



**ASSOCIAÇÃO DE POLITÉCNICOS DO NORTE (APNOR)
INSTITUTO POLITECNICO DO PORTO**

**O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: O
CASO DOS AJUSTES DIRETOS**

Ermelinda Cristina Damas da Silva Alves

*Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Politécnico do Porto para
cumprimentos dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em
Gestão das Organizações, Ramo de Gestão Pública*

Orientador: Professor Henrique José Curado Mendes Teixeira

Versão Final

Porto, 25 de janeiro de 2021



**ASSOCIAÇÃO DE POLITÉCNICOS DO NORTE (APNOR)
INSTITUTO POLITECNICO DO PORTO**

**O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: O
CASO DOS AJUSTES DIRETOS**

Ermelinda Cristina Damas da Silva Alves

Orientador: Professor Henrique José Curado Mendes Teixeira

Porto, 25 de janeiro de 2021

Resumo

O Código dos Contratos Públicos define que os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação, devem ser observados na formação e execução dos contratos públicos.

O referido código tem como propósito a introdução de uma maior celeridade e rigor na execução de contratos administrativos, assim como, assegurar uma maior transparência e integridade no controlo da despesa pública, imputando uma maior responsabilização aos agentes públicos e privados envolvidos assegurando assim o cumprimento dos princípios da contratação pública.

Ao longo do trabalho serão estudados alguns aspetos considerados essenciais quando se aborda o princípio da transparência no âmbito da contratação pública, de forma a avaliar a sua aplicabilidade ao Código dos Contratos Públicos. Mais concretamente, procurar-se-á analisar e perceber como se consubstancia na prática um princípio vertido no CCP, em particular sobre o procedimento pré-contratual do Ajuste Direto.

Será ainda abordada uma análise à informação disponibilizada no Portal dos contratos públicos tentando estabelecer a relação entre os ajustes diretos realizados e a concretização ou não do princípio da transparência através das publicações efetuadas neste portal.

A transparência é atualmente um dos princípios elementares da administração pública, nomeadamente, através das informações que são disponibilizadas ao público. Promover a transparência passa por dar acesso aos cidadãos a informações que lhes permita verificar como as suas contribuições são gastas. Nesse sentido, uma das iniciativas do Governo foi criar o Portal Base.gov.pt, sítio da Internet onde todas as entidades públicas têm a obrigação de proceder à publicação dos contratos públicos, tópico que também será desenvolvido.

Palavras-chave: Princípio da Transparência, Contratação Pública, Ajuste direto, Portal Base.gov.pt.

Abstract

The Public Contracts Code defines that the competition principles, of advertising and transparency, of equal treatment and non-discrimination, should be observed in the elaboration and execution of the public contracts.

The purpose of the referred code is the introduction of a swift and rigorous way in the execution of the administrative contracts, as well as to ensure more transparency and integrity in the public expenditure control, attributing a greater accountability to the public and private agents involved, ensuring the compliance with the public procurement principles.

In the course of the work, some aspects considered essential will be studied when addressing the principle of transparency in public procurement, in order to assess its applicability to the Public Procurement Code. More specifically, an attempt will be made to analyze and understand how a principle enshrined in the CCP is translated into practice, in particular regarding the pre-contractual procedure of Direct Adjustment.

Moreover, an analysis on the information made available on the public procurement portal will be made, trying to establish the relationship between the direct adjustments made and the implementation, or not, of the transparency principle through the publications made on this portal.

Transparency is currently one of the basic principles of public administration, namely through the information that is made available to the public. Promoting transparency means giving citizens access to information to check how their contributions are spent. In this sense, one of the Government's initiatives was to create the Portal Base.gov.pt, an Internet site where all public entities have the obligation to publish public contracts, a topic that will also be developed.

Keywords: Transparency Principle, Public Procurement, Direct award, Base.gov.pt. Portal

Resumen

El Código de Contratos Públicos define que los principios de competencia, de publicidad y transparencia, de igualdad de trato y no discriminación, deben ser observados en la elaboración y ejecución de los contratos públicos

La finalidad del referido código es la introducción de una forma ágil y rigurosa en la ejecución de los contratos administrativos, así como asegurar una mayor transparencia e integridad en el control del gasto público, atribuyendo una mayor rendición de cuentas a los agentes públicos y privados involucrados, velar por el cumplimiento de los principios de contratación pública.

En el transcurso del trabajo se estudiarán algunos aspectos que se consideran imprescindibles a la hora de abordar el principio de transparencia en la contratación pública, con el fin de evaluar su aplicabilidad al Código de Contratación Pública. Más concretamente, se intentará analizar y comprender cómo se traduce en la práctica un principio consagrado en la CCP, en particular en lo que respecta al procedimiento precontractual de Ajuste Directo.

Además, se realizará un análisis de la información puesta a disposición en el portal de contratación pública, intentando establecer la relación entre los ajustes directos realizados y la implementación, o no, del principio de transparencia a través de las publicaciones realizadas en este portal.

La transparencia es actualmente uno de los principios básicos de la administración pública, es decir, a través de la información que se pone a disposición del público. Promover la transparencia significa dar a los ciudadanos acceso a la información para comprobar cómo se gastan sus contribuciones. En este sentido, una de las iniciativas del Gobierno fue la creación del Portal Base.gov.pt, un sitio de Internet donde todas las entidades públicas tienen la obligación de publicar los contratos públicos, tema que también se desarrollará.

Palabras clave: Principio de transparencia, Contratación pública, Adjudicación directa, Base.gov.pt. Portal

Agradecimentos

À minha família, pela força e motivação.

Ao meu orientador Professor Henrique Curado, pelo seu tempo e confiança transmitida.

Obrigada por não me deixarem desistir.

Lista de abreviaturas e Siglas

CCP – Código dos Contratos Públicos

CPA – Código de Procedimentos Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

IMPIC – Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção

Art.º - Artigo

DC – Diretiva Comunitária

CPV - Sistema único de classificação aplicável aos contratos públicos

ADS – Ajuste direto simplificado

OGP - Open Government Partnership

Índice

Introdução.....	1
Metodologia.....	4
Capítulo I.....	6
1. O Princípio da Transparência.....	6
1.1. Transparência.....	6
1.2. O Princípio da Transparência no Código dos Contratos Públicos.....	10
Capítulo II.....	15
1. O Código dos Contratos Públicos.....	15
1.1. Enquadramento Geral.....	15
1.2. Modalidades de Contratação.....	17
1.3. Ajuste Direto.....	19
1.3.1. Critério Valor versus Critério Material.....	20
1.3.2. O Dever de Fundamentação.....	27
1.4. Ajuste Direto Geral e Ajuste Direto Simplificado.....	30
1.5. Ajuste Direto – Decreto-Lei n.º 10/A/2020 de 13 de março.....	33
Capítulo III.....	38
1. O Portal dos Contratos Públicos.....	38
1.1. O Portal Base.....	38
1.2. A Informação disponibilizada no Portal Base.....	39
1.3. O princípio da transparência aplicado ao Portal Base.....	41
1.4. Dados publicados no Portal Base.....	44
1.4.1 - Distribuição dos Contratos por tipo de procedimento.....	45
1.4.2 - Fundamentação dos Ajustes Diretos.....	49
Capítulo IV.....	55
1. Proposta de alterações ao Código dos Contratos Públicos (CCP).....	55
Conclusão.....	62
Referências biográficas.....	68
Legislação.....	70
Jurisprudência.....	71

Introdução

Na conjuntura atual, em que o acesso à informação se torna essencial para uma boa governação, o princípio da transparência é transversal a toda a administração pública e representa um princípio fundamental para uma contratação pública de qualidade.

O princípio da transparência tem diversas implicações na forma como o procedimento pré-contratual é desenvolvido, nomeadamente exige que as decisões de contratação tomadas pelo adjudicatário sejam devidamente fundamentadas. Nessa linha de orientação a transparência aparece aliada à necessidade da publicitação dos procedimentos contratuais, de forma a que estes sejam acessíveis a todas as entidades eventualmente interessadas.

A formação dos contratos pode ser efetuada com recurso a vários tipos de procedimentos, mas este trabalho vai ter como foco principal o procedimento do Ajusto Direto, porque sendo este um procedimento efetuado por convite apenas a uma entidade, torna-se pertinente questionar e perceber como a sua tramitação reflete a transparência a que está sujeita por aplicação do código dos contratos públicos.

Considerando a evolução das novas tecnologias de informação e comunicação, surgiu a Plataforma eletrónica o “Portal Base” como uma medida do Governo Português para realizar o controlo aos contratos públicos. Este Portal surge assim, como o Portal das contratações públicas, onde todas as entidades têm a obrigação de publicar os contratos realizados ao abrigo do Código dos Contratos Públicos (CCP).

O facto de a informação sobre contratos públicos ser disponibilizada num único local, acessível a todos os interessados, vem permitir que se possa fazer uma análise aos contratos públicos efetuados pela administração pública. No âmbito deste trabalho, será efetuada uma análise à informação disponibilizada no Portal Base assim como aos relatórios anuais de contratação pública, elaborados pelo Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção - IMPIC.

O atual CCP, estabelece o regime jurídico de realização de despesas públicas e da contratação pública, com o propósito do estabelecimento da disciplina aplicável à contratação pública, motivado pela necessidade de uniformização de regras dispersas, de simplificação procedimental e de modernização legislativa. O CCP visa o cumprimento das obrigações comunitárias, procurando concretizá-la em sintonia com a prática portuguesa com os necessários ajustamentos. Visa também a regulação de todos os procedimentos que não se encontram abrangidos pelos âmbitos, objetivo e subjetivo das diretivas. Por outro lado, estabelece ainda uma linha de continuidade relativamente aos principais regimes jurídicos atualmente em vigor, para garantir segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos.

O CCP no seu art.º 16.º prevê os procedimentos que podem ser adotados para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à

concorrência de mercado, nomeadamente: Ajuste direto, Consulta Prévia, Concurso Público, Concurso Limitado por Prévia Qualificação, Procedimento de Negociação, Diálogo Concorrencial e Parceria para a Inovação.

O ajuste direto sendo um dos procedimentos previstos no CCP, tem a particularidade de ser um *“procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta”*, conforme disposto no n.º 2 do art.º 112 do CCP. Da noção transmitida pelo n.º 2 do artigo 112 do CCP, advém que *“o ajuste direto ocorre quando uma entidade é escolhida independentemente de concurso”*. (Silva J. A., 2018a)

Ao contrário da Consulta Prévia onde ainda se pode afirmar haver concurso, embora limitado às entidades convidadas, o mesmo não sucede no ajuste direto pois a adjudicação não é produto de um procedimento concorrencial regulamentado para aquele objetivo. Daqui decorre que a *“entidade adjudicante nem sequer publicita a sua intenção de celebrar um contrato a fim de propiciar o aparecimento interessado nessa contratação”*. (Silva J. A., 2018a)

É pelo fato de se considerar não haver procedimento concorrencial que o princípio da transparência tem um papel relevante no seio dos procedimentos pré-contratuais públicos, pois reside aí a garantia de que os eventuais atentados, às determinações da lei, *“virão à luz do dia, serão conhecidos dos interessados e não ficaram ocultos sob o manto do secretismo”*. (Oliveira & Oliveira, 2011)

A noção de Transparência é definida por Silva, como a *“possibilidade do fácil acesso por parte de todos os potenciais interessados à informação e ao conhecimento dos elementos e atos respeitantes a um procedimento administrativo, em total situação de igualdade”*. (Silva J. A., 2018b)

O princípio da transparência tem ganho ao longo dos anos notoriedade, para a qual contribuiu a transposição de normas internacionais. Uma das diretivas comunitárias, a DC 2014/24/EU, no seu ponto 1 enumera como princípios gerais de Direito da União Europeia os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. O princípio da transparência é assim reconhecido como um princípio fundamental da contratação pública, importância que advém certamente do relevo que, nesta matéria, se lhe reconhece nas diretivas e jurisprudência comunitária.

Este princípio é reconhecido por vários autores como *“dispositivamente inscrito no nosso ordenamento jurídico, permitindo assim a sanção autónoma de violações suas legalmente inominadas”*. (Almeida V., 2008)

Um meio para promover a concorrência passa por uma publicidade adequada aos procedimentos de forma a fomentar a concorrência. Na contratação pública o princípio da transparência aparece assim associado ao princípio da publicidade *“e pretende significar que as condições essenciais inerentes ao contrato, incluindo os critérios de adjudicação, devem estar expressa e cabalmente previstos em momento prévio ao início do procedimento, permitindo aos eventuais interessados*

ter conhecimento antecipado das regras de jogo e apurar se a participação no procedimento efetivamente é do seu interesse”. (Pereira, 2013)

A exigência de publicidade impõe que sejam dados a conhecer, a todos os potenciais interessados os elementos fundamentais dos procedimentos adjudicatórios com vista a proporcionar uma maior concorrência. Assim, uma manifestação da transparência é a exigência de publicidade e de comunicação aos candidatos ou concorrentes de informações que possam ter relevo no desenvolvimento ou conclusão do procedimento contratual. Pretende-se uma atuação clara por parte das entidades adjudicantes para que os interessados saibam quais e como os procedimentos estão a decorrer. “Entidades adjudicantes e procedimentos adjudicatórios transparentes são portantes a chave de um mercado são e eficiente da contratação pública”. (Oliveira & Oliveira, 2011)

A associação de transparência à publicidade é reconhecida também por Rodrigo Esteves de Oliveira em Estudos da Contratação Pública, (citado pelo STA, em 2013) e refere que

“no contexto da contratação pública, a transparência implica, desde logo, um dever de publicitação adequada da intenção de contratar por partes das entidades adjudicantes e das condições essenciais do contrato, para permitir que quem nisso tenha 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 surpresas 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 fatores 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 tribunais, e de modo também a permitir aos interessados uma correta formação da sua vontade de concorrer (ou não) e a adoção de uma estratégia concorrencial informal e consciente.... Em quarto lugar, o princípio da transparência reclama a existência de meios destinados a controlar a legitimidade das decisões procedimentares, como a fundamentação dos atos administrativos e a audiência prévia” (Acórdão de 19/03/2013, 2013)

No âmbito da reforma da contratação pública em 2008, o Governo previu a criação de “*um portal único da internet dedicado aos contratos públicos*” que tem como principais objetivos os princípios da transparência, da igualdade, da concorrência e da simplicidade. Para atingir estes objetivos está em causa a desmaterialização dos procedimentos, de forma a aumentar a celeridade processual. O Portal Base, surge assim como um sítio na Internet onde são publicados obrigatoriamente todos os contratos públicos, de forma a que a informação seja acessível a

todos os interessados. O CCP atribui uma importância elevada ao Portal na medida em que só reconhece a eficácia dos contratos públicos após a publicação dos mesmos no Portal, n.º 3 do art.º 127 do CCP.

O Portal Base permite a todos os cidadãos interessados consultar informação geral sobre os contratos realizados. O tipo de informação disponibilizada no Portal refere-se ao objeto do contrato, ao tipo de procedimento, ao tipo de contrato realizado, à entidade adjudicante e adjudicatária, ao preço contratual, à fundamentação, entre outros dados disponíveis. Para mais facilmente se aceder aos dados do Portal, aos quais o cidadão mostre interesse e considere relevantes, é disponibilizado um campo de pesquisa, para facilitar o acesso.

O uso obrigatório do Portal Base, para todos os órgãos e serviços da Administração Pública, fez com que este assumisse um papel relevante em sede de transparência e prestação de contas, designadamente pelo seu livre acesso, permitindo a elaboração de análises que de outro modo não seriam passíveis de serem realizadas, pelo menos nos mesmos moldes, com as quais o conhecimento concreto sobre a contratação pública em Portugal é certamente maior, permitindo uma decisão mais informada aquando do desenho de políticas públicas. (IMPIC, Relatório Anual da Contratação Pública 2017, 2018b)

Consideramos que o Portal Base é uma tentativa do Governo de promover o princípio da transparência na contratação pública na medida em que vai ao encontro de um outro princípio do código do procedimento administrativo, o princípio da administração eletrónica que define “*os órgão e serviços da Administração Pública deve utilizar meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativa e a proximidade com os interessados.*”, art.º 14.º do CPA.

Metodologia

Considerando que o tema tem uma base legislativa muito representativa, nomeadamente o Código dos Contratos Públicos, é feito um estudo analítico ao tema recorrendo à lei e a literatura conexa que permitirá o enquadramento teórico. A análise à bibliografia sobre a Contratação Pública e o Princípio da Transparência, será a base da fundamentação teórica para responder à pergunta: ‘Como é que o Princípio da Transparência se reflete nos Ajustes Diretos?’

Será empreendido uma análise crítico-reflexiva aos dados publicados no Portal Base de forma a aferir a sua contribuição para a Transparência na Contratação Pública, em particular nos Ajustes Diretos. O critério de escolha da entidade selecionada tem como base o pressuposto que esta amostra é bastante representativa a nível geográfico e considerando as influências na economia local.

A fonte dos dados a analisar será a informação disponibilizada no Portal Base, considerando que o mesmo é de uso obrigatório para todos os órgãos e serviços da Administração Pública, parte-se do pressuposto que estes dados são bastantes representativos dos contratos públicos celebrados em Portugal. Serão selecionados os dados dos dois últimos anos completos de forma a podermos comparar períodos idênticos e verificar se houve aumento do recurso aos ajustes diretos.

