cuja descaraterização viole o interesse público concreto, que é causa e função do contrato. O objeto do contrato não se reduz, pois, a um mero “nomen” genérico e sem substância, mas é integrado por prestações essenciais ou principais que, por força do princípio da estabilidade dos contratos e dos demais princípios que informam a contratação pública e a própria atividade administrativa, não devem ser objeto de alteração ou modificação.»*

Na situação objeto de apreciação nesse Acórdão e no de recurso, o Acordo que alterou o contrato e estabeleceu o ressarcimento da concessionária pelo serviço de transporte de alunos num percurso que não estava incluído na concessão e pela criação de um novo trajeto que também não integrava o percurso da concessão, configuraram uma alteração inequívoca do objeto do contrato, na medida em que alargou o âmbito da prestação de serviços concessionada e que não estava no programa concursal levado ao concurso público. Tendo o Tribunal de Contas entendido tratar-se de uma alteração substancial e essencial do contrato inicial, com relevante repercussão no plano social e económico e que, pela sua dimensão, devia ter sido objeto de um

¹⁹⁵ Acórdão 10/2014, da 1ª Secção em subsecção, pp. 16 - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

procedimento concursal autónomo, de modo a salvaguardar os princípios a concorrência.

Ora, dos Acórdãos citados ora citados é possível verificar a correta aplicabilidade que o Tribunal de Contas faz do regime jurídico da modificação objetivo dos contratos previstos no CCP (e anteriormente no artigo 180º do CPA) e o relevante contributo que este Tribunal tem tido na interpretação e densificação dos critérios e conceitos do referido regime legal, nomeadamente, na interpretação dos fundamentos e dos limites à modificação objetiva dos contratos, bem como na definição de alguns conceitos do referido regime como é o caso do «*objeto do contrato*» e das «*prestações principais*».

Nos Acórdãos sumariamente apreciados verifica-se que as entidades adjudicantes lançaram mão do regime da modificação objetiva do contrato apenas como expediente para evitar a abertura de um novo procedimento de formação de contrato, tendo alterado o conteúdo das prestações principais do contrato, conduzindo até à alteração do próprio contrato, ampliando o prazo de execução ou vigência do contrato e alterando o seu equilíbrio financeiro inicial. Em todas as situações de facto verifica-se que não estavam preenchidos os fundamentos, nem os limites para poderem recorrer ao regime da modificação objetiva do contrato, tendo então as contraente públicos procedido à uma modificação ilegal do contrato.

2.3.2. *Os preços anormalmente baixos*

O legislador viu-se obrigado a introduzir e consagrar um regime legal sobre as propostas de preço anormalmente baixo com vista a salvaguardar que a entidade adjudicante proceda à adjudicação do contrato pelo mais baixo preço possível mas ao mesmo tempo que salvaguarde que as diversas concorrentes não apresentem preços demasiado baixos com o único propósito de ganhar o concurso e que depois sejam preços que ponham seriamente em risco a execução do contrato ou a execução perfeita e completa do mesmo.

A instituição do regime do preço anormalmente baixo fundou-se na necessidade de normalização dos mercados públicos fortemente abalados pelo aparecimento durante alguns tempos de concorrentes que apresentavam propostas com preços imbatíveis e incompatíveis com os custos mínimos associados às prestações do contrato e que depois causavam situações de abandono do contrato ou de grave erros de execução ou em que os co-contratantes depois na execução do contrato pretendiam que a entidade adjudicante pagasse preços superiores para obter uma perfeita execução do contrato.

Com a instituição do regime dos preços anormalmente baixos no CCP o legislador pretendeu fixar as situações em que a entidade adjudicante pode e deve suspeitar da falta de seriedade e congruência da proposta apresentada por o seu preço ser mais baixo ao que seria de esperar face à avaliação técnica que levou a entidade adjudicante a definir o preço base.

Salienta João Amaral e Almeida¹⁹⁶ que *«a execução da prestação que constitui o objeto do contrato a celebrar deve pois ser confiada a quem, tendo apresentado uma proposta que cumpre todas as exigências e condições impostas pelo caderno de encargos, apresente um preço adequado a remunerar o conjunto dos custos, riscos e ónus que essa execução comporta, bem como a margem de lucro que o co-contratante necessariamente deve receber»*.

Com vista a prevenir o interesse da entidade adjudicante em contratar quem realmente reúna as condições económicas para executar o contrato e assegurar simultaneamente a concorrência leal entre os operadores económicos, o legislador introduziu no n.º 2 do artigo 70.º do CCP, que estabelece as causas de exclusão das propostas apresentadas aquando da sua análise, a alínea e) que determina que a proposta deve ser excluída quando apresente: *«um preço total anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados ou não tenham sido considerados nos termos do disposto no artigo seguinte»* e institui

¹⁹⁶ João Amaral e ALMEIDA, *As propostas de preço anormalmente baixo*, in Estudos da Contratação Pública III, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, pp. 88

no artigo 71º do referido Código o chamado regime dos preços anormalmente baixos.

No que se refere à matéria dos preços anormalmente baixos verifica-se que são duas as questões centrais a analisar, a saber: (i) a identificação de uma proposta com um preço anormalmente baixo; e (ii) a da sua eventual exclusão.

O legislador do CCP estabeleceu um critério misto para a determinação do preço anormalmente baixo, consagrando um critério de determinação automática do limiar do preço anormalmente baixo da proposta e outro em que a determinação desse limiar seja o resultado do exercício de um poder discricionário da entidade adjudicante.

Estabelece o nº 1 do artigo 71º¹⁹⁷ que, quando a entidade adjudicante fixe no caderno de encargos o preço base, que o preço da proposta será considerado anormalmente baixo quando seja 40% ou mais inferior ao preço base, no caso de se tratar de um procedimento para a formação de um contrato de empreitada de obras públicas ou de 50% ou mais inferior aquele, no caso em o procedimento seja para a formação de um contrato de outro tipo. Trata-se de uma imposição legal de determinação automática das propostas que se devem considerar anómalas.

Acontece que o referido limiar automático apenas opera supletivamente, ou seja, nas situações em que a entidade adjudicante não tenha optado por fixar expressamente um outro limiar para a consideração do preço anormalmente baixo¹⁹⁸. Isto é, o legislador do CCP veio permitir que seja a entidade adjudicante a fixar no convite¹⁹⁹ ou no programa do concurso²⁰⁰ o limiar ou valor a partir do qual considera que o preço proposto é anormalmente baixo. Trata-se neste caso

¹⁹⁷ Estabelece o nº 1 do artigo 71º do CCP o seguinte: «Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 115.º, no n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 189.º, quando o preço base for fixado no caderno de encargos, considera-se que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo quando seja: a) 40 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas; b) 50 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de qualquer dos restantes contratos.»

¹⁹⁸ Conforme aliás resulta da ressalva inicial constante do nº 1 do artigo 71º do CCP.

¹⁹⁹ No convite no caso de ajuste direto ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos previstos no nº 3 do artigo 115º e nº 3 do artigo 189º do CCP

²⁰⁰ Cfr. no programa do concurso para os casos do concurso público nos termos previstos no nº 2 do artigo 132º do CCP.

de uma determinação automática do limiar de anomalia das propostas, resultante agora de um critério fixado e definido pela entidade adjudicante e perante o qual esta se encontra vinculada por autolimitação.

A entidade adjudicante pode se autovincular a um determinado limiar de preço anormalmente baixo (e consequentemente de anomalia das propostas), mediante a fixação de uma percentagem diferente das que constam do n.º 1 do artigo 71.º ou mediante a fixação de um concreto montante monetário (em euros) ou através da indicação de uma fórmula matemática a partir dos preços constantes das propostas apresentadas.

Se o convite ou o caderno de encargos não estabelecer o preço base e a entidade adjudicante não fixar no mesmo o limiar do preço anormalmente baixo, nesse caso, a determinação ou identificação das propostas com preços anormalmente baixos terá que resultar de uma decisão discricionária da entidade adjudicante, mas essa decisão terá que ser fundamentada apresentado razões pelas quais considera o preço anormalmente baixo e incongruente.²⁰¹

Se o limiar a partir do qual o preço se considera anormalmente baixo resultar diretamente da imposição legal de determinação automática constante do n.º 1 do citado artigo 71.º do CCP ou estiver expressamente fixado no convite ou no programa do concurso por referência ao preço base fixado, nos termos previstos na parte inicial do referido no n.º 1 do artigo 71.º, impende sobre os concorrentes que apresentem propostas com preços anormalmente baixos apresentar com as mesmas, os documentos justificativos desse preço nos termos do disposto na alínea d), do n.º 1 do artigo 57.º do CCP.

Diferentemente, se o limiar do preço anormalmente baixo não for fixado nos termos anteriormente referidos e desse modo não ser do conhecimento prévio dos concorrentes e resultar da decisão da entidade adjudicante nos termos do n.º 2 do artigo 71.º, então haverá lugar à adoção do procedimento previsto no

²⁰¹ Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 71.º: «Quando o caderno de encargos não fixar o preço base, bem como quando não se verificar qualquer das situações previstas no n.º 3 do artigo 115.º, no n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 189.º, o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar, para os efeitos do disposto no número seguinte, a decisão de considerar que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo.»

nº 3 do artigo 71º do CCP²⁰². Neste caso, a entidade adjudicante não pode excluir a proposta sem que previamente solicite aos concorrentes que prestem esclarecimentos justificativos do preço anormalmente baixo apresentado tendo por base os elementos constitutivos da proposta.

Há quem entenda, como é o caso de Jorge Andrade da Silva²⁰³ que o referido procedimento do nº 3 do artigo 71º do CCP é apenas suscetível de ser utilizado pela entidade adjudicante nos casos em que o caderno de encargos não tenha fixado o preço base e a entidade adjudicante não tenha também lançado mão do poder de fixar o limiar da anomalia no convite ou no programa do procedimento. Referindo o distinto autor que « *Dispõe o nº 3 que, como atrás foi referido, uma proposta de preço anormalmente baixo não pode ser excluída sem antes ter sido solicitado ao proponente esclarecimentos sobre os elementos constitutivos da proposta, isto é, das razões justificativas do preço anormalmente baixo. Só que, por força da alínea d) do nº 1 do artigo 57º, essa nota justificativa do preço tem que integrar a própria proposta, caso o programa do procedimento ou o convite estabeleçam o valor abaixo do qual o preço é anormalmente baixo.*» Continuando o citado autor diz ainda o seguinte « *poderá ainda pretender-se que essa solução deve igualmente ter lugar se a anormalidade do preço resulta logo da aplicação ao preço base das percentagens estabelecidas no nº 1 deste preceito, pois, em todos esses casos, o concorrente está em condições de saber que a sua proposta apresenta um preço anormalmente baixo. A ser assim, a disposição daquele nº 3, quanto à obrigatoriedade daquela solicitação ao concorrente, terá apenas aplicação nos casos em que não tenha sido fixado preço base. Porém, não é uma conclusão isenta de dúvidas.*

Entretanto, e por outro lado, se o preço proposto não resultar ser anormalmente baixo por ser igual ou superior ao preço para isso fixado no convite ou no programa do procedimento ou, não havendo essa fixação, superior ao correspondente à aplicação de 60% ou 50% ao preço base fixado no caderno de encargos, não poderá a entidade

²⁰² Cfr. nº 3 do citado artigo 71º: « *Nenhuma proposta pode ser excluída com fundamento no facto de dela constar um preço total anormalmente baixo sem antes ter sido solicitado ao respetivo concorrente, por escrito, que, em prazo adequado, preste esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito.*»

²⁰³ Jorge de Andrade da SILVA, Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado, 5ª Edição, 2015, Almedina, Coimbra, pp. 242

adjudicante como tal o considerar. Dito por outras palavras: a fixação prévia nas peças do procedimento ou por aplicação do critério supletivo do valor abaixo do qual o preço é considerado anormalmente baixo vincula quer os concorrentes, quer a entidade adjudicante, esta, para só assim o poder considerar se isso mesmo dali resultar.»

Por sua vez, João Amaral Almeida²⁰⁴ entende que o referido n.º 1 do artigo 71.º do CCP «estabelece uma **presunção legal inilidível** de que as propostas cujo preço seja inferior ao limiar estabelecido devem ser consideradas anómalas, isto é, devem necessariamente ser submetidas ao sub-procedimento de verificação da sua anomalia.» Entendendo ainda o citado autor que «por interpretação extensiva do n.º 2 do artigo 71.º do CCP deve admitir-se que o órgão competente para a decisão de contratar tem a faculdade de considerar anormalmente baixo o preço constante de propostas que, não obstante se situar acima do limiar resultante do critério previamente fixado, suscita sérias dúvidas sobre a sua seriedade ou congruência» referindo ainda que «Mas, quanto a nós, não devem deixar também de poder ser submetidas ao sub-procedimento de verificação da respectiva anomalia propostas cujo preço se situa muito acima do limiar estabelecido, sobretudo quando esse limiar for resultante do critério supletivo constante das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 71.º. Não se trata, é certo, de um limiar de anomalia que pode ser «falseado» pela perturbação dos preços de certas propostas, como sucede nos sistemas baseados na média. Todavia, as razões de submissão daquelas propostas ao sub-procedimento de verificação da anomalia podem residir na circunstância de, ponderados os preços efetivamente praticados pelos concorrentes, se verificar que afinal o preço de mercado é substancialmente superior ao limiar da anomalia fixado para o procedimento». Concluindo o distinto autor que «Em suma, o limiar da anomalia das propostas não pode conduzir a um «resultado imutável», isto é, a previsão de critérios de determinação automática de anomalia das propostas, mesmo através da fixação directa de limiares, deve conciliar-se com a exigência da garantia da observância do princípio da livre concorrência, consentido à entidade adjudicante a faculdade, discricionária, de reavaliar o resultado (o próprio limiar!), «se tal se revelar necessário, tendo em conta, nomeadamente, os

²⁰⁴ João Amaral e ALMEIDA, *As propostas de preço anormalmente baixo*, in Estudos da Contratação Pública III, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, pp. 118

ensinamentos da experiencia comum». É claro que a submissão destas outras propostas ao sub-procedimento de verificação da respectiva anomalia implica, ainda por aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 71.º do CCP, que a decisão seja fundamentada e aos respectivos concorrentes sejam solicitados, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo 71.º, os esclarecimentos justificativos relativos aos elementos da proposta que estão na origem das suspeitas de falta de seriedade e incongruência do preço proposto.»

Nesta matéria veio recentemente o Supremo Tribunal Administrativo²⁰⁵ dizer que *«Para a definição e solução da questão em discussão importa que tenhamos presente aquilo que são, no nosso entendimento, os dois aspetos marcantes do regime disciplinador da matéria das propostas com preço anormalmente baixo e que correspondem a dois momentos sequenciais, ou seja, um primeiro momento que se prende com o da sua determinação/identificação e dos sistemas possíveis para lograr obter aquele desiderato, para, de seguida num segundo momento, se extrair as consequências para o procedimento, nomeadamente, quanto à sua exclusão, definindo em que termos, situações e condições a mesma opera.*

LIX. À luz do nosso regime de contratação vigente a determinação/identificação do que seja uma proposta de preço anormalmente baixo opera através de um sistema misto já que, por um lado, mostra-se fixado na lei previamente um critério automático destinado a identificar as propostas que padeçam daquela anomalia [cfr. art. 71.º, n.º 1, do CCP], critério esse supletivo visto suscetível de ser “afastado” ou “substituído” por um outro critério também automático através das regras que venham a ser definidas para cada procedimento [cfr. arts. 71.º, n.º 1, 115.º, n.º 3, 132.º, n.º 2, 189.º, n.º 3, do mesmo Código - mediante o estabelecimento pelas entidades adjudicantes, caso a caso, dum critério de determinação automática do limiar da anomalia, mormente, através ou da i) indicação direta dum valor expresso em euros; ou da ii) referência a uma fórmula matemática calculada em função duma percentagem do preço base; ou ainda de iii) uma fórmula matemática de cálculo em função da média dos concretos preços apostos nas propostas apresentadas pelos vários concorrentes], situação que, como se verifica, ocorreu no caso em análise [cfr. ponto 9.º do «P.C.» onde consta definido como critério automático: o

²⁰⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/10/2016, processo nº 01472/14, relator Carlos Carvalho, in [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

“preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo quando for mais de 15% inferior ao preço base” - n.ºs II, III) e IV) da factualidade apurada]. LX. E, por outro lado, confere-se à entidade adjudicante um poder discricionário de analisadas as propostas assim “sinalizadas” as excluir ou não do procedimento e, para além disso, um poder de também qualificar uma proposta como contendo tal anomalia ainda que a mesma apresente um preço superior ao limiar decorrente da pura aplicação matemática daquele critério [legal supletivo ou contratual] [cfr. art. 71.º, n.ºs 2 e 3, do referido

(...)

LXIII. Ora em termos daquilo que são as consequências decorrentes da classificação duma proposta como contendo um preço anormalmente baixo o nosso regime contratação pública, muito fruto da influência comunitária, aponta para uma regra de que a exclusão de tal proposta não é automática, sendo necessário que seja dada a oportunidade ao concorrente de justificar o preço apresentado [cfr., nomeadamente, os arts. 70.º, n.º 2, al. e), e 71.º, n.º 3, do CCP].

LXIV. Com efeito, aos autores de propostas cujo preço seja considerado anormalmente baixo [classificação resultante do operar ou da aplicação automática de critérios ou fórmulas matemáticas ou de expressa decisão tomada pela entidade adjudicante no uso de poderes discricionários], deve ser dada oportunidade de, em prazo razoável, se pronunciarem sobre a intenção da entidade adjudicante de vir a excluir as suas propostas com esse fundamento e de, assim, apresentarem esclarecimentos complementares sobre os elementos que sejam relevantes para a formação do preço, presente que certas fórmulas matemáticas não podem ser erigidas em critérios automáticos de exclusão dado os proponentes terem de ser ouvidos após se determinar que a proposta preenche o critério formal que as faz incorrer no qualificativo que justifica a exclusão e os seus esclarecimentos terem de ser devidamente ponderados.

Código].”

Entendimento esse acolhido também pela Jurisprudência do Tribunal de Contas.

Efetivamente, o Tribunal de Contas no Acórdão n.º 4/2013, de 15 de maio²⁰⁶, do plenário da 1ª Secção veio sufragar o seguinte entendimento: «O recorrente invoca várias vezes a possibilidade não accionada de fixar um limite mínimo de preço, a título de parâmetro base, nos termos do artigo 42.º, n.º 4, do CCP, o que, no seu entender, justifica que possa também fixar outras formas menos extremadas de desvalorizar preços baixos (“quem pode o mais, pode o menos”). Só que este Tribunal tem entendido que isso não é possível, por estar prejudicado pelo regime legal dos preços anormalmente baixos. De facto, a possibilidade prevista naquele preceito está condicionada, nos termos da parte final da norma, aos limites resultantes de vinculações legais, vindo este Tribunal a entender que o regime dos preços anormalmente baixos é uma das vinculações legais aplicáveis e se sobrepõe à possibilidade de fixar limites mínimos de preço. Assim, não é o disposto no n.º 4 do artigo 42.º que prevalece sobre o regime estabelecido no artigo 189.º, n.º 3, e no artigo 71.º do Código, como pretende o recorrente nas suas alegações, mas o inverso.

Estes preceitos estabelecem que se pode fixar um valor a partir do qual o preço de uma proposta deva ser considerado como anormalmente baixo. Se a proposta estiver nessas condições, devem solicitar-se esclarecimentos ao concorrente sobre a justificação do preço proposto, devem analisar-se essas justificações e, com base nessa análise, deve decidir-se sobre a admissão ou exclusão da proposta.

Se, apesar do limiar estabelecido pela entidade adjudicante, as justificações forem consideradas aceitáveis e a proposta admitida, a sua valoração não poderá deixar de atender, de modo irrestrito, à vantagem económica do preço apresentado.

Se, tendo em conta o limiar estabelecido pela entidade adjudicante e as justificações apresentadas, a proposta não for considerada aceitável, por envolver violação legal ou risco sério de incumprimento, a proposta deve ser excluída.

É esse o regime legalmente estabelecido para prevenir os riscos invocados pelo recorrente.

Integrar no modelo de avaliação desvalorizações ou desconsiderações de preços baixos

²⁰⁶ Cfr. O citado Acórdão tem por objeto o recurso do Acórdão n.º 1/2013-08.Jan-1.ªSecção/SS, em que o Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de prestação de serviços para a “Exploração do Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde” celebrado, em 19 de Outubro de 2012, entre a Direcção Geral de Saúde e o consórcio formado pela PT Comunicações, S.A. e a PT Contact- Telemarketing e Serviços de Informações, S.A., no montante máximo previsto de €20.770.259,00, acrescido de IVA - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

viola o regime legal estabelecido no artigo 71.º do CCP, na medida em que a análise da aceitabilidade desses preços deve ser feita numa fase anterior à da avaliação, de acordo com procedimentos claramente estabelecidos na lei, nada consentindo que, depois de considerados como aceites, esses preços sejam desvalorizados. Levar ao modelo de avaliação das propostas».

No mesmo sentido entendeu o Acórdão n.º 13/2013, de 5 de novembro²⁰⁷, do plenário da 1ª Secção que: « Este Tribunal tem entendido que o regime legal dos preços anormalmente baixos, do critério de adjudicação e dos modelos de avaliação das propostas não consentem que se deixem de diferenciar as propostas de preço quaisquer que sejam. O artigo 71.º do CCP estabelece que se pode fixar um valor a partir do qual o preço de uma proposta deva ser considerado como anormalmente baixo. Se a proposta estiver nessas condições, devem solicitar-se esclarecimentos ao concorrente sobre a justificação do preço proposto, devem analisar-se essas justificações e, com base nessa análise, deve decidir-se sobre a admissão ou exclusão da proposta.

Se, apesar do limiar estabelecido pela entidade adjudicante, as justificações forem consideradas aceitáveis e a proposta for admitida, a sua valoração não poderá deixar de atender, de modo irrestrito, à vantagem económica do preço apresentado..»