Capítulo I

1. O Princípio da Transparência

1.1. Transparência

“Transparência nf 1qualidade do que é transparente 2 fenómeno pelo qual os raios luminosos visíveis são observados através de certa de certas substâncias 3 acetato”, definição do Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Editora, Porto, 2014.

A noção de transparência é utilizada em sentido figurado para fazer alusão à característica de uma pessoa, que nada tem a esconder, que nada oculta, que se mostra tal como é. Na mesma linha uma empresa ou organização transparente é aquela que torna pública a sua informação. Assim, o termo transparência indica característica ou qualidade do que é transparente, que se pode ver através de, é evidente ou que se deixa transparecer. Trata-se de um adjetivo que serve para caracterizar uma qualidade.

Por ser um termo polissémico a palavra transparência assume vários significados como qualidade do que é transparente, qualidade de transmitir a verdade sem a adulterar, qualidade de quem nada tem a esconder e que pode vir a público. Temos como exemplo o acetado que é considerado transparente porque deixa passar a luz.

O conceito de transparência também não é novo enquanto qualidade da atuação da administração pública. Alias cada vez mais é reconhecida e facilmente perceptível que, para a Administração Pública, a ideia de transparência comporta um sentido mais intenso ao ponto de ser frequente em nome desta exigir-se um determinado tipo de conduta e impor-lhes um conjunto de sujeições na medida em que as entidades visão a prossecução do interesse público. Ora a prossecução do interesse público implica por sua vez o dever de uma boa administração e o prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível, assim como o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos o que implica que a administração pública tem de praticar atos que sejam transparentes.

Assim, nos tempos atuais é cada vez mais frequente ouvirmos falar da transparência dos poderes públicos de forma a garantir preventivamente a imparcialidade da administração pública. e darem de si mesma uma imagem de objetividade projetando para o exterior um sentimento de confiança. Neste enquadramento temos o artigo 5.º do Código da Administração Pública (CPA) que prevê o princípio da boa administração pública no sentido de exigir que a atividade administrativa deve ser apta a atingir os objetivos que lhe cabe prosseguir. Assim boa gestão

implica eficiência da Administração Pública e nos tempos que correm, toda a gente está a favor e reclama que para ser eficiente a administração pública tem de ser transparente.

Portugal orientado para a política de Governo aberto aderiu ao Open Government Partnership (OGP), e criou um Plano Nacional de Administração Aberta, ajustando-se ao objetivo global da OGP, tornar os Governos aderentes mais abertos, responsáveis e inclusivos relativamente aos cidadãos, promovendo os princípios de transparência, integridade e responsabilidade que são considerados nucleares na prevenção eficaz e combate à corrupção.

A Transparência e Integridade, Associação Cívica (TI-PT), elaborou o documento “Contributos para o I Plano Nacional de Administração Aberta e definiu transparência como:

“São transparentes os governos, empresas, organizações e indivíduos que são totalmente abertos na divulgação de informações, regras, planos, processos e ações. Para efeito, e de acordo com o princípio da transparência, dirigentes políticos, funcionários e gestores públicos, administradores e diretores de empresas e organizações, bem como consultores ao seu serviço, têm o dever de agir de forma visível, previsível e compreensível para promover a participação e a prestação de contas e permitir que todos quantos assim o desejem facilmente acedam a esta e percebam facilmente quais as ações que estão a ser executadas.” (Transparência e Integridade, 2018)

O acesso à informação e os mecanismos do Governo Aberto, são uma nova forma de os cidadãos terem acesso simplificado à informação e às ferramentas necessárias para transformar essa informação em conhecimento. Governo Aberto significa, assim em termos gerais, um Governo transparente e acessível em qualquer local e em qualquer hora. Uma boa política de Governo Aberto é crucial para tornar as atividades governamentais mais abertas e próximas dos cidadãos assim como mais transparentes.

Temos assim que uma das preocupações do Governo é a de promover a transparência. Uma administração pública transparente é aquela que funciona de maneira aberta promovendo medidas que permite aos cidadãos acesso às informações sobre gestão pública. Transparência é, portanto, o que permite a qualquer cidadão saber onde, como e porque é que o dinheiro público está a ser gasto.

Uma das medidas implementadas para promover cada vez mais a transparência na Administração Pública, foi a criação de Portais da Transparência ligados a várias organizações públicas, acessíveis a todos os cidadãos, que trazem, em linguagem simples, dados e informações detalhadas sobre a aplicação dos recursos públicos.

Temos como exemplo o Portal Dados.gov – Portal de dados abertos da administração pública (<https://dados.gov.pt>) que representa a partilha de dados abertos, dados que qualquer pessoa pode aceder, utilizar, modificar e partilhar, para qualquer propósito. “O movimento dos dados abertos, que é parte integral das políticas dedicadas ao Governo Aberto (Open Government),

combina os princípios da transparência, participação e colaboração, assim como o potencial de desenvolvimento económico que o digital trouxe.”

O Portal da Transparência Municipal (<https://www.portalmunicipal.gov.pt>) é outro portal que tem como objetivo promover a transparência, este na área dos municípios, nomeadamente nas áreas de receitas e despesas municipais, competitividade económica, serviços públicos, sustentabilidade financeira. *“O portal da transparência municipal é uma ferramenta onde, a partir de agora todos estes dados estão à disposição dos cidadãos. O que é que quer saber sobre o seu município?”*

O Serviço Nacional de Saúde também disponibiliza o Portal da Transparência (<https://www.sns.gov.pt/transparencia>) que representa uma mudança de paradigma na forma como a informação de saúde é partilhada com o cidadão. *“Numa lógica de dados abertos pretende-se reforçar o empenho e o compromisso no rigor e na transparência da informação, divulgando dados sobre acesso, qualidade e eficiência do SNS. De uma forma simples e rápida o utilizador poderá usufruir destas funcionalidades.”*

Mas transparência é mais do que publicitar os dados num portal. O conceito de transparência é mais amplo do que o conceito de publicidade, pois por si só publicitar as informações não significa transparência, pois a publicação de informações extremamente técnicas, como documentos financeiros, não garante, por si só a transparência, se os cidadãos não compreenderem efetivamente essas informações e não puderem fazer uso delas. É preciso que os dados sejam publicados em linguagem simples e compreensível a qualquer cidadão, assim como se torna necessário que os cidadãos sejam capazes de entender e interpretar as informações disponibilizadas.

A transparência enquanto qualidade de atuação da administração pública em geral, aparece mencionado em vários diplomas legais, nomeadamente:

- Na Lei do Enquadramento Orçamental aprovada pela Lei n.º 91/2001 de 20 de agosto, na sua versão mais recente, 9.º alterada pela Lei 41/2014, de 10 de julho, que no seu art.º 10.º-C, estabelece que a aprovação e a execução dos orçamentos dos subsectores que constituem o setor público administrativo “estão sujeitas ao princípio da estabilidade orçamental.” Este diploma estabelece a regra da transparência orçamental em Portugal, que obriga as entidades públicas a melhorarem qualitativamente a informação que devem prestar ao cidadão, de forma a garantir informação fidedigna de como cada um está a executar o seu próprio orçamento. Visa criar condições para executar o orçamento com eficiência e eficácia e permite criar condições para um controlo efetivo de eventuais desvios.
- O novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) introduz um artigo novo, artigo 14.º - Princípios aplicáveis à administração eletrónica, dedicado aos meios eletrónicos com vista à modernização e atualização por parte das entidades públicas onde contempla alusões expressas à ideia de transparência. Aqui mais uma vez se tenta promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os

interessados, aparecendo no contexto específico da administração eletrónica e figurando como um fim a alcançar por via da utilização de meios eletrónicos. Também no artigo 201.º - Procedimentos Pré Contratuais, do CPA refere que à formação dos contratos que estejam sujeitos à concorrência do mercado são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência. Nota-se que este artigo alia a transparência à igualdade de tratamento entre os concorrentes de forma a que todos os interessados tenham acesso às mesmas informações e concorram em pré de igualdade.

- O Regime Financeiro das Autarquias Locais e da Entidades Intermunicipais, aprovado pela Lei n.º 73/2013 de 3 de setembro na sua versão mais recente, 12.º alterada pela Lei 71/2018, de 31 de dezembro determina que toda a atividade financeira das Autarquias Locais está sujeita, entre outros, ao Princípio da Transparência, alínea d) n.º 1 do art.º 3º. Este princípio traduz num dever de informação entre as Autarquias Locais, o Estado e os cidadãos em geral, de forma a garantir de forma acessível e rigorosa a informação sobre a sua situação financeira. A participação ativa e informada dos cidadãos no poder local é fulcral para o desenvolvimento da democracia
- A Lei de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, aprovado pela Lei n.º 26/2016 de 21 de agosto, na sua versão mais recente atualizado pela Lei 58/2019 de 08 de agosto, aprova o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos. O acesso e a reutilização dos documentos administrativos são assegurados de acordo com os princípios da administração aberta em que a *“informação pública relevante para garantir a transparência da atividade administrativa, designadamente a relacionada com o funcionamento e controlo da atividade pública, é divulgada ativamente, de forma periódica e atualizada, pelos respetivos órgãos e entidades”*, art.º 2.º, n.º 2.
- A Constituição da República Portuguesa no seu artigo 268.º consagra o princípio da administração aberta que permite aos cidadãos terem o direito de serem informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas assim como o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas. Ora o acesso à informação administrativa é considerado como um pilar da transparência administrativa, conforme referido pelo Tribunal Constitucional, no âmbito do Acórdão n.º 117/2015, de 12 de fevereiro “A aplicabilidade às empresas do setor público do princípio do arquivo aberto consagrado n.º 2 do artigo 268.º da CRP, impondo a publicidade e transparência das diversas formas de atuação, constitui um instrumento de garantia do respeito pela vinculação aos princípios da prossecução do interesse público, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa fé e pela vinculação especial aos

preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias dotados de aplicabilidade direta. (Acórdão n.º 117/2015, 2015)

- O Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua versão mais recente 14.º, atualizada pelo Decreto Lei n.º 33/2018, de 15/05, define no n.º 1 do art.º 1-A do Código dos Contratos Públicos que “...os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação”, devem ser observados na formação e execução dos contratos públicos.

Consideramos que a palavra transparência já entrou no nosso quotidiano e que veio para ficar pois cada vez mais é frequente vê-la referida, quer nas relações entre pessoas, quer nas relações entre empresas ou organizações. A transparência ganhou um relevo tal que o desrespeito pelas exigências da transparência a nível organizacional pode ter consequências a nível pessoal, profissional e mesmo económico.

1.2. O Princípio da Transparência no Código dos Contratos Públicos

O princípio da transparência tem ganho ao longo dos anos notoriedade, para a qual contribuiu a transposição de normas internacionais. O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto que alterou e republicou o CCP, transpôs para o direito interno as diretivas comunitárias referentes à contratação pública então vigentes. Uma das diretivas comunitárias, a DC 2014/24/EU, no seu ponto 1 enumera os princípios gerais de Direito da União Europeia, aplicáveis à contratação pública, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Estes princípios encontram-se, atualmente inscritos no artigo 1.ºA – Princípios do Código do Contratos Públicos do CCP, sendo o princípio da transparência reconhecido como um princípio fundamental da contratação pública.

No entanto o princípio da transparência não é de todo novo em matéria de Contratação Pública, pois já aparecia referido no regime anterior aprovado pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho que estabelecia o regime de realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública, e refere no n.º 1 do artigo 8.º “*O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura*”. O princípio da transparência aparece assim como uma manifestação resultante da exigência de os critérios de adjudicação estarem definidos previamente à data de abertura do procedimento, assim como as condições essenciais do contrato a celebrar devem ser do conhecimento de todos os interessados. (Bernardino, 2006)

O CCP aprovado em 2008 dispunha no n.º 4 do artigo n.º 1 que “*À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência*”,

princípios estes que foram considerados como “Princípios Gerais da Contratação Pública”. Este artigo enumerava os princípios *especialmente aplicáveis* à contratação pública, apesar de estes não serem os únicos princípios de atuação da Administração Pública. Com a entrada em vigor do novo CCP, este artigo foi revogado, dando lugar a um artigo novo (art.º 1-A), no qual se verificou um alargamento do leque dos “Princípios Gerais da Contratação Pública” mantendo-se, no entanto, o Princípio da Transparência como um princípio especialmente aplicável.

“Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação.”

O início do artigo refere que quer na fase da formação quer na fase de execução dos contratos públicos, estes estão subordinados aos princípios que regulam a atividade da Administração Pública em geral. Apesar desta referência e considerando a cadeia hierárquica das leis, os princípios constantes da Constituição e dos Tratados, são sempre aplicáveis aos contratos públicos. Refere ainda o artigo que são de aplicar em *especial* os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, *bem como* os princípios da concorrência da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação. Podemos daqui depreender que apesar de poderem ser referenciados outros princípios estes foram considerados especialmente aplicáveis à contratação pública. Daqui advém que no domínio da contratação pública a aplicação de alguns desses princípios são relevantes e *“evidência de modo particularmente pertinente, podendo mesmo dizer-se que, relativamente a alguns deles, são princípios que têm a sua aplicação, senão de modo exclusivo, ao menos particularmente acentuada no domínio dos procedimentos adjudicatórios e da execução de contratos público”*. (Silva J. A., 2013)

Podemos assim dizer que todas as Entidades que estejam interessadas em lançar um procedimento, estão sujeitas a estes princípios, de forma a que sejam cumpridos todos os requisitos legais da contratação pública.

Sendo o princípio da transparência um dos princípios elencados no Código dos Contratos Públicos, depreende-se que este se aplica transversalmente às diferentes fases do ciclo contratual, conforme podemos depreender do artigo 1.º-A *“na formação e execução dos contratos públicos”*. De forma a que o procedimento seja conduzido de forma transparente, ou seja, da aplicação direta do artigo 1.º-A temos que todas as fases do procedimento devem ser efetuadas numa lógica e fundamentada explicação, evitando assim más interpretações das decisões tomadas no decorrer do procedimento.

De uma forma geral podemos afirmar que à contratação pública são de aplicar os princípios para uma correta gestão dos procedimentos. Nomeadamente o princípio da transparência é

impulsionado pela desmaterialização integral e impreterível dos procedimentos que conjugado com o princípio da concorrência reforça os mecanismos que permitam uma leal concorrência dentro do próprio procedimento promovendo a igualdade em que está subjacente a participação dos interessados no procedimento, garantindo que os eventuais atentados às determinações da lei e aos princípios da concorrência e da igualdade que ocorrem serão do conhecimento dos interessados.

O CCP faz referência aos princípios, para orientar a entidade adjudicante a seguir uma linha de raciocínio legal e eficaz durante o procedimento. Mas a referência aos princípios não se concentra apenas num artigo, nem por vezes há uma referência direta a eles, o que não implica que mesmo sem referência direta não seja de aplicar os princípios de forma a garantir transparência do procedimento.

Uma das referências ao princípio da transparência vem expresso no artigo 130.º e 131.º que implica a obrigação de publicitação de anúncio, por parte da entidade adjudicante, quanto à intenção de contratar. A publicação de anúncios de abertura de procedimentos dos concursos a nível nacional, que dependendo do valor do procedimento, pode ser efetuado no Diário da República e também no Jornal Oficial da União Europeia leva ao conhecimento dos potenciais interessados que uma determinada pessoa coletiva de direito público pretende celebrar um contrato público. Mas esta publicação está sujeita a regras pois tem de conter um número mínimo de elementos informativos do contrato a celebrar, de forma a que os potenciais interessados possam recolher as informações necessárias para decidir sobre a sua candidatura a celebração do contrato. Esta obrigação de publicação viabiliza assim um “procedimento transparente e respeitador da igualdade de todos os potenciais concorrentes ao contrato”. (Silva J. A., 2018a)

A publicidade tem uma dimensão interna, a notificação dos participantes e uma dimensão externa, os anúncios relacionando-se com a procura e divulgação do parceiro contratual da entidade adjudicante

O princípio da transparência também se manifesta na abertura do procedimento, na medida em que todas as condições essenciais do contrato devem estar definidas para que se possa dar a conhecer, a todos os interessados no procedimento, quais as condições que resultam do contrato. Através do artigo 38.º do CCP podemos observar o efeito deste princípio no que diz respeito à escolha do procedimento a adotar para a contratação em causa e ao dever de fundamentação da decisão de contratar, já o artigo 49.º refere especificamente um conjunto de exigências relativas às especificações técnicas admissíveis no caderno de encargos, que a não serem cumpridas podem invalidar o procedimento.

O acesso aos documentos que integram o processo de adjudicação nomeadamente por aplicação do artigo 147.º é também uma manifestação da transparência na medida em que o júri ao enviar o relatório preliminar a todos os concorrentes, promove o princípio da transparência no procedimento promovendo também a igualdade entre os operadores económicos. Um dos documentos essenciais do contrato público é o caderno de encargos, onde são incluídas as cláusulas do contrato a celebrar. Ora quando um procedimento é celebrado por ajuste direto,

este documento só é acessível apenas à entidade convidada, pois não é de divulgação obrigatória, situação onde poderá ser posta em causa a igualdade entre os operadores económicos.