Por sua vez o Acórdão n.º 22/2014, de 2 de dezembro²⁰⁸, do plenário da 1ª Secção do Tribunal de Contas vem dizer o seguinte: «Os artigos 71.º e 132.º, n.º 2, do CCP estabelecem que, nas peças procedimentais de um concurso público, se pode fixar um valor a partir do qual o preço de uma proposta deva ser considerado como anormalmente baixo. Se isso não for feito, a lei define, no artigo 71.º, n.º 1, alínea b), do CCP, para este tipo de contratos, que o preço anormalmente baixo é o que corresponde a 50% do preço base desse concurso. Assim, e apesar de o valor fixado ser bastante superior ao limite legal subsidiário, nada há a censurar ao estabelecido no n.º 2 do artigo 14.º do

²⁰⁷ Esse Acórdão tem por objeto o recurso do Acórdão n.º 9/2013-16/04/2013-1.ºS/SS, onde o Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato para “Implementação do Sistema Integrado de Mobilidade da Cova da Iria, em Fátima” celebrado, em 28 de Dezembro de 2012, entre o Município de Ourém e a sociedade Fernando L. Gaspar-Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A., no montante de €877.260,54, acrescido de IVA - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

²⁰⁸ O citado Acórdão tem por objeto do recurso interposto do Acórdão n.º 01/2014-14.JAN-1.ºS/SS, que recusou o visto ao contrato de aquisição de serviços para a elaboração do projecto de execução para o novo edifício hospitalar a integrar no plano de reabilitação do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, celebrado entre o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE, e a empresa Luís Narciso - Arquitectos, Lda, no montante de €712.500,01, acrescido de IVA - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

Programa de Concurso em causa, que determinou que seria considerada proposta com preço anormalmente baixo a que apresentasse preço igual ou inferior a 712.500,00 € (setecentos e doze mil e quinhentos euros). Foram, aliás, quer em 1.ª instância quer em recurso, apresentadas razões para o limiar escolhido, as quais não nos oferecem reparos.

14. *No entanto, os n.ºs 3 e 4 do citado artigo 71.º referem claramente que nenhuma proposta pode ser excluída com fundamento no facto de dela constar um preço total anormalmente baixo sem contraditório e sem apreciação dos esclarecimentos justificativos para apresentação desse preço.*

15. *Poderá ter razão o recorrente quando refere que, nos casos em que o limiar for conhecido, o concorrente deve apresentar essa justificação com a proposta e que a eventual exclusão pode operar sem um contraditório específico. Não sendo linear que tal solução esteja inteiramente em conformidade com os objectivos do direito europeu aplicável, parece ser a que decorre do estabelecido no CCP.*

16. *No entanto, resulta absolutamente claro do disposto no n.º 4 do artigo 71.º que a entidade adjudicante deve casuisticamente analisar os esclarecimentos prestados pelo concorrente para o preço apresentado e, conseqüentemente, justificar a sua aceitação ou a sua rejeição. Ou seja, em caso de proposta de um preço anormalmente baixo devem analisar-se as respectivas justificações e, com base nessa análise, deve decidir-se sobre a admissão ou exclusão de cada concreta proposta. E o próprio preceito avança possíveis causas de justificação para esse tipo de preços: economias do processo de prestação de serviços, soluções técnicas ou condições excepcionalmente favoráveis à execução das prestações, originalidade dos serviços propostos, específicas condições de trabalho, auxílios de Estado legalmente concedidos, etc.*

17. *Este regime reproduz e é, aliás, imposto pelo estabelecido no artigo 55.º da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, na linha do que já constava de directivas precedentes.*

18. *O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pronunciou-se já algumas vezes sobre esta matérias, considerando que o regime impõe o afastamento de quaisquer automatismos no tratamento das propostas que se afigurem de valor anormalmente baixo.*
3 *Vide, designadamente, os acórdãos proferidos por esse Tribunal nos processos C-76/81, Transporoute, C- 103/88, Fratelli Constanzo, C-285 e 286/99, Lombardini e Mantovani,*

e C-147 e 148/06, SECAP SpA e Santorso Tribunal de Contas 7/17 19. No seu entendimento, estão proibidas quaisquer normas ou procedimentos de exclusão oficiosa de propostas com base em critérios matemáticos. O TJUE considera inaceitáveis quaisquer modalidades que retirem aos concorrentes que hajam apresentado propostas particularmente baixas a possibilidade de provarem que essas propostas são sérias, concluindo que se impõe, nesses casos, um processo preciso, detalhado e contraditório de verificação das propostas, que analise os seus pressupostos e aprecie a pertinência das explicações fornecidas. Só depois se pode decidir e, eventualmente, rejeitar as propostas em questão. 20. Mais afirma expressamente o TJUE que este regime constitui uma exigência fundamental da Directiva e que a adopção de procedimentos de exclusão matemática nestes casos é contrária ao correspondente objectivo de favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efectiva em matéria de contratos públicos.

21. O n.º 3 do artigo 14.º do Programa de Concurso, acima transcrito, quando estabeleceu singelamente que as propostas com preço inferior ao preço anormalmente baixo seriam excluídas é, pois, manifestamente contrário tanto ao regime definido no artigo 71.º do CCP como ao direito europeu aplicável. Efectivamente, não se disse que essas propostas seriam excluídas se não se encontrassem justificadas, afirmou-se pura e simplesmente que elas seriam excluídas.

22. Invoca o recorrente que o estabelecido no n.º 3 do referido artigo 71.º tem carácter imperativo, que, por isso, sempre a entidade adjudicante estava obrigada a observar o princípio do contraditório, que nunca ela poderia excluir os concorrentes sem antes convidar os concorrentes a esclarecerem a sua proposta neste particular e que, por isso, a inclusão dessa regra no programa de concurso constituiria uma redundância.

23. Ressalve-se que o que está em causa não é somente a precedência de um processo contraditório (que, aliás, o recorrente defende noutro passo não ser necessário). O que não é possível é excluir a hipótese de os preços baixos serem propostos, justificados e admitidos.».

Conforme resulta da Doutrina e Jurisprudência citada o regime dos preços anormalmente baixos ainda não tem uma linha de orientação única e clara. A Doutrina e Jurisprudência reconhecem que a Lei estabelece um regime supletivo do limiar dos preços anormalmente baixos, previsto no artigo 71º do CCP que

pode ser afastado por vontade da entidade adjudicante que pode fixar nas peças do procedimento um limiar diferente daquele.

Mas, já não é unânime quanto à definição do âmbito de aplicação do disposto no nº 3 do artigo 71º do CCP e nomeadamente no que se refere à obrigatoriedade da entidade adjudicante, previamente à exclusão das propostas, permitir que o concorrente exerça o contraditório com vista a apresentar a justificação dos preços anormalmente baixos apresentados.

No que se refere a esta matéria, somos do entendimento que, nos casos em que a determinação do limiar da anomalia das propostas é com base no critério da determinação automática (por ter sido expressamente fixado no caderno de encargos pela entidade adjudicante ou resultar das regras supletivas do nº 1 do artigo 71º do CCP) os concorrentes, cujo preço proposto seja igual ou inferior ao limiar estabelecido, tem que obrigatoriamente incluir nas respetivas propostas, como parte integrante destas, documentos justificativos desse preço anormalmente baixo, nos termos do disposto na al. d), do nº 1 do artigo 57º do CCP.

Diferentemente, nos casos em que não há preço base fixado no caderno de encargos ou no convite a determinação ou identificação de proposta com preço anormalmente baixo pode resultar então de uma decisão discricionária da entidade adjudicante, decisão essa que deve ser fundamentada, contendo as razões que apontam no sentido da suspeita de falta de seriedade ou incongruência do preço proposto, nos termos do disposto no nº 2 do artigo 71º do CCP. Neste caso, os concorrentes não tem a obrigação legal de incluir nas respetivas propostas documentos justificativos do preço proposto, nos termos do disposto na al. d) do nº 1 do artigo 57º do CCP, porquanto nestes casos os concorrentes não conhecem o limiar.

Se o preço constante da proposta for considerado como anormalmente baixo – o que sucederá por decisão discricionária da entidade adjudicante – a entidade adjudicante não pode excluir essa proposta sem antes solicitar ao respetivo concorrente que preste esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito,

nos termos do disposto no n° 3 do artigo 71° do CCP (recorrendo ao chamado subprocedimento de verificação da anomalia da proposta).

Sendo certo que, do n° 2 do artigo 72° do CPP admite-se que a entidade adjudicante tem a faculdade de considerar anormalmente baixo o preço constante de uma proposta que, não obstante se situar acima do limiar fixado no caderno de encargos ou no CCP, suscitar serias dúvidas sobre a sua seriedade ou incongruência, nomeadamente, quando a proposta contenha preços de absoluta proximidade com o limiar fixado. Devendo também ser submetido ao subprocedimento de verificação da anomalia as propostas cujo preço se situa acima do limiar estabelecido mas que comparativamente com as restantes propostas (dos outros concorrentes) se verifica que o limiar previamente estabelecido pode não estar correto, a título de exemplo, o preço base no caderno de encargos ser de 100 e a maioria das propostas situaram-se entre os 90 e 100, e apenas uma situar-se nos 80, aqui para não suscitar duvidas sobre a seriedade e congruência da proposta, a entidade adjudicante pode considerar a proposta como contendo um preço anormalmente baixo, fundamentado essa sua decisão e notificando o concorrente para prestar esclarecimentos e juntar os elementos justificativos do preço proposto, nos termos do disposto no n°s 2 e 3 do artigo 72° do CCP.

Quanto à justificação dos preços anormalmente baixos entendemos que: a leitura isolada do n° 3 do artigo 71° do CCP poderia ser interpretada no sentido de que a exclusão de propostas com fundamento em preço anormalmente baixo implica que a entidade adjudicante tenha que previamente solicitar, em momento posterior à abertura das propostas, que os respetivos concorrentes apresentem as suas justificações acerca do preço proposto.

Contudo, o n° 2 do citado artigo 71°, ao impor que a entidade adjudicante deve fundamentar a decisão de considerar determinada proposta como contendo um preço anormalmente baixo «*para efeitos do disposto no número seguinte*» (para a submeter ao subprocedimento de verificação da anomalia estabelecido no n° 3 do referido artigo), leva-nos a entender que o referido subprocedimento previsto no n° 3 do citado artigo 71° do CCP apenas se aplica aos casos em que, por o caderno

de encargos não fixar preço base, nem a entidade adjudicante tiver feito uso da sua faculdade de estabelecer um limiar de anomalia, a determinação da proposta como anómala e contendo preço anormalmente baixo resultar do exercício do poder discricionário da entidade adjudicante.

Com efeito, nesses casos, não existindo limiar previamente conhecido, os concorrentes não podem saber se o preço que estão a propor é ou não anormalmente baixo, pelo que, não se lhes aplica a alínea d) do nº 1 do artigo 57º do CCP.

Por isso, na situação inversa, sempre que o concorrente conheça o limiar a partir do qual o preço se considera anormalmente baixo (por estar previsto no caderno de encargos ou resultar supletivamente do artigo 71º, nº 1 do CCP), os esclarecimentos sobre o preço proposto devem ser juntos como documento constitutivo da proposta, não lhes sendo aplicável o subprocedimento previsto no nº 3 do artigo 71º do CCP.

Em conformidade com o exposto, o nº 4 do citado artigo 71º do CCP quando refere os elementos que devem ser considerados na análise dos esclarecimentos prestados pelos concorrentes, estabelece que essa análise deve incidir sobre os que foram prestados «nos termos do disposto na alínea d) do nº 1 do artigo 57º ou do número anterior», empregando a conjunção disjuntiva “ou”, reforçando assim a ideia de que os esclarecimentos devem fazer parte da proposta quando o limiar é previamente conhecido (de determinação automática).

2.3.3. O modelo de avaliação das propostas

A alínea n) do nº 1 do artigo 132º do CCP estabelece que o programa do concurso público deve estabelecer o « *critério de adjudicação, bem como, quando for adoptado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os factores e os eventuais subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respectivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um*

dos factores ou subfactores elementares, a respectiva 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» e o artigo 139º do referido Código determina que no caso de o critério de adjudicação adotado pela entidade adjudicante ser o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas deve ser elaborado nos seguintes termos: «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»²⁰⁹ e «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 serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor»²¹⁰. Referindo ainda o n.º 4 da citada disposição legal que «Na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, directa ou indirectamente, dos atributos das propostas a apresentar, com excepção dos da proposta a avaliar». Determinado ainda o referido artigo que «As pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da expressão matemática referida no n.º 3 ou, quando esta não existir, através de um juízo de comparação do respectivo atributo com o conjunto ordenado referido no mesmo número»²¹¹.

Ora, as referidas disposições normativas constituem a consagração da exigência legal da entidade adjudicante fixar, no programa do procedimento, o modelo de avaliação das propostas.

Nestes termos, se o critério de adjudicação adotado pela entidade adjudicante for o da proposta economicamente mais vantajosa a fixação do modelo de avaliação das propostas, nos termos da já citada alínea n) do n.º 1 do artigo 132º, impõe que, seguindo os ensinamentos de Mário Esteves de Oliveira

²⁰⁹ Cfr. n.º 2 do artigo 139º do CCP.

²¹⁰ Cfr. n.º 3 do artigo 139º do CCP

²¹¹ Cfr. n.º 5 do artigo 139º do CCP.

e Rodrigo Esteves de Oliveira²¹² *«se explicitem de forma clara, nesse modelo, os factores (e, se for caso disso, os correspondentes subfactores) relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.»*

Partindo das citadas disposições legais, podemos dizer, em primeiro lugar, que o legislador do CCP apenas impõe que o modelo de avaliação das propostas tem que obrigatoriamente conter os fatores que densificam o critério de adjudicação para definir os atributos em função dos quais se irá determinar qual é a proposta economicamente mais vantajosa. Sendo que, não há qualquer obrigação legal da entidade adjudicante desdobrar os fatores de densificação do critério de adjudicação em subfatores. O eventual desdobramento dos fatores em subfatores, com vista a permitir uma mais detalhada avaliação das propostas, é uma decisão que cabe à entidade adjudicante tomar. O que se pede à entidade adjudicante na sua tarefa de fixação do modelo de avaliação das propostas é, em primeiro lugar, que esta enuncie de forma clara e transparente quais são os fatores e, em segundo lugar, se lhe parecer necessário ou conveniente, os subfatores que densificam o critério de adjudicação.

Nos termos referidos por Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira²¹³ *« os factores de avaliação têm necessariamente carácter primário – sendo os elementos de avaliação que primeiramente densificam o critério de adjudicação e que sustentam lógica e funcionalmente os respectivos subfactores-, podendo também ter carácter elementar, isto é, ser os elementos mais baixos da escala de avaliação das propostas, quando não são desdobradas em subfactores.*

Estes por sua vez, são elementos secundários e (ou) elementares do modelo de avaliação. Secundários, são-no sempre, porque correspondem ao desenvolvimento dos elementos primários desse modelo, isto é, dos factores; elementares são-no, em relação a cada factor de avaliação, aqueles que estiverem no último degrau da respectiva escala.

²¹² Ver Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 962

²¹³ Ver Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 963

Distinguem-se ou separam-se assim os factores ou subfactores elementares dos não elementares, sendo aqueles os situados no lugar mais baixo da densificação do critério de adjudicação, em função dos quais se avalia (e só em função deles pode avaliar-se) cada um dos atributos das propostas (ver art. 75.º/2 do CCP).»

Dizem ainda os citados autores que²¹⁴ «Assim, quando um factor, dos dois que densificam o critério de adjudicação, se desdobre em subfactores, só estes (nunca ele) são elementares, enquanto o outro factor (não desdobrado) é, ele próprio, elementar. Mas, por outro lado, se houver subfactores desdobrados noutros subfactores ainda mais pormenorizados, são estes últimos os elementares, sendo aqueles apenas secundários.»

Porém, o legislador deixou claro que os fatores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação do modelo de avaliação das propostas «*não podendo dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*»²¹⁵, isto porque as propostas devem ser avaliadas e distinguem-se pelos elementos objetivos que contém, pela sua maior ou menor valia técnica e não pelas qualidades ou características subjetivas concorrentes.

Em segundo lugar, deve também constar do modelo de avaliação das propostas os valores dos coeficientes de ponderação de cada fator ou subfator. A título de exemplo, nos termos salientados por Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira²¹⁶ «*se o factor preço – a par dos da qualidade e do prazo – for um dos que densifica esse critério, e ele se desdobrar nos subfactores montante total e periodicidade das prestações parcelares, além de ter que se saber com que coeficiente cada um destes últimos contribui para a classificação em sede do factor preço, também é necessário fixar o coeficiente ou a percentagem com que este mesmo, a par (ou no confronto) dos demais, se repercute na determinação da valia global das propostas, na determinação daquela que é a economicamente mais vantajosa.* » Por regra, para

²¹⁴ Ver Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 963

²¹⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 75.º do CCP.

²¹⁶ Ver Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 969

procederem à fixação dos coeficientes de ponderação de fatores ou subfatores do modelo de avaliação, as entidades adjudicantes recorrem a uma tabela e escala (percentual e numérica), onde os fatores valerão em conjunto 100% ou 20 valores, atribuindo a cada um deles uma percentagem ou pontuação própria e dentro de cada fator, passando-se o mesmo com os subfatores, cujos coeficientes de ponderação deverão somar também os 100% ou 20 valores.

Em terceiro lugar, o método de avaliação deve também indicar, em relação a cada fator de ponderação, a respetiva pontuação, devendo a entidade adjudicante definir a respetiva escala de pontuação destinada a permitir a atribuição das diferentes pontuações parciais.

Em quarto lugar, o modelo de avaliação deve também necessariamente conter a expressão matemática ou fórmula que permite ao júri que avalie as propostas determinar, analisando a concreta proposta, as pontuações parciais. Sendo que, em alternativa à fórmula matemática, a entidade adjudicante pode optar por descrever o conjunto de atributos que permita a atribuição das pontuações parciais. Conforme dizem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira²¹⁷ « nos termos da lei, o método de classificação parcial das propostas pode ser quantitativo (por pontos, construindo-se uma grelha com as diversas pontuações aritméticas obtidas por cada proposta) ou qualitativo (classificando-as como más, medíocres, sofríveis, suficientes, boas, muito boas, etc.).

Referindo ainda estes autores que²¹⁸ « a preocupação que, em qualquer caso, deve nortear a organização de uma escala de pontuação dos factores e subfactores do critério de adjudicação é exactamente essa, de a apertar tanto quanto possível, de maneira a não deixar grandes “buracos” ou intervalos classificativos entre propostas de valia próxima, em prol dos princípios da concorrência e da proporcionalidade.

Consideram-se, assim ilegais os casos em que as escalas estão organizadas grosseiramente com intervalos visivelmente desproporcionados na sequência das diversas pontuações».

²¹⁷ Ver Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 973

²¹⁸ Ver Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 974

No que se refere ao modelo de avaliação das propostas verifica-se que o Tribunal de Contas tem tido um papel preponderante em fiscalizar a legalidade da definição dos modelos de avaliação das propostas pelas entidades adjudicantes.

Veja-se o caso do Acórdão n.º 6/2016, de 08 de março, do plenário da 1ª Secção ²¹⁹, em que o Município de Montalegre no procedimento concursal que antecedeu a celebração do contrato submetido a fiscalização prévia do referido Tribunal, adotou como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, densificada pelos fatores e coeficientes de ponderação: preço da proposta – 80% e valia técnica da proposta 20%. Sendo que a pontuação do fator preço foi distribuída pelos seguintes intervalos: (i) 10 pontos o preço fosse inferior ou igual a € 1.250.000,00; (ii) 8 pontos se fosse de €1.250.000,01 a € 1.300.000,00; (iii) 6 pontos se fosse de € 1.300.000,01 a €1.350.000,00; (iv) 4 pontos se fosse de € 1.350.000,01 a € 1.400.000,00; e (v) 2 pontos se fosse de € 1.400.000,01 a € 1.450.000,00 e em que, o intervalo de preços fixado na escala de pontuação anteriormente referida é de € 50.000,00. Com esse modelo de avaliação das propostas verificou-se que, em sete propostas apresentadas a concurso, seis tinham um valor próximo de € 1.250.000,00 e foram assim classificadas com a pontuação máxima de 10 pontos.

O plenário da 1ª Secção do Tribunal de Contas, no Acórdão anteriormente identificado, observando o modelo de avaliação das propostas veio dizer o seguinte: «*Como resulta linearmente da observação do quadro constante acima da alínea d) do n.º 7, uma proposta com o valor de 1.250.000,00 € teria a mesma pontuação que uma proposta de 1.300.000,00 €, e uma proposta com o valor de 1.300.000,01€ teria a mesma pontuação de uma proposta de 1.350.00,00€, e assim sucessivamente*», o que na perspetiva do Tribunal condicionou a concorrência e não estimulou a apresentação de propostas com valor inferior a € 1.350.000,00 e por isso era um

²¹⁹ No presente Acórdão o Município de Montalegre recorre da decisão proferida no Acórdão n.º 38/2014 da 1ª Secção, em subsecção, que recusou o visto a um contrato de aquisição de serviços de recolha de resíduos sólidos urbanos, fornecimento, manutenção e lavagem de contentores, celebrado com a sociedade comercial «SUMA, S.A.» em 11 de agosto de 2014, pelo prazo de 60 meses e pelo valor de € 1.250.000,00. - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

modelo de avaliação de propostas contraditório com as finalidades do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, porquanto incentivava as concorrentes a apresentarem propostas com valores próximos do montante de €1.250.000,00.

Tendo assim o Tribunal de Contas concluído que o modelo de avaliação das propostas para o fator «preço» era um modelo que não assegurou a escolha da proposta economicamente mais vantajosa para o município adjudicante e obstou à observância do princípio da concorrência, violando o disposto no n.º 4 do art.º 1.º e n.º 1 do art.º 74.º ambos do CCP.

Da apreciação deste Acórdão podemos retirar o ensinamento que os modelos de avaliação de propostas para o critério de adjudicação do preço economicamente mais vantajoso, em que um dos fatores é o fator preço não deve fixar um limiar do preço abaixo do qual a classificação das propostas são iguais, desconsiderando desse modo a efetiva e real diferença dos preços apresentados e com isso obstar ao funcionamento da concorrência no fator preço e o surgimento da proposta economicamente mais vantajosa, porquanto os concorrentes irão todos apresentar propostas perto do limiar do preço que obtenha a pontuação máxima.

Desse Acórdão também resulta a orientação jurisprudencial de que o fator preço não deve ser fixado em quadros de pontuação cujos intervalos de pontuações seja de tal modo amplo que permitam a atribuição do mesmo número de pontos a propostas com valores económicos muito diferentes e distantes, como aconteceu na situação em apreciação no referido Acórdão em que os intervalos de pontuação fixados permitiram que propostas com diferenças de €50.000,00 recebessem a mesma pontuação.