A introdução de medidas de transparência na contratação pública é um instrumento de garantia de ausência ou minimização de risco de arbitrariedade, associada a preocupações relacionadas com o risco de corrupção.

Um dos instrumentos defendidos na diretiva comunitária DC 2014/24/EU e transposto para o Código dos Contratos Públicos é o dever de fundamentação que assume importância relevante no combate à corrupção. A procura de um mercado com melhores recursos financeiros impõe que se procure as melhores propostas para cada necessidade. O dever de fundamentação das propostas por parte das entidades adjudicantes tem como função específica a proteção da concorrência na medida em que permite aferir o cumprimento do dever formal e como se desenrolou o processo de decisão de contratar o bem ou serviço em causa. *“..a fundamentação através da demonstração do preenchimento dos pressupostos legais, servirá de sustentação a soluções que favorecem a concorrência ou que não a colocam em causa”* cumprindo ainda *“uma função ancilar fundamental em contratação pública que é a da transparência das decisões procedimentais.”* (Carvalho R. , 2019b)

O dever da fundamentação de decisões das entidades adjudicantes aparece com um elemento importante no decorrer dos procedimentos de formação dos contratos considerando-se mesmo que atinge *“uma dimensão essencial da transparência administrativa”*. (Gonçalves P. C., 2020a)

A transparência das decisões assim como a aplicação do princípio da imparcialidade na hora da decisão também é defendida por Margarida Olazabal Cabal (citada por Marta Lopes, 2017) que refere *“É necessário não só assegurar que seja efetivamente escolhido o melhor, mas igualmente garantir que toda a comunidade acredite que foi feita uma boa escolha, baseada apenas no interesse público e sem a interferência de quaisquer outros fatores estranhos.”* . (Lopes, 2017)

A introdução de medidas de transparência na contratação pública é um instrumento de garantia de ausência ou minimização de risco de arbitrariedade, associada a preocupações relacionadas com o risco de corrupção.

A adoção de medidas de transparência visa preservar a integridade do sistema de contratação pública recorrendo a normas gerais e a medidas de proteção específicas que devem ser aplicadas a todo o ciclo do respetivo processo de contratação.

Estas medidas tais como as normas em matéria da gestão de conflitos de interesse, divulgação de informações ou outras normas de comportamento profissional, podem ser reforçadas através de pactos de integridade. Os instrumentos gerais de integridade do setor público devem ser adaptados aos riscos específicos do ciclo de contratação pública. À transparência alia-se assim o princípio de integridade que conforme reconhece o autor Pedro Costa Gonçalves no livro Direto dos Contratos Públicos *“Fala-se neste âmbito de um princípio de integridade na contratação pública, assente na promoção da transparência e da boa gestão pública, na prevenção de*

conflitos de interesses e na luta contra a corrupção e outros crimes associados à contratação pública.” (Gonçalves P. C., 2020a)

Quando falamos de contratos públicos sabemos que estes devem respeitar o princípio da imparcialidade, da concorrência e da transparência, mas quando está em causa contratos celebrados por ajustes diretos, em que é convidada apenas uma entidade escolhida pelo adjudicatário fica no ar a dúvida de como comprovar se houve violação destes princípios. Matéria esta que já tem sido questionada por alguns autores:

“Como pode haver imparcialidade se os cidadãos não conhecem se numa adjudicação direta não houve outras propostas, quais foram e porque razão foram preteridas? Como pode haver concorrência leal e aberta (um facto crucial numa economia de mercado completamente desenvolvida) num contexto de opacidade de proponentes? Como pode haver transparência se, nos ajustes diretos, as outras propostas não são publicamente conhecidas? Sem conhecer os outros proponentes como garantir que as entidades adjudicantes devem assegurar, na sua formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género?”
(Martins, 2019)

Sobre a violação dos princípios da concorrência, igualdade e transparência o Tribunal de Contas no acórdão n.º 11/2013 esclarece que:

*“Na pressuposição de que o ajuste direto seria forma válida para contratar no caso em apreço, que não é o caso como se referiu por inexistência de fundamento bastante para tanto, importa referir que o artigo 112º do CCP estabelece a possibilidade da entidade adjudicante poder convidar uma ou várias entidades à sua escolha para apresentar propostas. Esse o princípio geral. No âmbito de um procedimento de ajuste direto, formal e substancialmente válido, o facto de a entidade adjudicante não formular convites múltiplos (a mais do que uma entidade) **só por si não é razão para se evidenciar uma violação do princípio da concorrência.**”*

Acrescentando ainda que *“Na medida em que, ab initio, o procedimento escolhido de ajuste direto se funde em razões válidas e justificadas, cumprindo os pressupostos legais, (o que não foi o caso) então pode a entidade adjudicante, porque sustentado em razões legalmente pré-estabelecidas, enveredar pela escolha a uma única entidade.”* (Acórdão n.º 11/2013, 2013)

O Tribunal de contas defende assim que a escolha de ajuste direto, com convite a uma entidade desde que baseado em razões validas e justificadas e desde que cumpra os pressupostos legais, inerentes à contratação não viola o princípio da concorrência, igualdade e transparência.

Capítulo II

1. O Código dos Contratos Públicos

1.1. Enquadramento Geral

Em Portugal, o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, foi sofrendo ao longo dos anos várias alterações, sendo a mais recente a 16.º versão, atualizado pela Resolução da AR n.º 16/2020 de 19/03.¹

A 1 de janeiro de 2018 entrou em vigor uma revisão ao código dos contratos públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 de 31 de agosto. Esta revisão deveu-se essencialmente à necessidade de adaptar o regime português da contratação pública às exigências da União Europeia e transpor as diretivas comunitárias, nomeadamente a Diretiva n.º 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, a Diretiva n.º 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE, a Diretiva n.º 2014/25/UE referente aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva n.º 2004/17/CE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e ainda a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014 respeitante à faturação eletrónica nos contratos públicos. Além da transposição das diretivas estas alterações centram-se na procura da consagração de medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos e na adoção de medidas de transparência e boa gestão pública decorrentes das opções constantes do Programa do XXI Governo Constitucional e do Programa Nacional de Reformas, em matéria de contratação pública.

A Administração Pública visa a prossecução do interesse público que corresponde ao dever de uma boa gestão dos dinheiros públicas e a uma maior responsabilização de todos os intervenientes no processo. O Decreto-lei n.º 155/92 de 28 de julho, atualizado pelo Decreto-Lei n.º 84/2019 de 28 de junho, estabelece o Regime da Administração Financeira do Estado que procede à reforma orçamental e de contabilidade pública e visa a criação de bases para a modernização, eficiência e racionalidade, quer no que diz respeito à utilização e gestão dos dinheiros públicos, quer na articulação dos meios materiais e humanos de toda a administração pública. Esta reforma implica assim a adoção de melhores soluções em matéria de realização das despesas públicas com o objetivo de melhorar a eficácia, eficiência e efetividade dos serviços públicos.

¹ Esta resolução em rigor não altera o CCP. O que procede é à determinação da cessação de vigência de vários diplomas que tinham introduzido alterações ao CCP.

O CCP estabelece o regime jurídico de realização de despesas públicas e da contratação pública, com o propósito do estabelecimento da disciplina aplicável à contratação pública, motivado pela necessidade de uniformização de regras dispersas, de simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos com vista ao aumento da eficiência da despesa pública e à promoção de um melhor e mais fácil acesso àqueles contratos por parte dos operadores económicos. O CCP através dos procedimentos de contratação pública, visa dotar as despesas públicas de uma maior simplificação, transparência e rapidez. As despesas públicas são realizadas através da execução do orçamento da despesa e pressupõe o cumprimento de uma série de princípios e normas de forma a promover a economia, eficiência e eficácia.

“Desta forma, todas as despesas de aquisição de bens, serviços e empreitadas de obras públicas, devem cumprir as regras de contratação pública, estabelecidas no CCP. Toda e qualquer despesa implica responsabilidade financeira, sendo que as decisões que determinem ou autorizem a realização de despesas, têm que ter cobertura orçamental e adequada classificação económica e de acordo com o Decreto-Lei n.º 26/2002, de 14 fevereiro – Códigos de Classificação Económica das Receitas e das Despesas Públicas, respeitando sempre os requisitos de economia, eficiência e eficácia, que levam à obtenção do máximo rendimento com o mínimo de dispêndio, tendo sempre em conta a utilidade e prioridade da despesa e o acréscimo de produtividade que daí irá decorrer.” (Teixeira, 2019)

O CCP visa também o cumprimento das obrigações comunitárias, exercendo em sintonia com a prática portuguesa com os necessários ajustamentos. Visa também a regulação de todos os procedimentos que não se encontram abrangidos pelos âmbitos, objetivo e subjetivo das diretivas. Por outro lado, estabelece ainda uma linha de continuidade relativamente aos principais regimes jurídicos atualmente em vigor, para garantir segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos.

Este Código tem como objetivo regular duas grandes matérias, a formação e a execução de contratos públicos, ou seja, por um lado, diz como é que os contratos públicos podem ser celebrados, estabelece as regras dos procedimentos que dão origem a um contrato público, e por outro lado, estabelece aspetos muito importantes da execução do contrato, nomeadamente as obrigações e os poderes das partes, o incumprimento, a modificação do contrato, entre outros.

A contratação pública está vinculada aos princípios gerais que regulam a atividade administrativa pública consagrados na Constituição da República Portuguesa e no Código do Procedimento Administrativo assim como aos princípios do Código dos Contratos Públicos, e a violação destes princípios são motivo de anulação do procedimento concursal.

O Supremo Tribunal Administrativo reconhece que “a Contratação Pública está submetida a princípios gerais de direito, estando uns legalmente consagrados, resultando outros do

ordenamento jurídico como um todo. Assim, encontramos princípios gerais de direito interno e comunitário (i. a.: igualdade, imparcialidade, concorrência), princípios específicos da realidade comunitária (v.g.: proibição da discriminação em razão da nacionalidade e reconhecimento mútuo) e, ainda, princípios específicos da realidade da contratação pública (v. g.: estabilidade das propostas, objetividade, publicidade, concorrência). Além destes princípios, aos procedimentos de adjudicação, designadamente aos previstos no Código dos Contratos Públicos, como atividade administrativa que é, aplicam-se também os princípios gerais da atividade administrativa previstos quer na Constituição (art.º 13º e art.º 266º n.º2, entre outros) quer no Código de Procedimento Administrativo (art.º 3º e ss.)” e deu como provado a violação do princípio da transparência e da concorrência considerando que as regras do Concurso em causa não foram claras e precisas de modo a que os interessados formassem uma vontade correta de concorrer, antes os induzindo em diferentes interpretações das regras do procedimento, assim influenciando o conteúdo das propostas apresentadas por uns e outros. (Acórdão de 19/03/2013, 2013)

1.2. Modalidades de Contratação

Os procedimentos que podem ser adotados para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, são: Ajuste Direto, Consulta Prévia, Concurso Público, Concurso Limitado por Prévia Qualificação, Procedimento de Negociação, Diálogo Concorrencial e Parceria para a Inovação, previstos no art.º 16.º do CCP. A entidade adjudicante tem assim que optar pela escolha de um destes procedimentos em detrimento dos outros. Considera-se que o n.º 1 do art.º 16.º “estabelece o princípio da tipicidade procedimental que contem uma dupla vertente de unicidade, para proceder à contratação pública, as entidades adjudicantes só podem escolher entre os procedimentos previstos neste preceito e por outro lado, só podem adotar um destes tipos de procedimentos, com exclusão de qualquer outro.” (Silva J. A., 2018a)

Com exceção do ajuste direto que será alvo de um desenvolvimento no tópico seguinte procedemos a uma breve caracterização dos procedimentos.

Concurso público é um procedimento concorrencial, dado a conhecer através de anúncio publicado no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia quando o valor do contrato a celebrar for superior aos limiares comunitários. Segundo Raquel Carvalho no livro Direito da Contratação Pública, o procedimento de Concurso público é o procedimento mais aberto a que todo e qualquer operador económico pode apresentar uma proposta, podendo ser escolhido, em regra para qualquer tipo de contrato. Existe duas modalidades a regular (artigo 130.º e seguintes) e a urgente (artigo 155.º e seguintes), relativas à celebração de contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente, ou de contratos de empreitada desde que se verifique cumulativamente as condições “o valor do

contrato a celebrar não exceda os limiares previstos no artigo 474.º, no caso de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, ou € 300.000, no caso de empreitada de obras públicas” e “o critério de adjudicação seja a do preço mais baixo”.

O procedimento de *Concurso limitado por prévia qualificação* apesar de estar sujeito às mesmas orientações do concurso público distingue-se deste, considerando que existe uma fase prévia de qualificação dos possíveis operadores económicos que podem ser opositores ao concurso.

O procedimento de *Consulta prévia* tem que *a entidade adjudicante convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspetos da execução do contrato a celebrar* (n.º 1º do artigo 112.º) e o procedimento de *Ajuste Direto* em que *a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta* (n.º 1º do artigo 112.º).

O *Procedimento de Negociação* tem quatro fase indo ao encontro do regime do concurso público com prévia negociação:

- a) Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos,*
- b) Apresentação e análise das versões iniciais das propostas,*
- c) Negociação das propostas,*
- d) Análise das versões finais das propostas e adjudicação. (Artigo 194.º do CCP)*

O *Procedimento Diálogo Concorrencial* também vai ao encontro do regime do concurso limitado por prévia qualificação, mas tem apenas três fases:

- a) Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos,*
- b) Apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados,*
- c) Apresentação e análise das propostas e adjudicação. (Artigo 205.º do CCP)*

O procedimento *Parceria para a Inovação*, contrato introduzido pelas diretivas de 2014 integra as seguintes fases as quais podem ser adaptadas em função da complexidade e relevância financeira da parceria a celebrar:

- a) Fase de apresentação das candidaturas, podendo a respetiva seleção incluir a qualificação dos candidatos quando se trate do desenvolvimento de projetos dotados de especial complexidade,*
- b) Fase de apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento,*
- c) Fase de análise das propostas de projetos de investigação e celebração da parceria. (Artigo. º218 do CCP)*

Independentemente do tipo de procedimento adotado, este inicia-se sempre com a decisão de contratar, conforme estabelece o artigo 36.º do CCP, decisão esta, que deve ser fundamentada e tomada pela entidade adjudicante, na sequência da existência de uma necessidade, da sua completa caracterização e da identificação do meio adequado à sua satisfação, o qual constituirá no objeto do contrato a celebrar. Deverá ficar claro o “*motivo porque a entidade adjudicante*

considera que o interesse público subjacente será prosseguido de forma mais satisfatória através da celebração de um contrato do que por qualquer outra via” (Caldeira, 2018)

A decisão de contratar cabe ao órgão competente para a decisão de autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, artigos 36.º e 109 e seguintes do CCP. Este órgão é ainda competente para tomar a decisão de escolha do procedimento, e aprovar as peças de procedimento.

Para dar início a um procedimento contratual temos de tomar a decisão do procedimento mais adequado a adotar. As regras contendo os critérios de escolha do procedimento encontram-se previstas nos artigos 17.º a 33.º do CCP: Valor do Contrato, Critérios Materiais e Outras Regras de escolha do procedimento.

A escolha do critério Valor do Contrato, (artigo 18.º do CCP) aparece como regra geral de escolha para os procedimentos de ajuste direto, consulta prévia, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação. Tendo por base o valor do contrato a celebrar, escolhemos o tipo de procedimento a adotar, tendo sempre em conta os limites afixados para cada tipo de procedimento.

As regras do CCP preveem a existência de outros critérios para a escolha do procedimento. A escolha do procedimento em função de critérios materiais aparece elencada dos artigos 23.º a 31.º do CCP. Este critério permite a celebração de contratos cujas circunstâncias são associadas à impossibilidade de cumprir o critério do valor, passando por critérios associados com o tipo de contrato a celebrar ou com a entidade adjudicante.

No critério Outras Regras de Escolha de Procedimento, a escolha é feita em função do tipo de contrato (art.º 31º do CCP), da entidade adjudicante (art.º 33º do CCP) ou a escolha de procedimento para a formação de contratos mistos (art.º 32º do CCP).

1.3. Ajuste Direto

O ajuste direto é o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar uma proposta, conforme o disposto no n.º 2 do artigo 112.º do CCP.

A escolha do ajuste direto, com convite a uma entidade pressupõe claramente que este procedimento devia ser reservado para situações muito excecionais em que a utilização deste procedimento se demonstre ser a mais adequada e que qualquer outra solução procedimental se demonstre inadequada, para melhor salvaguarde a transparência.

Se por um lado a contratação pública tende a promover procedimentos *que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (n.º 1 artigo 16.º do CCP)*, promovendo assim procedimentos concorrenciais e abertos a todos os operadores económicos, reconhecendo que a promoção da competição entre os operadores é uma mais valia para

alcançar condições contratuais mais vantajosas que permite uma melhor gestão dos dinheiros públicos, por outro lado, reconhece que os formalismos existentes na formação dos contratos públicos, podem conduzir a situações que ponham em causa o desenrolar da normal atividade da entidade pública.