Outro Acórdão que apreciou o modelo de avaliação das propostas adotado pela entidade adjudicante foi o Acórdão n.º 8/2016, de 29 de março, do plenário da 1.ª Secção.²²⁰ Da leitura do Acórdão verifica-se que a questão de fundo que foi

²²⁰ No âmbito do citado Acórdão o Município da Calheta, recorre da decisão n.º 5/FP/2015, de 17 de dezembro de 2015, da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas que recusou o visto ao contrato de empreitada cujo objeto era a

objeto de análise pelo Tribunal de Contas foi a determinação do método de arredondamento do preço que os concorrentes devem adotar nos procedimentos concursais.

Resumidamente, dos factos constantes do Acórdão verifica-se que no âmbito do procedimento concursal que correu termos para a celebração do contrato submetido a fiscalização prévia, a proposta da concorrente SAMUROS adotou o modelo de arredondamento para duas casas decimais feito apenas a final, o que conduziu à apresentação de um valor final da proposta de €418.387,61 e a proposta da concorrente TECNOVIA, graduada em 2º lugar, adotou o modelo de arredondamento de artigo a artigo e somando depois os valores apurados em cada capítulo, apresentando assim o valor final de €418.387,61. Tendo a Secção Regional da Madeira entendido que «os arredondamentos deverem ser feitos, artigo a artigo, capítulo a capítulo, e no final» e, por isso, recusou o visto ao referido contrato com fundamento no disposto na al. c), do nº 3 do Artigo 44º da LOPTC²²¹ com fundamento na ilegalidade do ato de adjudicação do contrato de empreitada e consequentemente do contrato, por incorreta aplicação do critério de adjudicação adotado.

No Acórdão ora apreciado o plenário do Tribunal de Contas entendeu, sumariamente, que «Apesar da irrelevância financeira dos montantes em questão no presente caso, deve afirmar-se também desde já que as entidades adjudicantes não devem aceitar passivamente os valores parciais ou finais apresentados pelos concorrentes nas suas propostas. Estas têm de ser coerentes e consistentes. Devem pois detetar-se desconformidades ou erros que porventura elas tenham e face a eles agir-se nos termos fixados na lei e nos documentos do procedimento. Isso mesmo poderia ou deveria ter sido feito pelo Município, ou este fê-lo mas só parcialmente, através dos seus órgãos

construção do «Caminho Agrícola do Lanço Este-Paúl do Mar», celebrado com a empresa «SOMUROS – Obras Públicas e Particulares, Lda.», pelo preço de € 418.387,61 - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos>.

²²¹ Recordando a referida disposição legal determina que é fundamento de recusa do visto a desconformidade dos contratos com as leis em vigor que implique uma ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

competentes. Isso mesmo foi também feito pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal, na procura da verdade material dos factos.²²²»

O Ministério Público emitiu parecer referindo que uma vez que o artigo 60º do CCP não estabelece regras de arredondamento, deve aplicar-se supletivamente o disposto no artigo 5º do Regulamento (CE) nº 1103/97, do Conselho, de 17 de junho de 1997 que determina o seguinte: *«os montantes pecuniários a pagar ou a contabilizar quando se efectua um arredondamento após uma conversão para a unidade euro nos termos do artigo 4.º devem ser arredondados, por excesso ou por defeito, para o cent mais próximo. Os montantes pecuniários a pagar ou a contabilizar convertidos para uma unidade monetária nacional devem ser arredondados, por excesso ou por defeito, para a subunidade mais próxima ou, na ausência de uma subunidade, para a unidade mais próxima ou, de acordo com a legislação ou as práticas nacionais, para um múltiplo ou fracção da subunidade ou unidade monetária nacional. Caso a aplicação da taxa de conversão resulte num valor exactamente intermédio, o montante deve ser arredondado por excesso.»*

Sendo que este entendimento já foi acolhido pelo Tribunal de Contas, no Acórdão nº 19/2012, de 9 de outubro, do plenário da 1ª Secção.

O Tribunal de Contas, subscrevendo esse entendimento, veio dizer o seguinte: *«concorda-se com o parecer do Ministério Público que afirmou, na esteira de uma decisão deste Tribunal: “[e]mbora fosse desejável, em nome da segurança jurídica e da transparência, que fossem estabelecidas regras de arredondamento, certo é que o artigo 60.º do C.C.P. não contém qualquer norma sobre a matéria pelo que é de aplicar supletivamente o disposto no artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1103/97, do Conselho, de 17 de junho de 1997, na esteira da jurisprudência seguida pelo Tribunal de Contas no Acórdão n.º 19/2012, de 9 de outubro – 1.ª Secção – Plenário.»* Concluindo que *«Subscrevendo este entendimento, advoga-se pois que os arredondamentos sejam feitos só uma vez e no final, assim permitindo que o valor económico seja mais respeitado ao estabelecer-se o valor financeiro. Afastamo-nos pois do entendimento estabelecido na*

²²² Pp. 14 do referido Acórdão 6/2016.

decisão recorrida que militou no sentido de os arredondamentos deverem ser feitos, artigo a artigo, capítulo a capítulo, e no final. »²²³

Tendo então o referido Tribunal decidido revogar a decisão e conceder o visto ao contrato de empreitada referindo ainda o seguinte «*entende-se no entanto alertar o Município da Calheta para que em procedimentos futuros deve estabelecer regras relativamente à realização de arredondamentos, em harmonia com a legislação aplicável, vele pela observância e respeito e faça respeitar o regime dos preços anormalmente baixos estabelecidos na lei.*» Verifica-se da análise do referenciado Acórdão que este veio estabelecer jurisprudencialmente o critério a que as entidades adjudicantes podem recorrer para ultrapassar a circunstância do CCP não estabelecer um critério para o arredondamento dos preços de que **os arredondamentos sejam feitos só uma vez e no final e não serem feitos, artigo a artigo, capítulo a capítulo, e no final.**

Também o Acórdão nº 17/2015, de 09 de junho, do plenário da 1ª Secção, tem por base a análise do método de avaliação das propostas adotado pela entidade adjudicante no procedimento de concurso público, em concreto, a fórmula utilizada para o fator preço, que abriga intervalos de preços, do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa.

Analisando o contrato em causa, o Tribunal de Contas entendeu que:

- i) O critério de adjudicação assentou na proposta economicamente mais vantajosa e em relação ao factor preço, a aplicação da fórmula conduziu à atribuição de idêntica pontuação a propostas de valores expressivamente diferentes e incentivou à apresentação de propostas de valor correspondente a € 3.200.000,00 (relativamente ao preço total das propostas a 5 anos) e de € 175.000,00 (para a aquisição das viaturas do município) porquanto a esses valores era atribuído a pontuação máxima de 10 pontos.

²²³ ²²³ Pp. 16 do referido Acórdão 6/2016.

- ii) O modelo adotado desincentivou a apresentação de propostas diferenciadas que permitissem a obtenção de propostas economicamente vantajosas para a entidade adjudicante e, nesse sentido, condicionou o funcionamento da concorrência.
- iii) O modelo adotado no factor preço não permitiu diferenciar/graduar as propostas cujo preço era de montante igual ou inferior a €3.200.000,00 e, por isso, entendeu o Tribunal que o modelo adotado foi inadequado ao fim para que estava desenhado, concretamente para permitir que a proposta escolhida fosse a economicamente mais vantajosa, ponderados todos os fatores que estariam na sua génese.

Para apoiar o seu entendimento o Tribunal de Contas citou o Acórdão do mesmo Tribunal, n.º 4/2013, de 20 de maio, que estabeleceu que *«As avaliações por intervalos de preços ou com escalas fechadas nos limites inferiores incentivam que as propostas se fixem nos limites desses intervalos, pois sendo indiferente, para efeitos de valorização, que o concorrente se proponha vender por 10 ou por 20, ele vai naturalmente oferecer por 20 o que poderia vender por 10(...). Desconsiderar, no modelo de avaliação das propostas, diferenças de preços não é compatível com o objetivo legal do critério de adjudicação, tal como definido no artigo 74.º, n.º 1, alínea a), do CCP (escolher a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante).*

Referindo ainda o citado Acórdão que: *«um modelo de avaliação das propostas que fixa um limiar de preço abaixo do qual a classificação das propostas é idêntica e, assim, desconsidera diferenças de preços, não é compatível com o objectivo legal do critério de adjudicação, tal como definido no artigo 74.º, n.º 1, alínea a), do CCP (escolher a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante), obstando à sua realização (cf. Acórdão n.º 4/2013, de 20 de maio).»*

Uma vez que foram várias as propostas concorrentes e apenas duas é que apresentaram resultados financeiros iguais, o Tribunal concluiu que,²²⁴ *«não obstante a ilegalidade ocorrida, o modelo de avaliação estabelecido permitiu, ainda assim que funcionasse de alguma forma a concorrência»* e atento «os

²²⁴ Sublinhado nosso

interesses públicos que importa salvaguardar bem como os inevitáveis custos e gastos que decorreriam do facto da realização de um novo concurso público, sobre a mesma matéria, [e que muito provavelmente não levaria a um resultado processual muito diferenciado], entende-se que existem razões para que, não obstante a ilegalidade ocorrida, ser de conceder o visto ao contrato, fazendo, simultaneamente no entanto, uma recomendação no sentido de evitar no futuro tais ilegalidades ocorram.»

Tendo então o Tribunal de Contas decidido conceder provimento ao recurso interposto pelo Município da Guarda e conseqüentemente, revogou o Acórdão recorrido e concedeu o visto ao contrato com a seguinte recomendação: *«no futuro, providencie pela escrupulosa observância dos princípios e normas que orientam e disciplinam a contratação pública, nomeadamente os artigos 74º, 75º, 132º n.º 1 alínea n) e 139º do CCP, adotando procedimentos, que inequivocamente, salvaguardem a concorrência, adotando concretamente critérios de modelos de avaliação que permitam sempre efetuar a diferenciação de propostas apresentadas ainda que inferiores ao mais baixo preço, assim prosseguindo, assim, o interesse público.»*

Ora, este Acórdão estranhamente afasta-se da orientação jurisprudencial que tem sido perfilhada pelo Tribunal de Contas. Porquanto, conforme resulta do Acórdão, o Tribunal de Contas reconhece que o procedimento está ferido de ilegalidade no que se refere ao modelo de avaliação das propostas por o fator preço desconsiderar a diferença de preços e com isso, ter desincentivado à apresentação de propostas de valor inferior a €3.200.000,00, com referência ao preço total das propostas para os 5 anos, e assim não assegurou a escolha de propostas que poderia satisfazer o interesse público pelo menor custo, o que comprometeu o objetivo legal do critério de adjudicação, recorrendo para o efeito ao entendimento acolhido no Acórdão nº 4/2013, de 15 de maio, do plenário da 1ª secção.

Porém, esse Acórdão, no seu sumário, firmou o seguinte entendimento, que aliás o Acórdão apreciado cita: *« o modelo de avaliação das propostas definido pelas entidades adjudicantes para a escolha da proposta que lhes seja economicamente mais vantajosa num procedimento de contratação deve assegurar condições para um*

efectivo funcionamento da concorrência nos factores escolhidos e deve permitir a avaliação das vantagens económicas que resultem para a entidade adjudicante do funcionamento dessa concorrência.» Afirmando ainda que « um modelo de avaliação das propostas que fixa um limiar de preço abaixo do qual a fixação das propostas é idêntica e, assim, desconsidera diferenças de preços, não é compatível com o objectivo legal do critério de adjudicação, tal como definido no artigo 74.º, nº 1, alínea a), do CCP (escolher a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante), obstando à sua realização.» Tendo concluído que « a norma legal relativa à determinação do critério de adjudicação, com abse em factores que visam a realização de económicas financeiras, é uma norma financeira, já que lhe estão claramente subjacentes preocupações de proteção dos interesses financeiros públicos. A sua violação constitui fundamento de recusa do visto nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, não lhe sendo aplicável a possibilidade, prevista no n.º 4 do artigo 44.º, de se substituir essa decisão pela concessão de visto com recomendações.»

Não obstante ter acolhido e citado o referido Acórdão para sustentar a ilegalidade do modelo de avaliação de propostas, o Tribunal de Contas afasta-se do entendimento firmado pelo Acórdão 13/2013 para vir, no final, conceder ao contrato visto, recorrendo à argumentação do «*interesse público*» associado aos «*inevitáveis custos e gastos*» decorrentes de um novo procedimento concursal.

Seguramente que o referido fundamento é passível de ser utilizado em qualquer processo de recusa de visto - aliás, um novo procedimento concursal tem sempre custos e gastos para a entidade adjudicante e conseqüentemente, prejudica o «*interesse público financeiro*» dessa entidade.

Mas será que o «*interesse público*» que o Tribunal de Contas decidiu acolher neste Acórdão e que invoca justifica o afastamento de uma ilegalidade que obsta à realização da concorrência e compromete o objetivo legal do critério de adjudicação?

Esta questão merece uma resposta negativa - não é legalmente admissível o sacrifício e o afastamento de princípios legais da contratação pública, como é o caso do princípio da concorrência, que é um dos princípios fundamentais e essenciais da contratação pública, com fundamento nos custos que a entidade

adjudicante irá suportar com a abertura de um novo procedimento. Até porque, essa justificação abre a porta ao afastamento desse princípio e de outros em qualquer processo de fiscalização prévia em que o visto é recusado a um contrato – pois, por regra, a entidade adjudicante irá ter que abrir um novo procedimento de formação de contratos com as inerentes despesas e custos.

Em sede de conclusão e no que se refere à definição do modelo de avaliação das propostas, resulta dos Acórdãos apreciados que as entidades adjudicantes devem fixar o modelo que permita e assegure a efetiva avaliação e graduação das propostas, de modo a que todas as propostas apresentadas no procedimento sejam colocadas numa lista de ordenação final para efeitos de adjudicação.

Para o efeito, o modelo de avaliação deve permitir assegurar o posicionamento dessas propostas e nesses termos, a decomposição dos modelos de avaliação das propostas em fatores, subfatores, atributos e escalas de pontuação deve ser feita de forma coerente entre os vários níveis, de modo a respeitar os objetivos de cada um deles e, simultaneamente, o objetivo final. Devendo ainda o modelo salvaguardar a prioridade, o peso e a importância dos fatores de avaliação de modo a que um fator de peso relativo menor não se sobreponha a um mais importante.

2.3.4. A escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos, em particular os critérios previstos nas alíneas b) e c) do artigo 24º do Código dos Contratos Públicos

O procedimento de formação de contratos que apresenta a tramitação mais simples e mais célere é o ajuste direto, que basicamente contempla apenas a fase da adjudicação. Atendendo a essa simplicidade e celeridade a prática corrente revela que as entidades adjudicantes, sempre que podem, lançam mão desse procedimento – seja por estaremos perante contratos cujo valor permita recorrer

ao ajuste direto²²⁵ ou, no caso de o valor ser superior, estarem reunidas as condições materiais para o recurso a esse procedimento²²⁶.

Sucedendo que, tem sido prática recorrente das entidades adjudicantes o recurso ao ajuste direto “atropelando” os critérios materiais legalmente previstos, muitas vezes com vista a adjudicar, ao mesmo operador económico, a celebração do novo contrato sem ter que abrir novo procedimento de concurso público para a formação do contrato.

Conforme refere o Tribunal de Contas no Acórdão n.º 16/2015, de 9 de junho, do plenário da 1.ª Secção, ²²⁷ ²²⁸ que tem por base um processo de fiscalização prévia que incidiu sobre um contrato celebrado na sequência de um procedimento de ajuste direto, em que o Estado Português invocou para o efeito o critério previsto na alínea c), do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, o recurso ao ajuste direto nos termos da referida disposição legal deve ser conjugado com o artigo 23.º do mesmo Código que permite *«que, qualquer que seja o valor e o objecto do contrato a celebrar, o ajuste directo possa ser adoptado quando “na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”»*.

Referindo o citado Acórdão que *«estamos em face de uma excepção à regra da necessária precedência de um procedimento concursal. De facto, em face do valor do contrato e do disposto no artigo 20.º do CCP e no artigo 7.º, alínea a), da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, na redacção dada pelo Regulamento (UE) n.º 1336/2013, da Comissão, de 13 de Dezembro de 2013, a não*

²²⁵ Cfr. al. a) do artigo 19.º, al. a) do artigo 20.º, al. a) do artigo 21.º, todos do CCP

²²⁶ Cfr. artigos 23.º a 27.º do CCP

²²⁷ Cfr. No âmbito do referido Acórdão o Estado Português recorreu do Acórdão n.º 27/2014, de 4 de setembro, da 1.ª Secção, em subsecção, do Tribunal de Contas e que visava a concessão do visto ao contrato para a aquisição de serviços de manutenção, operação e locação de duas aeronaves complementares (aviões anfíbios médios), para o período de 1 de junho de 2014 a 31 de outubro de 2014, celebrado em 30 de maio de 2014, celebrado entre o Estado, representado pela Autoridade Nacional da Proteção Civil (ANPC) e a Ago-Montair, Sociedade de Serviços Aéreos para Agricultura e Fogos, Unipessoal, Lda., pelo valor de € 1.797.890,00, acrescido de IVA - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos>.

²²⁸ Cfr. pp. 6 do citado Acórdão.

se verificarem os pressupostos de aplicação da invocada excepção, o contrato em apreço teria de ser precedido da realização de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação com publicitação no Jornal Oficial da União Europeia.».

Dizendo ainda que «Os processos de contratação pública devem garantir a salvaguarda máxima dos princípios da concorrência, transparência e igualdade, por força de disposições nacionais, tanto constitucionais como legais, bem como por força de legislação europeia, quer originária quer derivada» e que «A utilização de procedimentos concorrenciais de adjudicação é também a que melhor assegura a protecção dos interesses financeiros públicos, já que é em concorrência que se formam as propostas competitivas e que a entidade adjudicante pode escolher aquela que melhor e mais eficientemente satisfaça o fim pretendido. As teorias dos jogos e dos leilões demonstram matematicamente que assim é, sendo que, nos termos do artigo 42.º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental, nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que satisfaça os princípios da economia e da eficiência. Em suma, o respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer actividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por directa decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.

9. Donde resulta que para a formação de contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados. Daí decorre que, como tem sido largamente afirmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e como tem sido jurisprudência deste Tribunal, a interpretação das excepções à obrigatoriedade de utilização de procedimentos concursais deve ser “estrita”, ou seja, deve garantir a máxima salvaguarda da concorrência. Isso implica que se avaliem com rigor as excepções à regra concorrencial. No caso, implica que se verifique escrupulosamente se ocorreu efectivamente cada um dos pressupostos referidos na citada alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.»

Entende o Tribunal de Contas, nos termos expressos no referenciado Acórdão que, para se poder recorrer ao ajuste direto previsto na alínea c), do n.º

1 do artigo 24º do CCP, é necessário que estejam preenchidos os seguintes requisitos²²⁹:

- (i) A existência de uma urgência imperiosa;
- (ii) A impossibilidade de cumprir os prazos ou formalidades exigidos para outros procedimentos;
- (iii) Essa urgência imperiosa resultar de acontecimentos imprevisíveis;
- (iv) As circunstâncias invocadas não serem imputáveis à entidade adjudicante;
- (v) Daí resultar a necessidade de realizar um ajuste directo, o qual deve conter-se na medida do estritamente necessário.

O citado Acórdão refere ainda que «O artigo 31.º, n.º 1, alínea c), da Directiva n.º 2004/18/CE, transposto pelo CCP, contém excepção idêntica, determinando que quando os mesmos exactos requisitos se verificarem possa adoptar-se um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio.» e que «Como tem sido jurisprudência do TJUE6 e deste Tribunal , “para que possa recorrer-se à derrogação prevista é preciso que todas as condições que ela fixa estejam reunidas cumulativamente. Se não estiver preenchida uma delas, as entidades adjudicantes não podem estabelecer derrogações às disposições, nomeadamente as relativas à publicidade”. Entendendo ainda o douto Tribunal de Contas que « é também claramente afirmado na jurisprudência citada que quem pretende invocar uma derrogação está incumbido de fazer prova da verificação das circunstâncias excepcionais que a justificam. Isto implica, além do mais, um acrescido dever de fundamentação do acto, ao qual se impõe que, para além de invocar a excepção em termos de direito, a demonstre em termos factuais. Significa também que não cabe ao Tribunal substituir-se à entidade adjudicante, enquadrando a situação em qualquer outra excepção eventualmente aplicável e/ou presumindo a demonstração dos correspondentes pressupostos.».

²²⁹ Cfr. pp. 7 do citado Acórdão

Ora a Jurisprudência do Tribunal de Contas também tem unanimemente entendido²³⁰ que « para aplicação da exceção em causa, não basta a verificação de uma qualquer situação de urgência. Exige-se, para este efeito, que a urgência seja imperiosa “isto é, uma urgência categórica, imposta por uma situação a que não pode deixar de se acorrer com rapidez”. “Trata-se, pois, de uma situação de urgência impreterível, significando-se com isto que a prestação não pode ser “adiada”, sob pena de não ser mais possível realizá-la, ou que a sua não realização imediata virá a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação.” Na aceção adoptada no acórdão recorrido, e que vai no mesmo sentido, deveremos estar perante uma situação que exige “uma necessidade de actuação inadiável em resultado da existência de um perigo atual e iminente para um determinado bem jurídico».

E que são²³¹ «acontecimentos imprevisíveis, relevantes para efeitos da previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, “devem entender-se as situações que surgem de forma inopinada e que um normal decisor, colocado na posição de um real decisor, não seja capaz de prever e de prevenir”. Dito de outra forma, estes acontecimentos devem constituir uma surpresa para a entidade adjudicante. O TJUE considera, ainda, como requisito de aplicação da derrogação o que designa como “nexo de causalidade entre o acontecimento imprevisível e a urgência imperiosa”». Sendo que, as circunstâncias que originaram a urgências, os chamados acontecimentos imprevisíveis, não podem ser imputáveis à entidade adjudicante.

Contudo, no Acórdão em apreço, a verdade é que, não estavam reunidos os requisitos para a entidade adjudicante recorrer ao ajusto direito, isto porque a necessidade de recorrer ao ajuste direto resultou apenas e tão só do atraso na decisão de autorização da despesa por parte do Conselho de Ministros, o que configura uma situação claramente imputável à entidade adjudicante e, conseqüentemente, impede a entidade adjudicante de recorrer ao ajuste direto nos termos previstos na alínea c), do n.º 1 do artigo 24º do CCP.