O ajuste direto é visto como um procedimento de exceção, mais simplificado que mediante certas condições oferece mais vantagem na prossecução do interesse público. Conforme referido pelo Supremo Tribunal Administrativo “*O concurso público constitui o procedimento regra na contratação pública; sendo o ajuste direto uma das exceções*” e o recurso a este procedimento apenas deveria ser utilizado quando se demonstrasse inviável qualquer outra solução. Refere ainda que “*Os princípios da legalidade, imparcialidade, igualdade e transparência impõem que a administração só recorra ao ajuste direto nos casos em que não fiquem dúvidas na sua atuação na resolução de interesses conflitantes.*” (Acórdão de 21/06/2011, 2011)

1.3.1. Critério Valor versus Critério Material

O tipo de procedimento a adotar e a respetiva aprovação das peças implica a tomada de decisões. A primeira destas decisões é a escolha do procedimento a seguir em que a regra é o valor. A escolha por ajuste direto só pode ser efetuada tendo em atenção o valor ou, excecionalmente, o critério material mediante certas condições enquadráveis nas situações descritas nos artigos 24.º a 27.º do CCP. O critério valor implica que o contrato a celebrar fique sujeito a um limite de valor, ou seja, a escolha do procedimento de ajuste direto, permite a celebração de contratos de empreitadas de obras públicas com um valor inferior a 30.000€, conforme alínea d) do artigo 19.º do CCP, a celebração de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços com um valor inferior a 20.000€, conforme a alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP e para outro tipo de contratos que não configurem contratos de concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos ou contratos de sociedade com um valor inferior a 50.000€ conforme alínea c) n.º 1 do artigo 21 do CCP. O ajuste direto também pode ser adotado quando os contratos de concessão de obras públicas ou de serviço público sejam inferiores a 75.000€ e cuja duração seja inferior a um ano, n.º 4 do artigo 31.º do CCP.

Quando o critério adotado é o valor do contrato e este está sujeito aos limites impostos, torna-se importante perceber como determinar o “valor do Contrato. A determinação do “valor do contrato” aparece no n.º 1 do artigo 17.º como o valor máximo do benefício económico que pode ser obtido com a execução de todas as prestações incluídas no objeto do contrato. A noção de benefício económico contém não só o preço a pagar pela entidade adjudicante, mas também o valor de quaisquer contraprestações a efetuar a favor do adjudicatário e ainda o valor das vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem, como determinado no n.º 2 do artigo 11.º do CCP. Acresce ainda, pelo n.º 7 do artigo 17.º do CCP o conceito de “Valor estimado”. Sobre este

conceito formulado com a expressão <<estimado>> refere Pedro Gonçalves (citado por Raquel Carvalho) que a entidade adjudicante deve fundamentar o valor encontrado em “*critérios objetivos, utilizando como referência preferencial, os custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante.*” (Carvalho R. , 2019b)

O valor estimado pela entidade adjudicante na preparação do procedimento tem uma função determinante, pois vai limitar o preço base do contrato, nos termos do artigo 47.º do CCP, que por seu turno, constitui o teto do preço contratual. Assim o preço base aparece como o preço máximo que a entidade adjudicante está disposta a pagar pela execução de todas as prestações objeto do contrato.

De referir que nos termos do n.º 8 do artigo 17.º do CCP o valor do contrato não pode ser fracionado com o intuito de o excluir do cumprimento de quaisquer exigências legais, designadamente, das constantes do CCP. Este ponto visa claramente prevenir que sejam submetidos à concorrência valores de contratos realistas que tenham correspondência com os preços concorrentes de mercado e que, por isso mesmo, viabilizem o fenómeno concorrencial. (Silva J. A., 2018a)

A escolha do procedimento condiciona o valor do contrato, pois o valor do contrato não pode ser superior ao valor máximo que a lei permite para a utilização do procedimento escolhido. Pode-se referir que as entidades adjudicantes têm autonomia quanto à escolha do procedimento mediante o condicionalismo imposto pelo “valor do contrato”. Em termos práticos a entidade adjudicante é que decidia o que queria contratar, o seu valor estimado e, para isso, teria de optar por um procedimento legalmente adequado a esse valor. (Silva J. A., 2018a)

Mas ao condicionar o recurso ao ajuste direto quando o contrato tem um valor igual ou superior a 20.000,00 (aquisição de bens e serviços), 30.000,00€ (empreitadas) e 50.000,00€ (outros contratos), implica que a entidade adjudicante não é livre de selecionar o operador económico com quem celebrará o contrato.

Assim o ajuste direto é um procedimento em que a entidade adjudicante poder direccionar o convite a uma entidade, no entanto a escolha deste procedimento não é totalmente livre pois apesar do n.º 1 do artigo 11.º referir que a *escolha da entidade a convidar* caber ao órgão competente para a decisão de contratar, também impõe limitações, logo à partida só pode convidar dentro dos limites estabelecidos para este procedimento e deve também observar os limites constantes no n.º 2 e 5 do artigo 113.º, nomeadamente a entidade adjudicante não pode convidar uma entidade a apresentar proposta que já tenha adjudicado, no ano económico corrente, bem como nos dois anos económicos anteriores, cujo o preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos nos artigo 19.º e 20.º (n.º 2 do artigo 113.º do CCP).

O ajuste direto foi sempre um procedimento objeto de grande desconfiança pelos abusos que pode proporcionar, que o CCP procura atenuar com determinados condicionalismos, como a proibição de se proceder a várias adjudicações à mesma entidade, quando atingidos os limites

impostos pelo artigo 113.º. Este artigo funciona como uma restrição aos ajustes diretos na medida em que condiciona a contratação reintegrada do mesmo fornecedor e obriga a entidade adjudicante a procurar outros fornecedores com as mesmas características que proporcionem o mesmo bem ou serviço.

Para respeitar a proibição imposta no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, de se proceder a várias adjudicações à mesma entidade, as entidades adjudicantes deveram tomar medidas que assegurem esse objetivo, adotando critérios que permitem a identificação de identidades a convidar, recorrendo em caso de dúvida a outros critérios que não os meramente formais como o fato de se tratar de pessoas juridicamente e fiscalmente diferentes, para proceder ao convite.

A aplicação das restrições impostas na norma 113.º do CCP leva a crer que o objetivo é o de restringir o valor das aquisições à mesma entidade de modo a salvaguardar os princípios da transparência, da concorrência e da prossecução do interesse público, no entanto, esta restrição só é aplicada aos contratos celebrados através do regime do ajuste direto fundamentados no critério valor, pois a adoção do ajuste direto fundamentados nos critérios materiais, permite a *celebração de contratos de qualquer valor*” (artigo 23.º CCP)

A possibilidade de adoção de critérios materiais presidirem à escolha do procedimento de ajuste direto em detrimento do critério valor, deve-se a que o procedimento em causa tenha especificidades que de outro modo não seriam asseguradas caso o critério adotado fosse o valor. A entidade adjudicante só pode adotar o ajuste direto por critérios materiais após estarem reunidos todos os pressupostos materiais determinantes para a escolha em causa e cuja fundamentação tenha enquadramento no CCP. Esta fundamentação tem como base critérios que se adequam às especificidades das situações com que as entidades adjudicantes se deparam e que lhes permitem tornar dificuldades com que se deparam no decurso da sua atividade. A adoção do ajuste direto por critérios materiais com base em pressupostos que não se verifiquem, determinam a nulidade do procedimento.

Os critérios materiais definidos no CCP encontram-se elencados nos artigos 24.º a 27.º.

- *Artigo 24.º - Escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos;*

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 24.º do CCP, na sua atual redação, na formação de quaisquer contratos, pode escolher-se o procedimento de ajuste direto quando:

“Em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, e desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não sejam substancialmente alterados em relação aos daquele concurso.”, alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

“Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento”, alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

“Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela a 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.”, alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

“As prestações que constituem o seu objeto se destinem, a título principal, a permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações.”, alínea d) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

“As prestações que constituem o objeto do contrato só passam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões: i) o objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico; ii) não exista concorrência por motivos técnicos; iii) seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual;” alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

- *Artigo 25.º - Escolha do ajuste direto para a formação de contratos de empreitada de obras públicas;*

De acordo com o n.º 1 do artigo 25.º do CCP, na sua atual redação, na formação de contratos de empreitada de obras públicas, pode adotar-se o procedimento de ajuste direto quando:

“Se trate de novas obras que consistam na repetição de obras similares objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante, desde que, de forma cumulativa: i) o contrato seja celebrado com a entidade com a qual foi celebrado o contrato inicial; ii) essas obras estejam em conformidade com um projeto base comum; iii) aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público, de concurso limitado, de procedimento de negociação, de diálogo concorrencial ou de parceria para a inovação; iv) o anúncio do procedimento tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de o somatório do valor estimado do contrato relativo ao ajuste direto e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao limiar estabelecido na alínea a) do n.º 3 do artigo 474.º; e v) a possibilidade de adoção do procedimento de ajuste direto tenha sido indicada no anúncio ou no programa do procedimento;”, alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º do CCP.

“Se trate de obras a realizar para fins de investigação, de experimentação, de estudo ou desenvolvimento, desde que a realização dessas obras não se destine a assegurar a obtenção de lucro ou a amortizar o custo dessas atividades e o valor estimado do contrato seja inferior ao limiar estabelecido na alínea a) do n.º 3 do artigo 474.º.”, alínea b) do n.º 1 do artigo 25.º do CCP.

“Se trate de realizar uma obra ao abrigo de um acordo-quadro celebrado nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º.”, alínea c) do n.º 1 do artigo 25.º do CCP.

- *Artigo 26.º - Escolha do ajuste direto para a formação de locação ou de aquisição de bens móveis*

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 26.º do CCP, na sua atual redação, na formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis, pode-se escolher o procedimento de ajuste direto 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 de locação ou de aquisição de bens e a mudança de fornecedor obrigasse a entidade adjudicante a adquirir material de características técnicas diferentes, originando compatibilidades ou dificuldades técnicas de utilização e manutenção desproporcionadas;”, alínea a) do n.º 1 do artigo 26.º do CCP.

“Se trate de bens produzidos ou a produzir para fins de investigação, de experimentação, de estudo ou desenvolvimento, desde que tais bens não sejam produzidos com finalidade comercial, ou com vista a amortizar o custo dessas atividades, e o valor estimado do contrato seja inferior aos limiares estabelecidos nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 474.º;” alínea b) do n.º 1 do artigo 26.º do CCP.

“Se trate de adquirir bens cotados e adquiridos num mercado de matérias-primas;” alínea c) do n.º 1 do artigo 26.º do CCP.

“Se trate de adquirir bens, em condições especialmente mais vantajosas do que as normalmente existentes no mercado, a entidades que cessem definitivamente a sua atividade comercial, a curadores, liquidatários, administradores de insolvência ou ainda no âmbito de acordo judicial ou procedimento da mesma natureza previsto na legislação aplicável;” alínea d) do n.º 1 do artigo 26.º do CCP.

“Se trate de locar ou adquirir bens ao abrigo de um acordo-quadro celebrado nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º;” alínea e) do n.º 1 do artigo 26.º do CCP.

“Se trate de adquirir água ou energia, desde que a entidade adjudicante exerça a atividade de colocação à disposição, de exploração 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.” alínea f) do n.º 1 do artigo 26.º do CCP.

- *Artigo 27.º - Escolha do ajuste direto para a formação de contratos de aquisição de serviços*

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 27.º do CCP, na formação de contratos de aquisição de serviços, pode-se adotar o procedimento de ajuste direto quando: *“Se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares que tenham sido objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante com o mesmo adjudicatário, desde que, de forma cumulativa: i) esses serviços estejam em conformidade com um projeto base comum; ii) aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público, de concurso limitado por prévia qualificação, de procedimento de negociação, de diálogo concorrencial ou de parceria para a inovação; iii) o anúncio do procedimento tenha*

sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de o somatório do valor estimado do contrato e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido, consoante os casos, nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 474.º;” alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

“A natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, nos termos do disposto no artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida;” alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

“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;” alínea c) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

“Se trate de serviços de arbitragem, conciliação ou mediação;” alínea d) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

“Se trate de serviços de investigação e desenvolvimento não abrangidos pela alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º, desde que o valor estimado do contrato seja inferior aos limiares estabelecidos nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 474.º;” a alínea e) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

“Se trate de contrato que, 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;” alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

“Se trate de adquirir serviços ao abrigo de um acordo-quadro, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º;” alínea h) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

“Se trate de adquirir serviços, em condições especialmente mais vantajosas do que as normalmente existentes no mercado, a entidades que cessem definitivamente a sua atividade comercial, a curadores, liquidatários, administradores de insolvência ou ainda no âmbito de acordo judicial ou procedimento da mesma natureza previsto na legislação aplicável.” (cf. a alínea i) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

Dentro dos fundamentos por critérios matérias que mais são invocados destacam-se o motivo “urgência imperiosa” e o motivo de “ordem técnica ou artística”, motivos este que dão origem muitas vezes a processos com recurso ao tribunal para aferir a correto uso da invocação destes motivos.

Recorre-se ao ajuste direto por urgência imperiosa de acordo com o disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea c). que estabelece os pressupostos que devem ser sempre obrigatórios e cumulativamente verificados: (i) motivos de urgência imperiosa; (ii) urgência que resulte de acontecimentos imprevisíveis; (iii) tais acontecimentos não possam ser imputados, em caso algum, à entidade adjudicante; (iv) quando não possam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos; (v) o contrato celebrado apenas na medida do estritamente necessário.

O Tribunal de Contas tem vindo a sustentar na sua jurisprudência, que a urgência imperiosa constitui *“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 venha a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação”*. (Acórdão n.º 11/2013, 2013)

Como se depreende não se trata de uma qualquer urgência que surge, mas sim de uma urgência que nos *“é imposta por uma situação a que não se poderá deixar de acorrer com toda a celeridade, em termos tais que a prestação não possa ser adiada, sob pena de não ser mais possível realizá-la, ou de a sua não realização imediata a tornar posteriormente inútil*. (Alves, 2015)

Quanto ao motivo de “ordem técnica ou artística” previsto na alínea e) n.º 1 do artigo 24.º o Tribunal de Contas refere que *“A opção pelo ajuste direto tendo por fundamento a citada alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º só é admitida quando no mercado, por razões técnicas, artísticas ou de proteção de direitos exclusivos, apenas exista ou se mostre habilitada uma empresa ou entidade capaz de executar o contrato*. (Acórdão n.º 10/2018, 2018)

Dentro das normas aplicadas aos ajustes diretos vamos analisar o artigo 127.º do CCP por parecer de grande importância na aplicação do princípio da transparência. A obrigação de publicidade imposta pelo artigo 127.º para que o contrato seja eficaz insere-se no conjunto de medidas no âmbito da contratação pública que visam garantir mais transparência aos procedimentos, transparência essa que surge associada ao portal dos contratos públicos, pois é no Portal Base que se deve publicitar a celebração de quaisquer contratos na sequência de ajuste direto sendo a publicitação condição de eficácia do respetivo contrato.

Esta norma refere-se á celebração de *quaisquer contratos*, estando abrangidos todos os contratos que possam ser objeto de procedimento por ajuste direto, aquisição ou locação de bens móveis, aquisição de serviços e empreitadas de obras públicas. No entanto apesar da obrigação imposta por esta norma ficam de fora os procedimentos por ajuste direto abrangidos pelo regime simplificado. Com a publicação imposta pelo artigo 127º do CCP a transparência potencia a eficácia do recurso à via contenciosa por parte dos interessados na impugnação das decisões das entidades adjudicantes que consubstanciem em adjudicações ilegais. Justifica-se assim a decisão do legislador em imprimir maior transparência nos contratos a celebrar na sequência do procedimento de ajuste direto que em Portugal é de longe o procedimento mais adotado pelas entidades adjudicantes que a ele têm recorrido massivamente. (Durão, 2012)

1.3.2. O Dever de Fundamentação

A escolha do procedimento relaciona-se com contratos de prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar sujeitas á concorrência de mercado, estando sujeita ao preenchimento de alguns requisitos, e conseqüente sujeita a fundamentação. A fundamentação constitui uma formalidade dos atos administrativos. A fundamentação reveste-se do cumprimento do dever formal, e *“permite aferir como se desenrolou o processo decisório, tornando-o cognoscível, dialógico e transparente, e conseqüentemente permitindo igualmente a sindicabilidade da decisão. Portanto, a fundamentação é plurifuncional e concretiza valores materiais do ordenamento jurídico, incluindo o da imparcialidade”* (Carvalho R. , 2019b).

A noção de contratar, contem uma decisão, elemento estrutural da noção de ato administrativo. Nos termos do CPA só haverá ato administrativo se se tratar de uma decisão com efeitos externos. Ora a decisão de contratar resulta do poder da entidade adjudicante em escolher o procedimento a adotar para melhor realizar a prossecução do interesse público e como tal está sujeita a devida fundamentação. O artigo 153.º do CPA enumera os requisitos da fundamentação, nomeadamente:

Artigo 153.º - Requisitos da fundamentação

1 - A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituem, neste caso, parte integrante do respetivo ato.

2 - Equivale à falta de fundamentação a adoção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do ato.

3 - Na resolução de assuntos da mesma natureza, pode utilizar-se qualquer meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que tal não envolva diminuição das garantias dos interessados.