²³⁰ Ver entre outros os Acórdãos n.º 3/2011, de 21 de janeiro, da 1ª Secção em subsecção e de 8/2011, de 13 de abril, do plenário da 1ª Secção, em subsecção - também referidos pelo citado Acórdão n.º 16/2015- disponíveis em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

²³¹ pp. 11 do citado Acórdão

Também o critério do recurso ao ajuste direto previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP foi objeto de análise e apreciação recente pelo Tribunal de Contas no âmbito do Acórdão n.º 13/2014, de 8 de julho, do plenário da 1.ª Secção²³². No âmbito do referido recurso verifica-se que o contrato objeto de fiscalização prévia foi celebrado no âmbito de um procedimento de formação de contrato de ajuste direto em que houve um procedimento de concurso público que correu seus termos mas em que a concorrente graduada em primeiro lugar, não compareceu à assinatura do contrato e a concorrente graduada em 2.º lugar informou que não pretendia manter a sua proposta, por já decorrido o prazo legal de manutenção das propostas. Foi com base nessas circunstâncias que o Conselho de Administração da LIPOR deliberou não adjudicar o contrato e decidiu revogar a decisão de contratar e promover a contratação da concessão da construção e exploração do aterro sanitário por ajuste direto, nos termos do Artigo 23.º e alíneas b) e c) do art.º 24.º do CCP.

O Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia ao contrato celebrado, decidiu recusar o visto porquanto a entidade adjudicante recorreu ao ajuste direto para a formação do contrato sem se verificar preenchido o requisito do concurso público anterior ter ficado deserto e também não se ter verificado os pressupostos da imprevisibilidade e inimputabilidade exigidos pela al. c), do n.º 1 do art.º 24.º do CCP.

A entidade adjudicante, para justificar o recurso ao ajuste direto, interpretou incorretamente o conceito legal de «*propostas excluídas*», porquanto no entendimento do Tribunal de Contas as propostas «*de um lado não reuniam [as transitadas para a fase de negociação] condições que permitissem a sua avaliação final,*

²³² A Associação de Municípios “Lipor - Serviço Intermunicipalizado de Gestão de Resíduos do Grande Porto” submeteu a fiscalização prévia o contrato de “Concessão da Construção e Exploração do Aterro Intermunicipal da Lipor”, celebrado com o agrupamento completar das empresas “Ferroviais Serviços - EGEO Tecnologia e Ambiente, Amândio Carvalho & Gabriel Couto, A.C.E.” e recorreu da decisão da recusa de visto do Acórdão n.º 35, de 17 de dezembro, da 1.ª Secção, em subsecção - disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

e , de outro, os respetivos proponentes [os presentes na fase de negociação] recusaram a outorga do contrato invocando ausência de condições para assumir tal compromisso.»²³³

Conforme resulta do Acórdão em apreciação o conceito técnico-jurídico de «propostas excluídas» que deve ser acolhido é o previsto na al. b) do nº 1 do artigo 24º do CCP, anunciado já por Jorge Andrade da Silva²³⁴, sendo do seu entendimento que esse conceito «*reporta a situações em que os procedimentos ficam desertos [em sentido lato], logo, sem concorrentes, em razão da não admissão de tais propostas para efeitos de avaliação e adjudicação e por motivos legais.*»

No entendimento do Tribunal de Contas « *os fundamentos que subjazem à solução constante da alínea b) do nº 1 do artigo 24º respeitam à provável inutilidade de lançamento de um novo procedimento concorrencial porque o anteriormente lançado ficou “deserto” (neste caso, em sentido amplo, por exclusão de todas as propostas apresentada; a situação de concurso “deserto” stricto sensu, de inexistência de concorrentes ou de propostas, está prevista na alínea a) do mesmo número e artigo).*

Isto é: feito apelo à concorrência e respeitados os princípios e regras aplicáveis da contratação pública em anterior procedimento, configura-se uma situação de inutilidade de novo apelo, justificando-se um esforço de aproveitamento da matéria do procedimento anterior»²³⁵.

Na ótica do Tribunal de Contas a «*inutilidade de novo apelo*» e o recurso ao ajuste direto só é legalmente admissível desde que os pressupostos concorrenciais do procedimento anterior sejam respeitados, isto é, que o procedimento inicial e frustrado tenha tido um apelo ao mercado e à concorrência e por isso agora é admissível o recurso a um procedimento mais restrito.

E nestes termos, a Associação de Municípios não podia lançar mão do ajuste direto ao abrigo a al. c) do nº 1 do Artigo 24º do CCP porque o recurso ao ajuste direto nos termos da referida disposição legal é apenas admissível desde que,

²³³ Cfr. Pp. 21 do Acórdão nº 13/2014 – 8 julho – 1ª Secção/PL – disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

²³⁵ Cfr. Acórdão nº 35/2013 – 17.dez. – 1ª S/SS- disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/>.

cumulativamente, ocorra urgência imperiosa inviabilizadora da observância dos prazos inerentes aos demais procedimentos, tal urgência resulte de acontecimentos imprevisíveis e as circunstâncias invocadas para o apelo ao ajuste direto não sejam imputáveis à entidade adjudicante.

Conforme refere o Tribunal de Contas « *Na melhor explicitação da definição legal constante do citado art.º24º , n.º 1, al. c) do C.P.P., importará reter que a citada urgência, qualificada de imperiosa, para além de sobrevir a factualidade indiciadora de perigo iminente e atual que coloca em risco a satisfação prioritária de certos interesses públicos e se mostra apta a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, deve, ainda, ser entendida como categórica e indutora de resposta pronta e célere. Depara-se-nos, pois, uma urgência marcadamente temporal, mas também, e sublinhemos, uma urgência justificada por interesses e valores em causa [ex: interesses comunitários – a ordem pública, a saúde e seguranças públicas...] que, afinal, até legitima o apelo a procedimentos mais céleres [ex: o ajuste direto], em detrimento, obviamente, de procedimentos cuja tramitação se revela, por princípio mais morosa [vd. a via concursal].»²³⁶*

Consideram-se «acontecimentos imprevisíveis» todos aqueles que surgidos de modo não esperado, não podem ser objeto de previsão por parte de um decisor normal, trata-se de acontecimentos que pela sua natureza surpreendente, tornam inexigível a sua antecipação pelo decisor que tenha atuado com a diligência exigida.

O circunstancialismo motivacional para o recurso ao ajuste direto nos termos da al. c) do nº 1 do Artigo 24º do CCP, nomeadamente, a impossibilidade de cumprimento dos prazos exigidos para o concurso público não pode resultar da inércia ou insuficiente previsão da entidade adjudicante e só é permitido na medida do estritamente necessário.

Entendeu o Tribunal de Contas que, na situação factual que antecedeu à celebração do contrato, não se verificava o requisito da urgência imperiosa, nem

²³⁶ Cfr. Pp. 24 do Acórdão nº 13/2014 – 8 julho – 1ª Secção/PL - in [www. http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos](http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos)

a verificação de um acontecimento imprevisível, porquanto entende que o facto da concorrente graduada em 2º lugar vir dizer que não mantém a sua proposta depois de decorrido o prazo legal de manutenção da proposta era previsível face à conjuntura económica e financeira da época e que isso era também antecipável por parte de um decisor que operasse com a diligência exigível.

Concluindo, podemos assim dizer que o artigo 24º do CCP enuncia os critérios materiais e excepcionais do recurso ao ajuste direto, afastando a regra do recurso ao ajuste direto estar limitado pelos limiares financeiros legalmente estabelecidos.

No caso da al. b), do nº 1 do referido artigo 24º do CCP é permitido o recurso ao ajuste direto para a celebração de um contrato com qualquer objeto desde que em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas tenham sido excluídas e com isso o concurso tenha ficado «deserto», e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao do procedimento anterior.

Já a al. c), do nº 1 do Artigo 24º do CCP permite o recurso ao ajuste direito quando, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis, não seja possível cumprir os prazos inerentes aos demais procedimentos, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.

O Tribunal de Contas, conforme se verifica nos Acórdãos citados neste ponto, tem tido um papel relevante na delimitação dos conceitos subjacentes aos critérios que permitem o recurso ao ajuste direto, tornando-se assim a Jurisprudência desse Tribunal uma ferramenta de trabalho absolutamente relevante para as entidades adjudicantes.

CONCLUSÕES

O trabalho de investigação realizado e que deu origem à presente dissertação evidencia o papel fundamental que o Tribunal de Contas desempenha na nossa ordem jurídica enquanto órgão de soberania e guardião da legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, e bem assim, da boa gestão financeira e a efetivação das responsabilidades às entidades pública que desrespeitam as obrigações relacionadas com as receitas e despesas públicas.

A investigação efetuada também permitiu levar a bom termo o projeto que anunciamos no início desta dissertação que foi o de confirmar a relevância que o Tribunal de Contas tem no âmbito da atividade contratual local, nomeadamente, no âmbito dos procedimentos de formação de contrato.

Foi desde logo possível analisar e verificar o papel preponderante que o Tribunal de Contas desempenha no âmbito da fiscalização prévia dos contratos e de todos os atos, independentemente da sua forma jurídica, que representam um aumento do dívida pública dos órgãos administrativos e, em particular, das autarquias locais. A circunstância de estarem sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas todos os contratos de montante superior, atualmente, a €350.000,00 e ainda o facto dos contratos de montante superior a € 950.000, 000 não poderem produzir quaisquer efeitos, materiais ou financeiros, antes da concessão do visto pelo Tribunal de Contas, é um sinal claro e revelador dos relevantes poderes que o Tribunal de Contas detém na matéria do controlo prévio da legalidade financeira das despesas públicas.

E, no que se refere às autarquias locais e às decisões tomadas por estas no desenvolvimento das suas atribuições, os poderes que o Tribunal de Contas detém em matéria de fiscalização prévia tem-se revelado como uma verdadeira fonte de «controlo» da atividade administrativa e política dos órgãos autárquicos, que muitas vezes ultrapassa os poderes legalmente atribuídos ao Tribunal de Conas e constitui uma verdade ingerência na autonomia local. Sendo que, todos os poderes que o Tribunal de Contas detém em sede de fiscalização prévia dos

contratos e atos das autarquias locais não podem perder de vista e tem como limitação o princípio fundamental do Estado de Direito tocante à separação de poderes e o seu corolário do respeito pelo Poder Local e do respeito pela autonomia das autarquias locais.

Se há uma conclusão fundamental que se pode retirar da investigação levada a cabo para escrevermos esta dissertação é que não cabe no âmbito das competências e dos poderes do Tribunal de Contas a avaliação sobre o mérito das decisões das autarquias locais no que se refere à definição do investimento público municipal. Não cabe a este Tribunal apreciar a utilidade concreta da atuação dos órgãos das autarquias locais para a prossecução do interesse público legalmente definido, tendo presente o critério ou elemento da oportunidade e a apreciação da utilidade concreta da atuação dos órgãos locais para a prossecução do interesse público legalmente definido à luz do elemento de conveniência e do interesse público municipal na execução de determinado projeto, investimento ou contrato. Não compete a este Tribunal verificar se o investimento que uma autarquia local pretende realizar insere-se no âmbito do interesse público, na ótica do Tribunal de Contas, até porque a definição do interesse público a prosseguir pelas autarquias locais, incluindo os investimentos e projetos a prosseguir, é uma matéria da exclusiva competências destas, claramente inserida no âmbito da autonomia local e não está sujeito a controlo administrativo ou tutelar, nem mesmo jurisdicional. A CRP e a lei têm por assente que o interesse público das populações territorialmente circunscritas é melhor prosseguido pelo poder local.

Sendo que, o único controlo legalmente admitido está circunscrito à avaliação da legalidade da atuação dos órgãos autárquicos no desempenho das suas atribuições no desenvolvimento da sua atividade contratual.