A fundamentação de toda e qualquer decisão administrativa, fundamentação esta que pode ser maior ou menor, simples ou complexa, implica sempre, uma justificação assente em raciocínios explicativos. O Tribunal Central Administrativo do Norte no âmbito do Acórdão de 21 de dezembro de 2018 refere que:

A fundamentação não tem que ser prolixa, basta que seja suficiente, contudo, só é de considerar suficiente a fundamentação do ato quando o seu destinatário demonstra bem ter compreendido os motivos determinantes daquele, dos quais se limita a discordar, isto é a fundamentação (só) é suficiente quando permite a um destinatário normal aperceber-se do itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pelo autor do ato para proferir a decisão, de forma a poder desencadear os mecanismos administrativos ou contenciosos de impugnação.

Refere ainda que “A fundamentação do ato administrativo deve ser expressa, o que implica que só é válida a fundamentação contextual, ou seja, a que se integra no próprio ato e dele é contemporânea” reforçando que “...a fundamentação dos atos administrativos visa, por um lado, dar a conhecer aos seus destinatários o iter cognoscitivo e valorativo seguido pela Administração, de molde a permitir-lhes uma opção consciente entre a aceitação do ato e a sua impugnação contenciosa, e, por outro, que a Administração, ao ter de dizer a forma com agiu, porque decidiu desse modo e não de outro, tenha de ponderar aceitavelmente a sua decisão.” (Acórdão de 21/12/2018, 2018)

A fundamentação no CCP não é expressa diretamente, aparece associada à decisão de contratar e à decisão de autorização da despesa conforme dispõe o n.º 1 do artigo 36 do CCP que “o procedimento de formação de qualquer contrato se inicia com a decisão de contratar, a qual deve ser fundamentada...”, fundamentação esta que deverá incluir os motivos pelos quais é necessário recorrer à contratação pública. Este artigo é uma manifestação clara da preocupação do legislador em promover a legalidade do procedimento, levando a que as entidades adjudicantes justifiquem a necessidade de contratar. Ainda que o CCP não refira expressamente o dever de fundamentação, ele existe na medida em que há poder discricionário de escolha. As entidades que detêm o poder de decisão devem sempre “(i) explicar, justificando, por que razões têm de agir (impõem-se o interesse público por verificação de pressupostos de facto e de direito); (ii) elencar que motivos a leva a escolher uma forma em vez de outra, ou de outras.” (Carvalho R. , 2019a)

Por que motivo a entidade adjudicante considera que a realização da prossecução do interesse público é mais viável através da celebração de um contrato público do que recorrendo a outra via, nomeadamente promovendo a realização das prestações por meios técnicos e materiais dentro da própria organização.

Dispõe ainda o n.º 3 do artigo 36.º do CPA, critérios de orientação referente à fundamentação que a entidade adjudicante deve observar para contratos cujo valor for igual ou superior a €5.000.000, “a fundamentação prevista no n.º 1 deve basear-se numa avaliação custo/benefício e deve conter nomeadamente:

- a) A identificação do tipo de beneficiários do contrato a celebrar;
- b) A taxa prevista de utilização da infraestrutura, serviço ou bem;
- c) A análise da rentabilidade;
- d) Os custos de manutenção;
- e) A avaliação dos riscos potenciais e formas de mitigação dos mesmos;
- f) O impacto previsível para a melhoria da organização;
- g) O impacto previsível no desenvolvimento ou na reconversão do país ou da região coberta pelo investimento.

De referir ainda o n.º 5 do art.º 36.º do CCP que obriga a que as peças do procedimento identifiquem “todos os pareceres prévios, licenciamentos e autorizações necessárias que

possam condicional o procedimento e a execução do contrato.” Que remete para a execução referido no n.º 3.º do artigo 36.º do CCP.

O procedimento de formação de qualquer contrato se inicia com a decisão de contratar, mas a escolha do procedimento passa por encontrar o valor do contrato e o tipo de procedimento a adotar. O critério Valor do Contrato, (artigo 18.º do CCP) aparece como regra geral de escolha para os procedimentos previstos nos artigos 19.º a 22.º do CCP. Tem sido entendimento que quando o critério é o valor, a fundamentação justifica-se por indicar a norma legal que prevê o critério valor, uma vez que está implícito, que a decisão da escolha de determinado procedimento está relacionada com o valor do contrato. Já quando a fundamentação passa pela decisão de critérios materiais esta apresenta-se mais exigente. Impõem-se a demonstração do preenchimento dos respetivos pressupostos e razões explicativas da opção, não sendo suficiente a mera indicação da norma legal. Facto que podemos constatar através do Acórdão do Tribunal de Contas n.º 07/2015 de 9 de junho que menciona nas suas conclusões a respeito da adoção do ajuste direto por critérios materiais *“Viu-se que foi adotado ajuste direto sem que se reunissem os pressupostos previstos na alínea b) do nº 1 do artigo 24º do CCP. E, como se disse também, face aos valores envolvidos deveria ter-se adotado o concurso público internacional, ou concurso limitado por prévia qualificação, ou acionados os mecanismos previstos em anteriores instrumentos contratuais, havendo real probabilidade de obtenção de resultados financeiros diferentes, cumprindo-se a lei e melhor salvaguardando o interesse público.”* (Acórdão n.º 7/2015, 2015)

Como já referido anteriormente as entidades adjudicantes podem adotar o ajuste direto pelo critério valor (artigo 16.º do CCCP) ou independentemente do valor do contrato, adotar o ajuste direto pelo critério material (artigo 24.º a 27.º do CCP). Quando a escolha é feita em função de critérios materiais, devem ser redobrados os cuidados na aferição dos critérios legais definidos para a sua convocação, resultante dos fortes condicionalismos e apertados requisitos impostos pela lei quanto à escolha deste procedimento. A escolha tem de ser suportada por fundamentação legal e factual que justifique adequadamente a escolha do mesmo

Em suma, dever-se-á considerar que o recurso ao ajuste direto com fundamento em critérios materiais, art.º 24º a 27º do CCP, tem um carácter excecional em relação às regras gerais da escolha do procedimento previstas nos art.º 19º a 21º do CCP. Assim os ajustes diretos só devem ser adotados quando não se verifica outra opção viável, nomeadamente o recurso à consulta prévia. Situação que se verifica no art.º 27º-A do CCP, que dispõe *“Nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.”*

Em síntese podemos afirmar que a exigência de fundamentação se verifica em vários momentos da formação e execução do contrato, nomeadamente:

- Na decisão de contratar, incluindo a escolha do procedimento (n.º 1 do art.º 36 e art.º 38 do CCP).

- Quando o valor do contrato for superior a € 5.000.000 ou € 2.500.000 se o procedimento adotado for o da parceria para a inovação e for realizada uma análise custo-benefício previamente à adoção da decisão de contratar (n.º 2, 3, 4 do art.º 36 do CCP).
- Na fixação do valor estimado do contrato, (n.º 7 do art.º 17 do CCP).
- Na escolha do procedimento com fundamento em critérios materiais (art.º 24 a 30.º do CCP).
- Quando o procedimento escolhido for o de ajuste direto em função de critério material, a opção pelo não recurso ao procedimento de consulta prévia (Art.º 27.º-A do CCP).

1.4. Ajuste Direto Geral e Ajuste Direto Simplificado

O Ajuste Direto, a Consulta Prévia e o Concurso Público são por norma os procedimentos mais usados na Contratação Pública. Interessa perceber como o ajuste direto transmite o princípio da transparência sendo um dos procedimentos a ser adotado pelas entidades adjudicantes que logo à partida apresenta particularidades que o diferencie dos outros procedimentos, nomeadamente o convite a uma só entidade da sua escolha e a dispensa de publicação.

Neste ponto vamos analisar como se desenvolve o processo de contratação ao abrigo do Ajuste Direto que pode ser aplicado segundo dois regimes, o regime simplificado e o regime geral.

São condições obrigatórias para se contratar ao abrigo do Ajuste Direto Simplificado:

- Preço contratual inferior ou igual a 5.000,00€ para contratos de aquisição ou locação de bens móveis ou aquisição de serviços;
- Preço contratual inferior ou igual a 10.000,00€ para contratos de empreitadas e obras públicas;
- Prazo de vigência do contrato até um ano a contar da data de adjudicação sem possibilidade de prorrogação;
- Adjudicação direta sobre fatura ou documento equivalente;
- Preço contratual não é passível de ser revisto;
- Dispensa de tramitação eletrónica

São condições obrigatórias para se contratar ao abrigo do Ajuste Direto Geral:

- Preço contratual inferior a 20.000,00€ para contratos de aquisição ou locação de bens móveis ou aquisição de serviços.
- Preço contratual inferior a 30.000,00€ para contratos de empreitadas e obras públicas;
- Sem limite de valor se o procedimento for escolhido com base nos critérios materiais;
- Convite a uma entidade;

- Dispensa de tramitação eletrónica

Tabela I

Procedimento por Ajuste direto

Fases	Base Legal	ADG	ADS
Decisão de contratar	n.º 1 do artigo n.º 36.º do CCP	x	x
Escolha do Procedimento	artigo n.º 38.º do CCP	x	x
Aprovação das peças do procedimento	n.º 2 do artigo n.º 40.º do CCP	x	--
Envio do convite	n.º 4 do artigo n.º 115.º do CCP	x	x
Esclarecimentos, retificação e alteração das peças de procedimento	artigo n.º 50.º e 116.º do CCP	x	--
Apresentação da proposta	artigo n.º 62.º e 62.º-A.º do CCP	x	x
Análise da proposta	artigo n.º 70.º do CCP	x	--
Adjudicação: notificação	artigo n.º 73.º, 76.º a 78.º-A e 125.º do CCP	x	x
Apresentação dos documentos de habilitação	artigo n.º 81.º a 87.º-A do CCP	x	--
Prestação de caução	artigo n.º 88.º a 91.º do CCP	x	--
Celebração do contrato	artigo n.º 94.º a 106.º do CCP	x	--
Publicação e eficácia do contrato	artigo n.º 127.º do CCP	x	--

Elaboração própria

O Ajuste direto simplificado como o próprio nome indica é um procedimento muito simplificado em que a entidade adjudicante convida uma entidade à sua escolha e apenas tem de respeitar as condições obrigatórias em que pode ser usado, não estando sujeita as outras formalidades previstas no CCP, nomeadamente caderno de encargos, celebração de contrato, publicitação, consumando-se quando a entidade competente para a decisão de contratar aprova a fatura ou documento equivalente apresentada pela entidade convidada. Torna-se assim um procedimento mais fácil de utilizar, permitindo uma maior rapidez na contratação do “objeto” pretendido contrastando com outros procedimentos que se traduzem num processo longo e dispendioso.

Já a tramitação do Ajuste Direto Geral ao contrário do regime simplificado é um processo um pouco mais complexo, em que a entidade adjudicante apesar de poder fazer o “convite a uma entidade” tem de realizar diversas formalidades até conseguir realizar o contrato. Algumas destas formalidades são por exemplo o caderno de encargos que também se verificam noutros tipos de procedimento como na Consulta prévia ou no Concurso Público. A grande diferença do Ajuste direto geral em relação aos outros procedimentos consiste mesmo na condição “convite a uma entidade”, em que a escolha da entidade a convidar é da responsabilidade da entidade adjudicante.

Conforme estabelece a alínea d) n.º 1 do artigo 20 do CCP a escolha do ajuste direto é condicionada a que o valor do contrato seja inferior a 20.000,00€, mas esta condição não impõe

a obrigatoriedade de usar o Ajuste Direto para contratos com estes valores, isto é, tomando por exemplo um contrato a celebrar no valor de 15.000,00€ a entidade pode contratar ao abrigo do Ajusto Direto mas não está impedida de contratar ao abrigo de outro procedimento como por exemplo por Consulta Prévia ou concurso público. Considerando a escolha do ajuste direto pode-se questionar: se o mercado apresenta vários fornecedores para o mesmo objeto porquê que o convite para apresentar proposta é direcionado apenas a uma entidade e não a várias. Independentemente de o valor permitir usar o Ajuste Direto pode-se optar por outro tipo de procedimento por exemplo a Consulta Prévia que permite direcionar o convite a três entidades e não apenas a uma, o que iria permitir escolher a melhor proposta, ou mesmo lançar um concurso público que permite analisar as propostas existentes no mercado. E é por este procedimento se fazer por “convite a uma entidade” que vários autores questionam onde está a livre concorrência e a transparência do procedimento.

Importa referir que a fundamentação da escolha da entidade a convidar assume neste ponto extrema importância, pois o órgão competente para contratar, se por um lado tem a liberdade de escolha, por outro tem de fundamentar a razão pela qual escolhe uma entidade em detrimento de outras. Algumas das razões para a decisão de escolher determinada entidade pode passar pelo prévio conhecimento da entidade a convidar em função de contratos celebrados anteriormente com a mesma, por boas referências transmitidas por outras entidades adjudicantes e mesmo pela proximidade geográfica face ao local de execução do contrato, entre outras.

A entidade adjudicante pode recorrer a uma consulta informal ao mercado. O Código dos Contratos Públicos apresenta no seu artigo 35.º-A a Consulta Preliminar como um instrumento a ser utilizado antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, por parte da entidade adjudicante que permite realizar consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos que possam ser utilizados no planeamento da contratação. A consulta preliminar aparece no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 como uma *“medida de transparência e boa gestão pública”* que permite que, *antes de um procedimento de contratação, a entidade adjudicante realize consultas informais ao mercado a fim de preparar o procedimento, fixando mecanismos para que isso não se traduza em perda de transparência ou prejuízo para a concorrência.* (Carvalho R. , 2019a)

A entidade adjudicante fica legitimada a estabelecer contactos diretos com fornecedores como parte do processo de preparação de um procedimento pré-contratual, n.º 1 e 2 do artigo 35.º do CCP. Já o n.º 3 e 4 do artigo. 35.º refere que a consulta preliminar não deve ser utilizada para desvirtuar a concorrência, a igualdade de condições de acesso e de tratamento entre candidatos ou concorrentes, assim com a imparcialidade e a transparência. A entidade adjudicante não está obrigada a utilizar a consulta preliminar, nem fica vinculada às informações prestadas. A Consulta preliminar não é um procedimento pré-contratual, trata-se de um instrumento através do qual se consagram manifestações de vontade independentemente entre si, que convergem a fim de

estabelecer um diálogo. O recurso à consulta preliminar não se traduz numa decisão de contratar, mas sim com um instrumento que permite um diagnóstico e avaliação do mercado que auxilia na decisão de gestão.

A utilização da consulta preliminar constitui um instrumento útil de estudo de mercado conferindo uma maior legitimidade da atividade da entidade adjudicante e contribuindo para a tomada de decisão informadas. Os diálogos encetados devem ser transparentes a fim de apresentarem os seus objetivos e receberem informações que lhe proporcionem uma compreensão correta do mercado de forma a permitir à entidade adjudicatária *“tomar decisões estratégicas, como a escolha do procedimento de contratação, divisão de um contrato por lotes, adequação de utilização de um acordo quadro, ou simplesmente para aferir se um contrato é exequível do ponto de vista técnico financeiro e operacional...”*. (Magalhães, 2019)

Cabe à entidade adjudicante adotar medidas para neutralizar qualquer vantagem de partida do operador económico decorrente da informação privilegiada do procedimento obtida previamente, devendo tornar essa informação acessível e transparente a todo o universo de potenciais interessados, mediante a “comunicação aos restantes candidatos ou concorrentes de todas as informações pertinentes trocadas no âmbito dessa participação com inclusão dessas informações nas peças de procedimento.

1.5. Ajuste Direto – Decreto-Lei n.º 10/A/2020 de 13 de março

Mediante o panorama nacional de pandemia e para fazer face à necessidade urgente de combater o Coronavírus, foi publicado o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 de 13 de março que estabelece medidas excecionais e temporárias à situação epidemiológica do novo Coronavírus – COVID 19. As medidas propostas visam agilizar os procedimentos de contratação de obras, bens e serviços relacionados com a prevenção, contenção, mitigação e tratamento do COVID-19 recorrendo-se a um regime excecional de Contratação Pública. A questão de dotar a Administração Pública de meios que lhe permita responder rapidamente a situações de calamidade ou catástrofe natural, não é de todo novo, pois a legislação criou um regime excecional com base no já existente para os procedimentos de ajuste direto por critério material disposto na alínea c) n.º 1 art.º 24.º do CCP. As soluções apresentadas centram-se no recurso ao procedimento de ajuste direto para flexibilizar a tramitação procedimental e acelerar a celebração dos contratos.

Uma das medidas adotadas neste regime excecional, conforme já referido foi a aplicação do:

- Ajuste direto ao abrigo dos critérios materiais, independentemente do valor, conforme disposto na alínea c) n.º 1 do artigo 24 do CCP para a celebração de contratos de

locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, desde que exista motivo de *urgência imperiosa* e na medida do *estritamente necessário*;

- Ajuste Direto Simplificado para contratos de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços cujo preço contratual seja inferior a 20.000€, sem necessidade de redução a escrito do contrato nem de publicitação, sendo a eficácia imediata por força da adjudicação.

No entanto apesar da adoção destas medidas excepcionais, estas mostraram-se insuficientes no setor da saúde dado a urgência das necessidades públicas para aquele setor. Foi assim aditado pelo Decreto-Lei 18/2020 de 23 de abril o artigo 2.º-A ao DL 10-A de 13 de março, *Regime excepcional de ajuste direto simplificado* que procede à criação de um regime excepcional de autorização de despesa para a Direção-Geral da Saúde e à Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., pelo Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge, I. P., e pela Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E. P. E. (SPMS, E. P. E.), relativamente a bens que se destinem a entidades sob tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde. e o alargamento do seu âmbito subjetivo de aplicação a todas as entidades adjudicantes do artigo 2.º do CCP.

Assim o n.º 1 do artigo 2.º-A estabelece que *pode ser excepcionalmente adotado, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa, devidamente fundamentada, e independentemente do preço contratual e até ao limite do cabimento orçamental, o regime do procedimento de ajuste direto simplificado previsto no artigo 128.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2009, de 29 de janeiro, na sua redação atual, para a celebração de contratos cujo objeto consista na aquisição de equipamentos, bens e serviços necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, ou com estas relacionados, designadamente:*

- a) Equipamentos de proteção individual;*
- b) Bens necessários à realização de testes à COVID-19;*
- c) Equipamentos e material para unidades de cuidados intensivos;*
- d) Medicamentos, incluindo gases medicinais;*
- e) Outros dispositivos médicos;*
- f) Serviços de logística e transporte, incluindo aéreo, relacionados com as aquisições, a título oneroso ou gratuito, dos bens referidos nas alíneas anteriores, bem como com a sua distribuição a entidades sob tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde ou a outras entidades públicas ou de interesse público às quais se destinem.”*

Foi ainda aditado o artigo 2.º B, ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, pelo Decreto-Lei n.º 20-A/2020 de 6 de maio que autorizou agrupamento agrupamentos de entidades adjudicantes a recorrer a procedimentos de ajuste direto, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa, devidamente fundamentada, independentemente do preço contratual e até ao limite

do cabimento orçamental, para aquisição de espaços para difusão de ações de publicidade institucional.

O Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março passa assim a ter para o Ajuste Direto Geral:

- Um regime excecional, previsto no n.º 1 do artigo 2.º que permite aplicar o regime de Ajuste Direto Geral ao abrigo dos critérios materiais, independentemente do valor, conforme disposto na alínea c) n.º 1 do artigo 24 do CCP;
- Um regime excecional previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º - B que permite aplicar o regime de Ajuste Direto Geral para aquisição de espaço para difusão de ações de publicidade institucional no âmbito da pandemia COVID-19.

E para o Ajuste Direto Simplificado:

- um regime excecional, previsto no n.º 2 do artigo 2.º, que permite aplicar o regime de Ajuste Direto Simplificado, nos termos do artigo 128.º do CCP, cujo preço contratual não seja superior a 20.000,00€;
- um regime excecional previsto no n.º 1 do artigo 2.º-A que permite aplicar o regime de ajuste direto simplificado, nos termos do artigo 128.º do CCP, independentemente do valor do contrato, mas limitado aos serviços de saúde.

A aplicação destas medidas excecionais apenas abrange os procedimentos de celebração de contratos públicos cujas prestações se destinam diretamente a satisfazer necessidades específicas relacionadas com a *prevenção, contenção, mitigação*, tratamento de infeção epidemiológica por COVID-19 bem como pela *reposição da normalidade* em sequência da mesma, conforme o n.º 2 do artigo 1.º do DL 10-A/2020, de 13 de março. É neste sentido que temos de *“entender a crucial importância desta delimitação para confirmar a legalidade de qualquer procedimento que se tente adotar ao abrigo deste regime excecional: a restrição dos princípios fundamentais prosseguidos pelo regime geral de contratação pública só poderia ser autorizada na medida em que o decisor público comprovasse a presença de uma conexão entre o objeto do contrato a celebrar e esta finalidade legislativa.”* (Sanchez, 2020)

É nesta linha de ideias que o órgão decisor não poder deixar de cumprir o dever de fundamentação, aliás, já decorrente do artigo 38.º do CCP para a escolha de qualquer procedimento pré-contratual, quanto a demonstrar que o contrato a celebrar se destina à satisfação de uma necessidade descrita nesse diploma excecional, de modo a justificar a sua integração no âmbito de aplicação desse regime. A escolha do critério de ajuste direto pressupõe a demonstração plausível da existência de um nexo de causalidade, que esteja sempre na origem de uma situação epidemiológica por COVID-19.

As medidas excecionais aprovadas permitem que a entidade adjudicante convide o operador que achar mais adequado considerando a não aplicação dos limites previstos no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, contratação reiterada do mesmo operador económico, conforme disposto no n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. No entanto esta medida apenas se mostra necessária e produz efeitos úteis para os ajustes diretos adotados ao abrigo do ajuste direto regime

simplificado previsto no n.º 2 daquele artigo 2.º, uma vez que só esses dependem do valor do contrato (não superior a 20.000,00). Já os ajustes diretos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, cuja adoção é feita com base em critério material (alínea c) n.º 1 do artigo 24.º do CCP), não são afetados por este impedimento, que é inaplicável a qualquer cláusula material alistada nos artigos 24.º a 27.º do CCP.

O mesmo n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 também afasta a preferência pela consulta prévia a que se refere o artigo 27.º-A do CCP, isto é, mediante a presente situação excepcional, a entidade adjudicante fica dispensada de recorrer à consulta prévia com convite a três entidades.

As entidades contratadas ficam também dispensadas da apresentação de documentos de habilitação previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 81.º do CCP nos termos do n.º 9 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, inclusivamente para efeitos de efetuação de pagamentos, sem prejuízo de a entidade adjudicante o poder pedir a qualquer momento”.

Foi ainda dispensada, nos termos do n.º 10 do n.º 2 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 que refere *“independentemente do preço contratual, a prestação da caução pode não ser exigida”*, situação que já sucederia, mesmo ao abrigo do regime geral, para qualquer contrato de preço inferior a € 200.000 (alínea a) do n.º 2 do artigo 88.º do CCP).

Apesar dos novos limites do Ajuste direto simplificado poder ter contrato escrito, mesmo não sendo obrigatório, esta formalidade é dispensada. Estes contratos ficam também dispensados da fiscalização prévia do Tribunal de Contas, mesmo que pelo valor do contrato estivesse sujeito. No entanto e conforme esclarecimento prestado pelo Tribunal de Contas:

“A isenção da fiscalização prévia está prevista na Lei 1-A/2020, de 19 de março, segundo a qual, os contratos isentos são os abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que estabelece medidas excecionais e temporárias de resposta à epidemia Covid-19, aplicando-se às entidades do setor público empresarial e do setor público administrativo e às autarquias locais, bem como outros contratos celebrados pelas entidades referidas no parágrafo anterior (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março), durante o período de vigência da presente lei.”

Acrescentando ainda que *“Apesar de estarem isentos de fiscalização prévia, estes contratos devem ser, contudo, remetidos ao Tribunal de Contas, para conhecimento, até 30 dias após a respetiva celebração”* (Tribunal de Contas, 2020a)

De salientar que, apesar de todas estas alterações motivadas pela urgência imperiosa, de pandemia vivida atualmente, o princípio da transparência não ficou esquecido pois aparece referido no número 4 do artigo 2.º do DL 10.º-A/2020. Dispõe este artigo que é observado o princípio da publicidade e da transparência nas adjudicações feitas ao abrigo do regime excepcional considerando que são comunicadas pelas entidades adjudicantes aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela respetiva área sectorial e publicitados no

portal dos contratos públicos. Apesar dos contratos celebrados ao abrigo deste regime excecional na sequência do procedimento por ajuste direto, produzir efeitos logo após a adjudicação, a regra geral da publicitação prevista no art.º 127.º do CCP não é afastada, é sim substituída por uma regra específica de publicação das adjudicações, a qual tem de incluir a fundamentação para a adoção do regime excecional. *“Portanto, embora seja dispensada a publicitação como condição de eficácia do contrato, fica a entidade adjudicante ainda sujeita a uma publicitação alternativa como medida de publicidade e transparência”* (Sanchez, 2020).

O facto de ser afastada como condição de eficácia a publicitação do contrato por ajuste direto regime geral, enquadra-se na urgência imperiosa da execução dos mesmos, mantem-se, no entanto, a obrigação de publicação em momento posterior. Já em relação aos ajustes diretos simplificado, o legislador fez uma remissão específica para o n.º 3 do artigo 128.º do CCP, que dispensa a publicitação destes contratos, publicação essa que se revela de extrema importância para o princípio da transparência, quando falamos do número de contratos celebrados e das suas importâncias (até 20.000,00€ e não 5.000,00 das situações normais).

Mesmo vivendo uma situação excecional, o Governo teve a preocupação de contemplar, as normas sujeitas às medidas excecionais ao princípio da publicidade e da transparência. Por esse motivo, *“as adjudicações feitas ao abrigo do regime simplificado previsto no presente artigo são comunicadas pelas entidades adjudicantes aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde”*. (n.º 5 do artigo 2.º-A do DL 10.º-a/2020). Os contratos celebrados ao abrigo do regime simplificado de ajuste direto previsto no n.º 2 do artigo 2.º, têm também de ser *“publicitadas no portal dos contratos públicos”*, mas incluindo aqui a própria *“fundamentação para a adoção deste procedimento”*

Para as entidades adjudicantes previstas no n.º 6 do artigo 2.º-A, até 60 dias após o período de vigência deste regime excecional, elaboram relatório conjunto, que é publicado no sítio eletrónico da SPMS, sobre todas as adjudicações e respetiva fundamentação e circunstancialismo, designadamente justificando a impossibilidade ou grave inconveniência do recurso a outro tipo de procedimento.

A absoluta necessidade de dar uma resposta rápida e eficaz, em tempos de pandemia, obrigou a uma intervenção imediata e sem delongas, não compatível com a morosidade típica da generalidade dos procedimentos previstos no CCP. A necessidade de assegurar uma contratação mais acelerada, que não ficasse obstaculizada por exigências adicionais inerentes ao regime de contratação pública e ao regime de realização da despesa pública, ditou que o Governo lançasse mão de medidas mais alargadas para o recurso ao ajuste direto geral ou simplificado. No entanto é importante lembrar que a aplicação destas medidas só podem ser dentro do estritamente necessário e por motivo de urgência imperiosa.

Capítulo III

1. O Portal dos Contratos Públicos

1.1. O Portal Base

O Portal Base constitui uma peça essencial na estratégia do Código dos Contratos Públicos no sentido de promover a transparência da contratação pública. Em 2008, com a publicação do CCP, foi instituída a generalização do uso de meios eletrónicos para a contratação pública com o objetivo de promover a simplificação da tramitação procedimental pré-contratual. O Governo promove assim uma desmaterialização dos procedimentos que consiste em substituir o papel por meios eletrónicos de forma a aumentar a simplicidade e a celeridade processual, tal como a transparência e eficiência. É nesta linha de pensamento que o Governo através do Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de janeiro, no n.º 1 do artigo 4.º prevê a constituição de um portal único da internet dedicado aos contratos públicos.

As regras de constituição, de funcionamento e de gestão foram implementadas através da Portaria n.º 701-F/2008 de 29 de julho, passando o portal a ser denominado de Portal dos Contratos Públicos. Esta portaria encontra-se revogada pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 de 31 de agosto, que alterou e republicou o Código dos Contratos Públicos tendo sido publicada a portaria n.º 57/2018 de 26/02/2018, passando o portal a designar-se “Portal Base”.

O portal dos contratos públicos, denominado agora por Portal Base, assenta na ideia de divulgação de informação pública sobre os contratos sujeitos ao regime do CCP, assim como de centralizar a informação mais importante relativa aos procedimentos pré contratuais, constituindo ainda o instrumento central de produção de informação estatística sobre a contratação pública nacional, nomeadamente para efeitos de elaboração dos relatórios estatísticos a remeter à Comissão Europeia.

A função principal do Portal é o de centralizar a informação sobre os contratos públicos celebrado em Portugal, configurando um espaço virtual onde são publicitados os elementos referente à formação e execução dos contratos públicos, permitindo assim o seu acompanhamento e monitorização, através do site www.base.gov.pt.

A gestão do Portal Base é da responsabilidade do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P. (IMPIC) de acordo com o estabelecido na alínea f), n.º 3.º do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 232/2015 de 13 de outubro e artigo 3.º da Portaria 57/2018 de 26 de fevereiro.

1.2. A Informação disponibilizada no Portal Base

O Portal Base disponibiliza, de acordo com o n.º 1 do artigo 4.º da Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro, informação sobre:

- a) *Os anúncios publicados no Diário da República relativos a procedimentos de formação de contratos públicos;*
- b) *A formação dos contratos públicos sujeitos à parte II do CCP e à execução dos contratos administrativos sujeitos à parte III do CCP, incluindo:*
 - i) *A explicitação precisa e completa dos bens, serviços ou obras objeto do contrato;*
 - ii) *O preço contratual;*
 - iii) *A identificação do adjudicatário e dos restantes concorrentes;*
 - iv) *A identificação de impugnações do procedimento;*
 - v) *A publicitação dos contratos, incluindo anexos e aditamentos, com exceção das informações que se relacionem com segredos de natureza comercial, industrial ou outra e das informações respeitantes a dados pessoais;*
- c) *As decisões definitivas de aplicação da sanção de proibição de participação previstas nos artigos 460.º e 464.º -A do CCP, durante o período da respetiva proibição.*
- d) *As modificações objetivas de contratos que representem um valor acumulado superior a 10 % do preço contratual, as quais são publicadas até seis meses após a extinção do contrato, nos termos do n.º 1 do artigo 315.º do CCP.*

Nos termos do n.º 2 do artigo 4º da Portaria n.º 57/2018 de 26 de fevereiro a portal disponibiliza também:

- a) *Base de dados de legislação, regulamentação e jurisprudência nacional e comunitária, relacionada com contratos públicos;*
- b) *Guias de boas práticas e orientações técnicas sobre contratação pública;*
- c) *Informação estatística, incluindo relatórios anuais e sínteses mensais de contratação pública.*

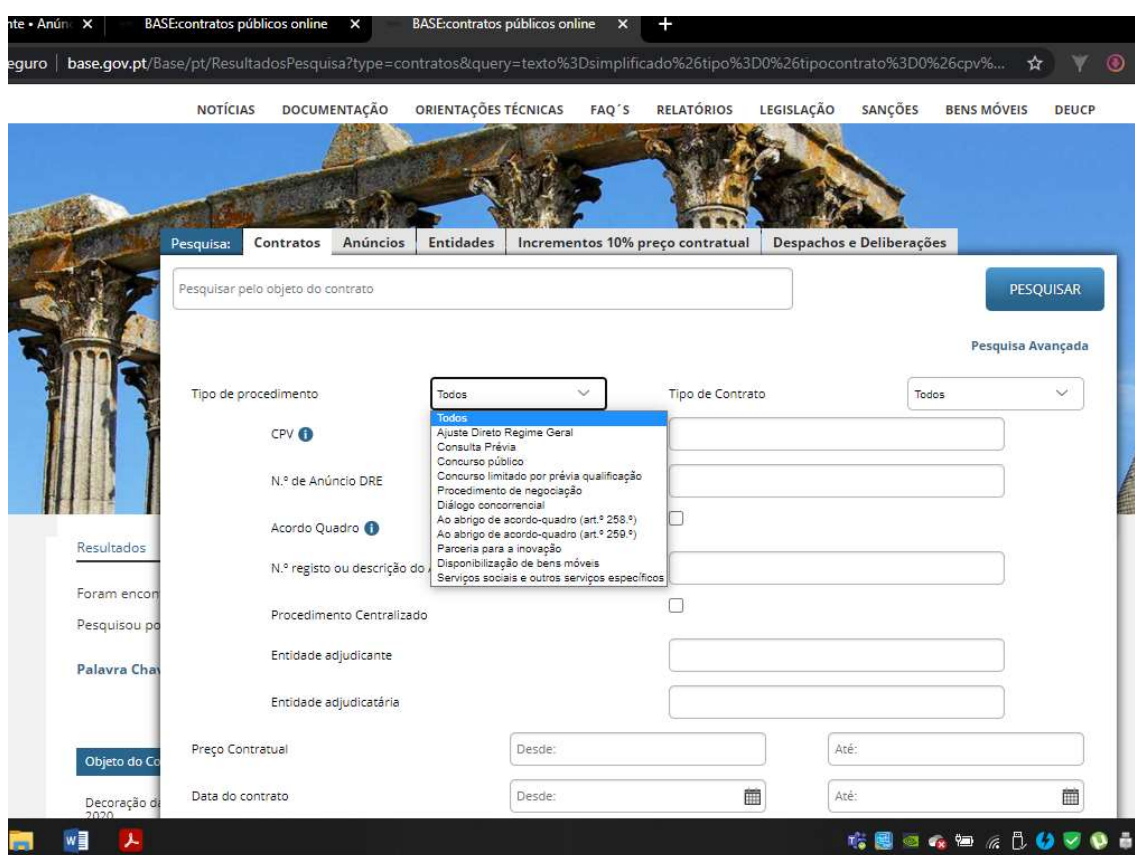
Nos termos do artigo 5.º da Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro o Portal BASE procede, também, à recolha de informação sobre todos os contratos públicos, incluindo os previstos nos artigos 5.º (Contratação Excluída), 5.º-A (Contratos no âmbito do Setor Público), 6.º-A (Contratos de Serviços sociais e de outros serviços específicos) e 128.º (Regime Simplificado), todos do CCP. Nota-se que este artigo prevê a “recolha de informação” e não a sua “publicação”.