Foi também possível confirmar no âmbito desta dissertação a interligação fundamental que existe entre os poderes do Tribunal de Contas e a atividade contratual, nomeadamente, nos procedimentos de formação de contratos previstos no CCP. Sendo certo que, a apreciação e análise do regime jurídico da contratação pública, designadamente, dos seus princípios gerais e os

procedimentos para a formação de contratos previsto no CCP são temas largamente tratados pela melhor doutrina administrativa, daí que nesta matéria a apreciação feita tem por base esses estudos.

A breve análise da Jurisprudência do Tribunal de Contas feita no âmbito da presente dissertação permitiu-nos avaliar a importância que esse Tribunal tem na concretização e definição de conceitos jurídicos da contratação pública e bem assim na concretização, definição e interpretação da lei e, em particular, do CCP.

Os quatro temas que foram objeto de apreciação: (i) a modificação objetiva do contrato; (ii) o regime jurídico dos preços anormalmente baixos; (iii) a densificação do critério de adjudicação, nomeadamente, dos seus fatores e subfatores; e (iv) os critérios que permitem às entidades adjudicantes recorrerem ao ajuste direto previstos nas alíneas b) e c) do nº 1 do Artigo 24º do CCP, são temas fundamentais e que grande relevância têm no âmbito de toda a atividade contratual das entidades públicas e conseqüentemente, de grande relevância no âmbito da atividade contratual local.

A Jurisprudência do Tribunal de Contas é uma fonte de direito de tal modo relevante que as entidades públicas no âmbito dos procedimentos de formação de contratos e previamente ao recurso aos mesmos, podem e devem verificar qual é a orientação, o entendimento e a interpretação que o Tribunal de Contas faz da lei aplicável ao procedimento e ao contrato a celebrar, sob pena destas verem recusados os vistos dos contratos submetidos a fiscalização prévia.

Daí que parte desta investigação se dedicou à breve análise de alguma Jurisprudência do Tribunal de Contas que incide sobre a matéria da contratação pública, mas que representa apenas um pequeno ensaio num leque tão vasto de Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas.

Dessa breve análise constatamos contudo a relevância que as decisões do Tribunal de Contas têm no desenvolvimento da atividade contratual pública e em particular na atividade contratual das autarquias locais, bem como a importância que detêm no aprofundamento e desenvolvimento de conceitos e temas inseridos na matéria da contratação pública.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Amaral E e SÁNCHEZ, Pedro Fernández, AS MEDIDAS EXCEPCIONAIS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA OS ANOS DE 2009 E 2010 – Breve Comentário ao Decreto-lei nº 34/2009, de 6 de Fevereiro, Coimbra Editora, Agosto de 2009.

ALMEIDA, José Luís Pinto, TRIBUNAL DE CONTAS; CONTROLO FINANCEIRO; FISCALIZAÇÃO PRÉVIA, CONCOMITANTE E SUCESSIVA, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal Ano 1, Número 3 – Outono, Editora Almedina, Outubro de 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do, com a colaboração de FÁBRICA, Luís, GOMES, Carla Amado e SILVA, J. Pereira da, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Vol. I, 3ª edição, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2007.

BATALHÃO, Carlos José, NOVO CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – Notas Práticas e Jurisprudência, Porto Editora, 2015.

CAETANO, Marcello, MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, TOMO I e II, 10ª edição, 4ª reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

CAUPERS, João, OS CONFLITOS DE INTERESSES NA REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, in A Transposição das Diretivas Europeias e o Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, maio de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA, Vol I – Artigos 1º a 107º, Reimpressão, Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA, Vol II – Artigos 108º a 296º Reimpressão, Coimbra Editora, 2014.

ESTORINHO, Maria João, A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS EUROPEIAS DE 2014 E O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: (1) POR UMA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL E AMIGA DO BEM COMUM, in A Transposição das

Diretivas Europeias e o Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, maio de 2016.

ESTORINHO, Maria João, A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS EUROPEIAS DE 2014 E O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: (2) PROPOSTA DE TRANSPOSIÇÃO NÃO MINIMALISTA DAS DIRETIVAS, in A Transposição das Diretivas Europeias e o Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, maio de 2016.

FONSECA, Isabel Celeste M., DIREITO DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, roteiro prático, Coimbra, Almedina, 2011.

FONSECA, Isabel Celeste M., DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO, roteiro prático, Coimbra, Almedina, 2011.

FONSECA, Isabel Celeste M., DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA - UMA INTRODUÇÃO EM DEZ AULAS, Coimbra, Almedina, 2009.

FONSECA, Isabel Celeste M., O (NOVO) CONCEITO DE «PROPOSTA ECONOMICAMENTE MAIS VANTAJOSA» E A ADJUDICAÇÃO COM BASE NA MELHOR RELAÇÃO QUALIDADE-PREÇO: DESAFIOS, in A Transposição das Diretivas Europeias e o Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, maio de 2016.

FONSECA, Isabel Celeste M., O ACESSO DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS AO MERCADO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: ALGUMAS SOLUÇÕES, in A Transposição das Diretivas Europeias e o Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, maio de 2016.

FONSECA, Isabel Celeste M., PRESSUPOSTOS E LIMITES DA MODIFICAÇÃO DO CONTRATO PÚBLICO EXISTENTE: UM VELHO TEMA, NOVAS DIFICULDADES, in A Transposição das Diretivas Europeias e o Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, maio de 2016.

GONÇALVES, Pedro Costa, REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL LOCAL, Almedina, 2012.

GONÇALVES, Pedro Costa, REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

LOCAL, Almedina, 2012.

GONÇALVES, Pedro Costa, DIREITO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, Almedina, 2015.

GONÇALVES, Pedro Costa, REFLEXÕES SOBRE O ESTADO REGULADOR E O ESTADO CONTRAENTE, Almedina, 2013

GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VIEIRA, Vítor Manuel Freitas, GONÇALVES, Rui Miguel, CORREIA, Bruno e GONÇALVES, Mariana Violante, NOVO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, 2ª Edição, 2015, Almedina, 2015

LOPES, Helena Maria Mateus de Vasconcelos Abreu, A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA, In revista do Tribunal de Contas nº 44, julho/Dezembro de 2005, Tribunal de Contas

MAGALHÃES, Lídio, O CONTROLO DA CONTRACÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS, Revista do Tribunal de Contas nº 46, julho/Dezembro de 2006, Tribunal de Contas

MARTINS, Guilherme D'Oliveira, O TRIBUNAL DE CONTAS E ACTIVIDADE CONTRATUAL PÚBLICA, Revista de Contratos Públicos N.º 1 (janeiro- abril 2011), CEDIPRE, 2011

MARTINS, Guilherme D'Oliveira, AS ENTIDADES ADJUDICANTES (ESTADO, INSTITUTOS PÚBLICOS E MUNICÍPIOS) NOS CONTRATOS PÚBLICOS, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. III, Revista de Contratos Públicos N.º 1 (janeiro - abril 2011), Almedina, 2006

MEDEIROS, Rui, A PROTECÇÃO PROCESSUAL DO ADJUDICATÁRIO EM FACE DE UMA RECUSA DE VISTO NO ÂMBITO DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DE CONTRATOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS, Revista de Contratos Públicos N.º 1 (janeiro- abril 2011), CEDIPRE, 2011

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA - TOMO I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA - TOMO II, Coimbra Editora, 2006.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA -

TOMO III, Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA, António Cândido de, DIREITO DAS AUTARQUIAS LOCAIS, Coimbra Editora, 1993.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa e AMORIM, João Pacheco CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COMENTADO, 2ª edição (7ª Reimpressão da edição de 1997), Livraria Almedina, Coimbra, 2007.

OLIVEIRA, Mário Esteves de e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA, Livraria Almedina, Coimbra, 2011

PESENHA, Alexandra, MARTINS, Guilherme Waldemar D' Oliveira e RODRIGUES, Nuno Cunha, CONTRATOS PÚBLICOS; FINANÇAS PÚBLICAS, DIREITO DA CONCORRÊNCIA, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal Ano 1, Número 3 – Outono, Editora Almedina, Outubro de 2008.

RAIMUNDO, Migue Assis, PRIMEIRA ANÁLISE DAS NOVAS DIRETIVAS (Parte I) in Revista dos Contratos Públicos nº 9, CEDIPRE UC 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis, PRIMEIRA ANÁLISE DAS NOVAS DIRETIVAS (Parte II), in Revista dos Contratos Públicos nº 10, CEDIPRE UC, 2014.

ROCHA, Joaquim Freitas da, DIREITO FINANCEIRO LOCAL (FINANÇAS LOCAIS), CEJUR – Centro de Estudos jurídicos do Minho, 2008.

RODRIGUES, Nuno Cunha, O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA NAS NOVAS DIRETIVAS SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA, in A Transposição das Diretivas Europeias e o Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, maio de 2016.

SILVA, Jorge Andrade da, CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, Anotado e Comentado, 5ª edição., Livraria Almedina, 2015.

SILVEIRO, Fernando Xarepe, O TRIBUNAL DE CONTAS, AS SOCIEDADES COMERCIAIS E OS DINHEIROS PÚBLICOS, CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DE ACTIVIDADE O Tribunal de Contas, as Sociedade Comercias e os Dinheiros Públicos, Contributo para o Estudo de Actividade de Controlo Financeiro, Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo de e ALEXADRINO, José de Melo, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA COMENTADA. Introdução Teórica e Histórica,

Anotações. Doutrina e Jurisprudência. Lei do Tribunal Constitucional, Lex, Lisboa, 2000.

TAVARES, José F.F., Do Visto, Em Especial – Conceito, Natureza e Enquadramento na Actividade de Administração, Almedina, Coimbra, 1998.

TAVARES, José F.F., As responsabilidades na gestão pública – seu enquadramento, Almedina, 2000.

TAVARES, José F.F., Estudos de Administração e Finanças Públicas, Almedina, 2004.

TAVARES, José F.F., Reflexões sobre o conceito, a natureza e o regime das recomendações do Tribunal de Contas, Revista do Tribunal de Contas nº 46, julho/Dezembro de 2006, Tribunal de Contas.

TAVARES, José F.F., OS CONTRATOS PÚBLICOS E A SUA FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS, In Gonçalves Pedro, (org.), Estudos da Contratação Pública, Vol. I, Coimbra Editora, 2010.

VIANA, Cláudia, OS PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA, Coimbra Editora, 2007.

VIANA, Cláudia, CONTRATAÇÃO PÚBLICA E EMPRESAS PÚBLICAS: DIREITO NACIONAL E DIREITO COMUNITÁRIO, Cadernos de Justiça Administrativa nº 52, Coimbra Editora, 2005.

VIANA, Cláudia, A JURISPRUDÊNCIA “PRINCIPIALISTA” DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA RELATIVA À CONTRATAÇÃO PÚBLICA, in (coordenação) Alessandra Silveira, Direito da União Europeia e Transnacionalidade, Acção Jean Monnet, Quid Juris, 2010 , Coimbra Editora, 2007.

VIANA, Cláudia, O PROCEDIMENTO DE AJUSTE DIRECTO NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (E A SUA APLICAÇÃO ÀS AUTARQUUAS LOCAIS), Direito Regional e Local nº 06, Coimbra Editora, 2009.

VIANA, Cláudia, O AJUSTE DIRETO CONCORRENCIAL E A VINCULAÇÃO DA ENTIDADE ADJUDICANTE, in Cadernos de Justiça Administrativa nº 103, Coimbra Editora, 2014.