Recorrendo a pesquisa avançada do Portal Base e selecionando o parâmetro “Tipo de procedimentos” verificamos que aparece o Ajuste Direto Regime Geral, Consulta Prévia, Concurso Público, Concurso Limitado por prévia qualificação, Procedimento de negociação, Diálogo

Concorrencial, Ao abrigo do acordo quadro (258.º), Ao abrigo do acordo quadro (259.º), Parceria para a inovação, Disponibilização de bens moveis, Serviços Sociais e outros serviços específicos. Depreende-se assim que a recolha de informação sobre os restantes contratos públicos previsto no artigo 5.º terá de ser recolhida recorrendo a outras formas que não a sua publicação, uma vez que mesmo que a entidade adjudicante proceda à comunicação dos contratos celebrados ao abrigo do *Ajuste Direto Regime Simplificado* de forma voluntária, o Portal Base não permite a sua pesquisa.

Figura 1

Local de pesquisa do Portal Base.Gov.pt



Fonte: Portal Base

A informação constante no Portal Base é da exclusiva responsabilidade das entidades adjudicantes, conforme estabelecido no n.º 5 do artigo 12.º da Portaria n.º 57/2018 de 26 de fevereiro e ocorre na sequência da comunicação, do respetivo Relatório de Contratação (para contratos relacionados com obras públicas) ou do Relatório de Formação de Contrato (para contratos relacionados com bens e serviços).

A informação é disponibilizada no Portal Base através do endereço eletrónico <http://www.base.gov.pt>, podendos também ser consultada noutros portais como o Portal dos Dados abertos da Administração Pública em <http://www.dados.gov.pt>.

A informação disponibilizada tem como destinatários o cidadão em geral, que pode efetuar pesquisas diversas, desde procedimentos específicos a informação estatística do mercado da contratação pública e entidades que pretendam elaborar relatórios estatísticos.

1.3. O princípio da transparência aplicado ao Portal Base

O Portal Base tem como objetivo a recolha de informação de todos os contratos públicos, sendo uma iniciativa que tem por objetivo tornar mais transparentes os procedimentos associados ao CCP. Para alcançar estes objetivos é necessário proceder à desmaterialização dos procedimentos, isto é substituir o papel por meios eletrónicos de forma a aumentar a simplicidade e a celeridade procedimental.

O uso generalizado das plataformas eletrónicas que permite realizar todos os tipos de procedimentos aquisitivos públicos, desde o ajuste direto até ao concurso público, para todo o tipo de bens, serviços e empreitada, foi uma das medidas adotadas que ajuda a promover a transparência nos procedimentos pré contratuais de contratação pública na medida que promove a desmaterialização procedimental. De referir que a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública pelas entidades adjudicantes, para todos os tipos de procedimentos pré contratuais, acaba por facilitar a inserção de dados relativos aos mesmos no Portal Base.

O CCP impõe a obrigatoriedade de utilização de plataformas eletrónicas para a realização dos procedimentos pré-contratuais públicos por concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento por negociação e diálogo concorrencial. A realização dos procedimentos através das plataformas eletrónicas permite a transmissão da informação por fases ao Portal Base desde a publicitação do anúncio até à adjudicação.

Já nos procedimentos de ajustes diretos e de consulta prévia não é obrigatório o procedimento decorrer através de plataforma eletrónica, tendo, no entanto, que decorrer recorrendo a meios eletrónicos nomeadamente correio eletrónico.

Apesar do uso das plataformas eletrónicas ser associada à promoção da concorrência e da transparência o legislador afasta do ajuste direto a obrigatoriedade de apresentação da proposta indicando que a mesma deve ser apresentada através de meio de transmissão eletrónica de dados. A dispensa do uso da plataforma eletrónica para o ajuste direto é vista como um fator de integração de uma parcela de operadores económicos que de outra forma não conseguiriam ter acesso ao mercado dos contratos públicos devido as dificuldades de operar com mecanismos eletrónicos com o nível de complexidade das plataformas. Situação que é reconhecida em 2016 por João Almeida e Pedro Sanchez no documento Comentários ao anteprojeto de revisão ao Código dos Contratos Públicos:

O facto de o ajuste direto habilitar a entidade adjudicante a escolher dispensar o uso da plataforma abriria, pois, um larguíssimo leque de hipóteses de

contratação de novos operadores que de outro modo nunca poderiam ganhar acesso ao mercado dos contratos públicos. Deste modo, o ajuste direto obteve um novo fundamento habilitante à luz do ordenamento português e da sua Constituição, justificando o amplo campo de aplicação que o legislador lhe conferiu no âmbito dos artigos 19.º e seguintes do CCP: a sua tramitação, mesmo intrinsecamente restritiva da concorrência, pode ser usada para dinamizar e ampliar o alcance dos mercados públicos. (Almeida & Sánchez, 2016)

Os contratos realizados através da plataforma eletrónica são submetidos diretamente no portal base. Já a publicação dos contratos efetuados sem ser através da plataforma eletrónica é comunicada através do preenchimento no próprio Portal do Relatório de Contratação para contratos relacionados com obras públicas ou do Relatório de Formação de Contrato para contratos com bens e serviços.

Considerando que o Portal Base tem como função essencial centralizar a informação sobre todos os contratos públicos celebrados em Portugal, observa-se a obrigatoriedade de publicação dos procedimentos pré contratuais no portal base para todos os tipos de contratos. No caso da celebração dos contratos na sequência de consulta prévia ou ajuste direto regime geral a publicitação é obrigatória sendo mesmo condição de eficácia do respetivo contrato, independentemente da sua redução a escrito ou não, nomeadamente para efeitos de qualquer pagamento. No entanto o CCP prevê exceções nomeadamente para o ajuste direto regime simplificado sendo dispensada a publicação destes contratos, nos termos do n.º 3 do artigo 128.º do CCP.

Esta exceção de publicação para os contratos celebrado por ajuste direto simplificado resulta da dispensa de quaisquer formalidades previstas no código (n.º 3 do artigo 128.º) e, consequentemente das exigências de publicação resultantes da regulamentação do CCP. Não obstante a portaria n.º 57/2018 de 26 de fevereiro, que regula o Portal Base, contem uma ficha de registos de ajustes diretos simplificados (apenas acessível na área reservada do portal). O preenchimento desta ficha permite ao portal base conter a informação de toda sobre a contratação pública em Portugal, de forma a permitir a elaboração de relatórios de contratação pública fidedignos para reporte de informação à Comissão Europeia.

A não obrigatoriedade de comunicação dos contratos celebrados ao abrigo do Ajuste direto simplificado acaba por não permitir que os dados reportados ao portal retratem a realidade nacional sobre a contratação pública, uma vez que a informação sobre os ajustes diretos simplificados se baseiam na informação que as entidades adjudicantes optem por inserir no Portal Base e não a globalidade dos contratos efetuado em Portugal.

Alias podemos verificar nos relatórios sobre contratação pública publicados pelo IMPIC que esta entidade refere ao longo do relatório referencia a que os dados publicados não incluem os contratos realizados ao abrigo do ajuste direto simplificado.

Tomando como referência o relatório anual de 2018 da Contratação Pública em Portugal disponibilizado a 27 de dezembro de 2019 pelo IMPIC, verificamos as seguintes situações:

No Ponto 2 - A contratação pública eletrónica em Portugal temos que “Os contratos públicos registados no Portal Base ascenderam a 129.733 procedimentos cujo respetivo preço base ascendeu a 123.941 milhões de euros. Esta informação tem como nota de rodapé *“De notar que neste número estão incluídos todos os procedimentos de contratação exceto os ajustes diretos simplificados e a contratação excluída.* Constatamos assim que o próprio relatório reconhece que a informação disponibilizada não contempla uma parte dos contratos públicos celebrados em Portugal.

Interessante é também o capítulo 3. Montante da Contratação Pública que refere “No ano de 2018, os contratos públicos reportados ao portal BASE atingiram 7,032mil milhões de euros, em resultado de 120781contratos celebrados.” E tem como nota de Rodapé *“Cumpre alertar (como tem sido feito nos relatórios precedentes) para a possibilidade de os contratos reportados não serem, efetivamente, todos os contratos celebrados por entidades adjudicantes. Para além de entidades que possam não ter procedido ao registo dos seus contratos por desconhecimento, ou por outras razões, existem outros contratos que, atenta a natureza e o enquadramento jurídico, poderão não ter sido integralmente reportados ao portal BASE, designadamente:*

- a) *Os contratos cujo preço contratual seja inferior a 5 000 euros;*
- b) *Os contratos de aquisição de serviços de água e energia elétrica;*
- c) *Os contratos das entidades inseridas nos sectores especiais (água, energia, transportes e serviços postais) abaixo dos limiares comunitários;*
- d) *Os contratos excluídos nos termos do artigo 4.º do CCP;*
- e) *Os contratos resultantes de procedimentos não sujeitos à parte II do CCP, nos termos do respetivo artigo 5.º (ex: contratação “in house”).* “

Ora mais uma vez constatamos que o próprio IMPIC alerta que os dados analisados podem não estar completos, seja por falta de registo por parte de entidades que desconhecem essa obrigação legal, seja por outros motivos nomeadamente o preço contratual inferior a 5.000,00€, o que nos leva novamente para a falta de dados referente aos contratos celebrados por ajuste direto simplificado.

Apesar do CCP, efetivamente dispensar a publicitação no Portal Base dos contratos celebrados por ajuste direto simplificado para efeitos de eficácia dos contratos, considera-se que a publicação destes contratos iria permitir a elaboração de relatórios sobre a contratação pública em Portugal com dados mais representativos sobre o número de contratos efetivamente celebrados e a despesa pública realizada ao abrigo destes contratos.

O reconhecimento da importância da publicação dos contratos celebrados por Ajuste direto simplificado não foi contemplado pelo legislador aquando da elaboração das alterações efetuadas ao código pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. O próprio IMPIC reconhece a importância destas publicações conforme exposto no parecer dado em 14/18/2018

onde refere “a obrigatoriedade de comunicação dos procedimentos de ajuste direto simplificado deveria ser contemplada pelo legislador, de forma a permitir uma maior transparência na contratação pública, bem como possibilitar o envio à Comissão Europeia de relatórios que traduzem a realidade da contratação pública nacional (que atualmente e face à não obrigatoriedade de comunicação ao Portal Base destes procedimentos acabam por não permitir um reporte correto).” (IMPIC, 2018a)

Temos assim que apesar de haver um portal de publicação obrigatória para os contratos públicos este fica aquém do objetivo. Segundo os dados publicados no portal da Transparência e Integridade em 2018 o total dos contratos comunicados ao portal base ficou-se em 3,45% do PIB, no entanto estima-se que o peso da contratação pública em Portugal é de três vezes mais elevado. “Isto significa, na prática que há uma percentagem muito significativa de contratos públicos que não são publicados à revelia do que está consignado na lei e contrario ao que é determinado pelo Código dos contratos públicos (artigo 465.º relativo à publicação dos contratos), sendo que a publicação é condição de eficácia do respetivo contrato, nomeadamente para efeitos de pagamento”. (Transparency International, 2020)

1.4. Dados publicados no Portal Base

O objetivo do estudo neste item é fazer uma análise critico-reflexiva aos dados publicados no Portal Base por uma entidade de forma a verificar, a contribuição desta página para o princípio da transparência na Contratação Pública, em particular nos Ajustes Diretos.

As Autarquias Locais estão sujeitas às regras estipuladas no Código da Contratação Pública, sendo consideradas entidades adjudicantes no âmbito do disposto no artigo 5º do CCP. As autarquias locais visam a prossecução de interesses próprios da população residente na circunscrição do concelho pelo que se julga que os contratos realizados por uma autarquia são representativos de todos os tipos de contratos realizados mediante o código dos contratos públicos.

Foi selecionada aleatoriamente uma autarquia local na medida em que as autarquias são um universo bastante representativo e influente na economia local. Assim considerando o universo de entidade adjudicantes sujeitas ao CCP e conseqüentemente sujeitos à regra de publicação dos contratos no Portal Base optou-se por selecionar o Município do Porto para analisar os contratos realizados durante os anos de 2018 e 2019 e publicados no Portal Base.

A recolha de dados foi efetuada na plataforma online dos contratos públicos, o Portal Base recorrendo ao campo de pesquisa avançada selecionando o número de contribuinte e a data de celebração de contrato tomando como referência os dois últimos anos civis, (de 01/01/2018 a 31/01/2018 e de 01/01/2019 a 31/01/2019), de forma a poder comparar os procedimentos desenvolvidos e publicados.

Os dados recolhidos foram exportados em formato excel e constitui a nossa base de dados contendo os seguintes parâmetros:

- Objeto do Contrato
- Tipo de procedimento
- Tipo (s) de Contrato
- CPV
- Entidade(s) Adjudicante(s)
- Entidade(s) Adjudicatária(s)
- Preço Contratual
- Data de Publicação
- Data de Celebração do Contrato
- Prazo de Execução
- Local de Execução
- Fundamentação
- Data de Fecho do Contrato
- Preço Total Efetivo
- Causas das Alterações ao Prazo
- Causas das Alterações ao Preço
- N.º do registo do Acordo Quadro
- Procedimento Centralizado

Dentro dos dados recolhidos os parâmetros que apresentam mais relevância para o presente estudo são o Tipo de Procedimento e a Fundamentação dos Ajustes Diretos e serão nestes que se focaram o estudo. Todas as tabelas e gráficos apresentados são de elaboração própria com dados extraídos da base de dados.

1.4.1. Distribuição dos Contratos por tipo de procedimento

Com o objetivo de perceber se o recurso aos ajustes diretos é significativo na escolha do procedimento pré-contratual procedeu-se à análise dos contratos publicados por tipo de procedimentos nos anos de 2018 e 2019.

Quadro I

Contratos por tipo de procedimentos realizados no ano de 2018

Tipo de procedimentos	Número de procedimentos	Valor dos Contratos
Ajuste Direto Regime Geral	402	13 903 551,25 €
Ao abrigo de acordo-quadro (art.º 259.º)	2	706 245,62 €
Concurso público	43	16 354 904,68 €
Consulta Prévia	98	4 128 189,54 €
Total Geral	545	35 092 891,09 €

Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

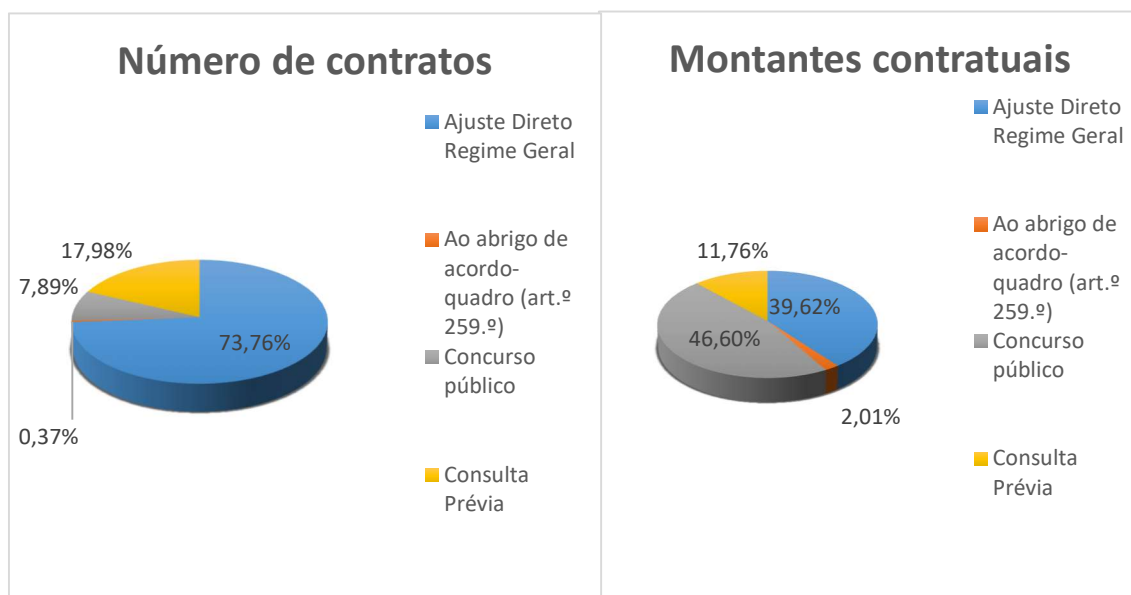
No ano de 2018, foram celebrados pelo Município do Porto 545 procedimentos pré-contratuais distribuídos por 4 tipos de procedimentos dos quais 402 foram Ajuste Direto Regime Geral.

Temos assim que o valor relativo dos contratos precedidos por procedimentos de ajuste direto representou 73,76% do número total de contratos. Comparativamente o segundo procedimento mais adotado é o de Consulta Prévia com 17,98%, o que perfaz uma diferença de 55,78% face ao Ajuste Direto. O Ajuste direto surge claramente como o tipo de procedimento mais utilizado no processo de contratação.

No que respeita aos montantes contratuais o Concurso Público apesar de só ter sido celebrado 43 contratos apresenta o valor mais alto de 16 354 904,68 €. Daqui advém que o concurso público é usado quando os valores a concurso não permite utilizar o ajuste direto.

Gráfico I

Distribuição dos contratos por tipo de procedimentos



Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

Podemos observar no Gráfico I que o ajuste direto foi o procedimento mais adotado na celebração de contratos no ano de 2018, correspondendo a 73,76% do total dos contratos celebrados. A consulta prévia com 17,98% é segundo procedimento mais adotado, seguindo-se o concurso público com 7,89%.

Apesar do número reduzido dos contratos por concurso público, a nível de montante contratual o valor é significativamente relevante correspondendo a 46,60%. face à despesa total

No entanto o ajuste direto surge logo a seguir com 39,62% do valor o que também é significativo em termos de despesa total.

Quadro II

Contratos por tipo de procedimentos realizados no ano de 2019

Tipo de Procedimentos	Número de Procedimentos	Valor dos contratos
Ajuste Direto Regime Geral	324	6 230 457,43 €
Ao abrigo de acordo-quadro (art.º 259.º)	6	6 979 778,08 €
Concurso limitado por prévia qualificação	2	3 155 961,24 €
Concurso público	58	7 900 873,54 €
Consulta Prévia	115	5 689 177,20 €
Total Geral	505	29 956 247,49 €

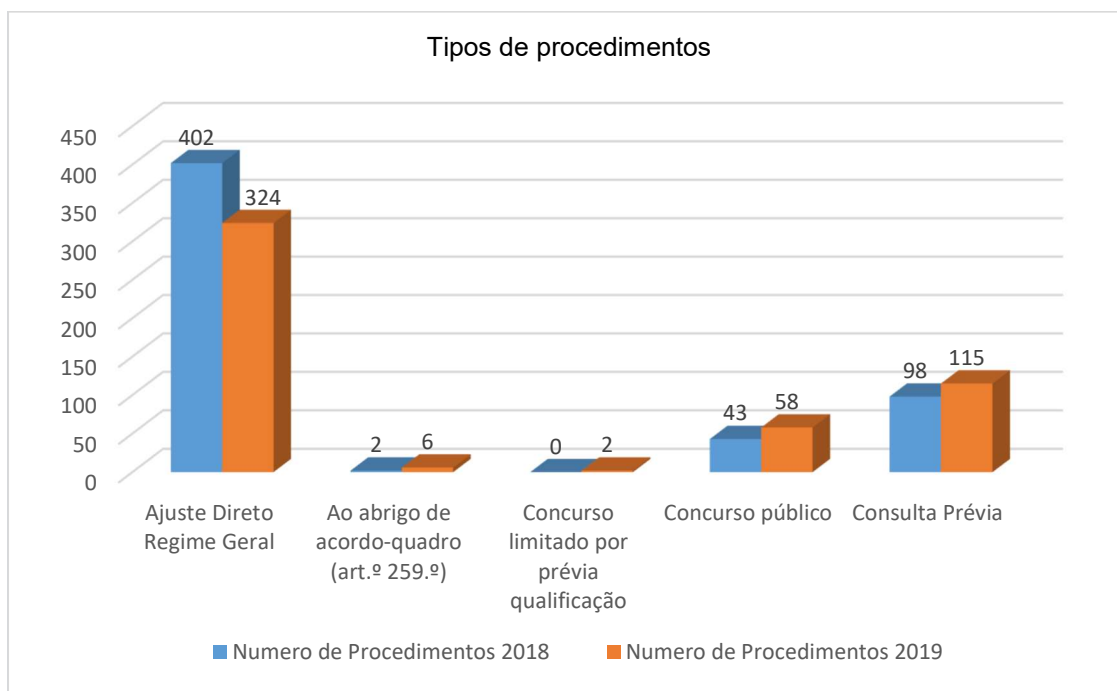
Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

No ano de 2019 foram celebrados pelo Município do Porto 505 procedimentos pré-contratuais distribuídos por 5 tipos de procedimentos. Dos contratos celebrados o tipo de procedimento a que se recorreu com maior frequência foi o Ajuste Direto, representando 324 do número total de procedimentos, seguindo-se a consulta prévia com 115.

Comparativamente o concurso público apresenta um número reduzido de contratos celebrados, mas a nível de montante contratual é o valor mais relevante correspondendo a 7.900.873,54€ face à despesa total

Gráfico II

Evolução dos contratos por tipo de procedimentos 2018/2019

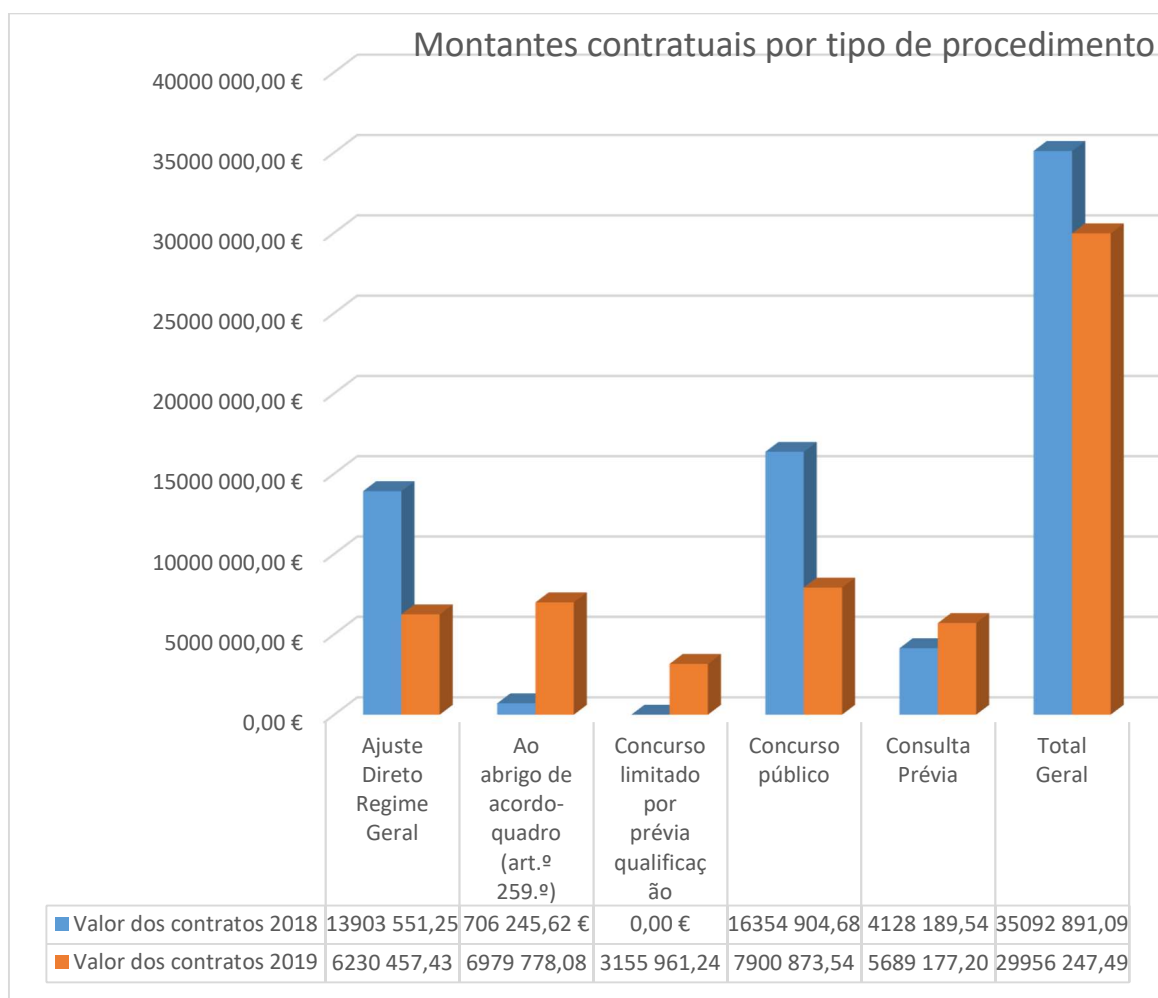


Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

Em termos de número de contratos registou-se em 2019 uma diminuição face a 2018 (menos 40 contratos), sendo de destacar a diminuição dos contratos por ajuste direto (-78) e o aumento ao recurso da consulta prévia (+17), dos concursos públicos (+15) e do ao abrigo de acordo-quadro (art.º 259.º) (+4). O procedimento com menos expressividade é o concurso limitado por prévia qualificação apenas foram celebrados 2 contratos em 2019.

Gráfico III

Contratos por tipo de procedimentos e montantes contratuais 2018/2019

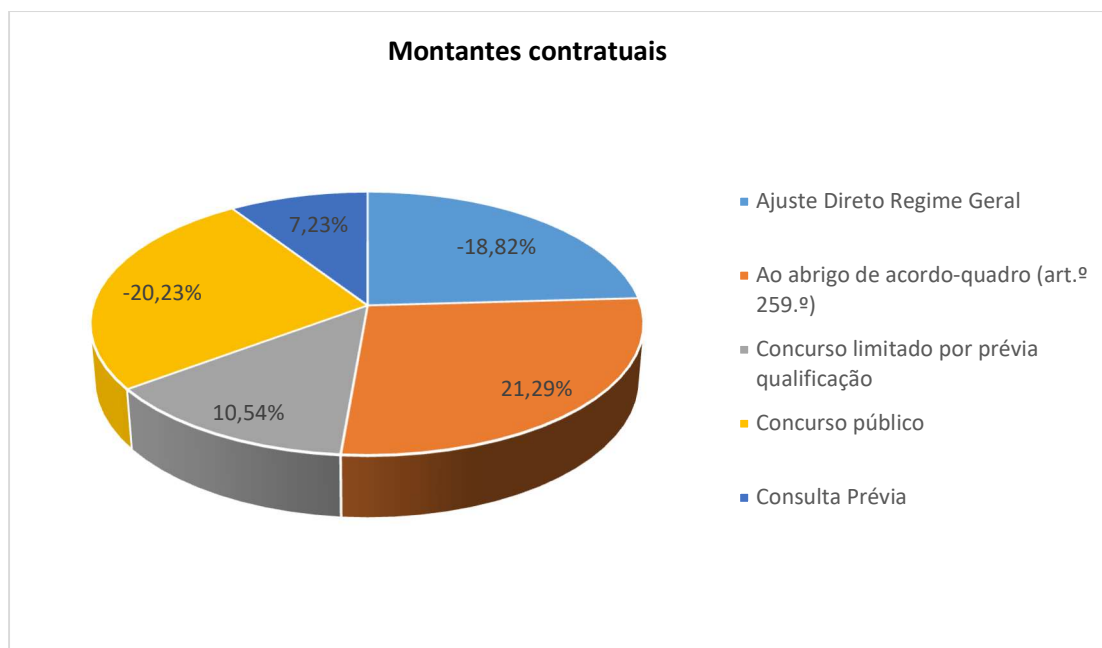


Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

O número de contratos celebrados em 2019 diminuiu significativamente face a 2018 correspondendo a menos 40 contratos, o que em parte explica a diminuição do valor total dos contratos de celebrado. Apesar do valor dos contratos em 2019 apresentar uma diminuição generalizada, a consulta prévia destaca-se por contrariar essa tendência, assim como destaca-se também a celebração de contratos por concurso limitado por prévia qualificação, considerando que em 2018 não se tinha recorrido a este tipo de procedimento

Gráfico IV

Evolução percentual dos montantes contratuais por tipo de procedimento 2018/2019



Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

Face ao ano de 2018 o valor dos contratos celebrados por ajuste direto sofreu uma diminuição de 18,82% e o concurso público sofreu uma diminuição de 20,23%, que se explica pela diminuição do número de contratos celebrados e pelo recurso a outros tipos de procedimento como o concurso limitado por prévia qualificação e o ao abrigo de acordo-quadro (art.º 259.º), que sofreu um aumento de 21,29% face ao ano de 2018.

1.4.2. Fundamentação dos Ajustes Diretos

Não só porque a fundamentação dos atos é exigida por lei, mas também porque assume uma importância relevante na justificação da escolha do procedimento, procedemos à análise do parâmetro “Fundamentação” dos contratos publicados no Portal Base, no sentido de verificar se a fundamentação apresentada justifica a escolha do procedimento ajuste direto.

Esta verificação passa não só pela análise tendente de perceber se a fundamentação existe, mas também por verificar se está objetivamente fundamentada, com coerência e racionalidade, sustentando a decisão tomada.

Com base na recolha de dados, procedeu-se à elaboração de quadros com a fundamentação apresentada nos contratos realizados por ajuste direto e por ano.

Quadro III

Fundamentação dos ajustes diretos ano de 2018

Fundamentação	Tipo de Critério	Número Procedimentos	Montante Preço Contratual
Artigo 19.º, alínea d) do Código dos Contratos Públicos	Valor	1	22 121,81 €
Artigo 20.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	Valor	38	1 326 942,17 €
Artigo 20.º, n.º 1, alínea d) do Código dos Contratos Públicos	Valor	254	3 007 210,89 €
Artigo 21.º, n.º 1, alínea c) do Código dos Contratos Públicos	Valor	1	5 750,00 €
Subtotal		294	4 362 024,87 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos	Material	3	3 267 990,36 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea c) do Código dos Contratos Públicos	Material	6	1 514 543,43 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e) do Código dos Contratos Públicos	Material	5	1 024 371,08 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea i) do Código dos Contratos Públicos	Material	63	1 437 282,47 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea ii) do Código dos Contratos Públicos	Material	11	1 341 417,57 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do Código dos Contratos Públicos	Material	5	335 203,19 €
Artigo 27.º, n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos	Material	15	620 718,28 €
Subtotal		108	9 541 526,38 €
Total		402	13 903 551,25 €

Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

No ano de 2018 e verificando a fundamentação dos contratos publicados podemos aferir que os ajustes diretos celebrados com base no Critério Valor, apresentam um valor mais relevante (294) do que os contratos celebrados com base no Critério Material (108).

Em termos de montantes contratuais o Critério Material tem uma expressividade mais relevante atingindo um valor de 9.541.526,38% face aos 4.334.153,06€ do Critério Valor. O valor dos contratos celebrados com recurso a critérios materiais representa mais do dobro do valor dos contratos celebrados com recurso a critérios de valor. Esta diferença é justificável considerando que o recurso ao ajuste direto com base em critérios matérias não está sujeito a limite de valor.

Quadro IV

Fundamentação dos ajustes diretos ano de 2019

Fundamentação	Tipo de Critério	Número Procedimentos	Montante Preço Contratual
Artigo 19.º, alínea d) do Código dos Contratos Públicos	Valor	1	21 600,00 €
Artigo 20.º, n.º 1, alínea d) do Código dos Contratos Públicos	Valor	244	2 950 856,76 €
Subtotal		245	2 972 456,76 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	Material	1	5 940,00 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea c) do Código dos Contratos Públicos	Material	1	27 000,00 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea i) do Código dos Contratos Públicos	Material	34	771 121,85 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea ii) do Código dos Contratos Públicos	Material	19	1 219 341,09 €
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do Código dos Contratos Públicos	Material	15	898 940,32 €
Artigo 27.º, n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos	Material	9	335 657,41 €
Subtotal		79	3 258 000,67 €
Total		324	6 230 457,43 €

Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

No ano de 2019 os ajustes diretos celebrados com base no critério valor, Artigo 19.º e 20.º é bastante superior (245) aos contratos celebrados com base no critério material, Artigo 24.º e 27.º (79). Apesar do número de contratos celebrados tendo como base o critério material serem bastante inferior em termos de número, em termos de montantes contratuais tem um peso mais substancial €3.258.000,67 face aos €2.972.456,76 do critério valor. A tendência de recorrer ao ajuste direto pelo critério valor mantém-se em termos de número de procedimentos. No entanto quando falamos em montantes contratuais, já os contratos celebrados por critérios materiais e apesar de serem em menor número, atingem uma expressividade maior.

De salientar que tanto em 2018 como em 2019 nos procedimentos por ajuste direto em função dos critérios materiais destaca-se o artigo 24.º n.º 1 alínea e) como fundamentação mais utilizada. Este artigo aplica-se quando estamos perante contratos cujo objeto só pode ser confinado a determinadas entidades por motivos de ordem técnica, artística ou relacionados com direitos exclusivos.

Sendo o ajuste direto um procedimento que implica que terão de se verificar determinadas condições para se poder contratar a luz deste procedimento, procuramos fazer uma análise mais alargada a alguns contratos a fim de podermos aferir que o recurso ao ajuste direto foi a decisão mais adequada à presente contratação.

Quadro V

Contratos celebrado ao abrigo do Artigo 24.º, n.º 1 alínea b) no ano de 2018

Tipo(s) de Contrato	Objeto do Contrato	Entidade(s) Adjudicatária(s)	Preço Contratual	Data de Celebração do Contrato
Aquisição de serviços	Serviços de coordenação técnica de todas as atividades previstas no projeto AIIA Porto – Abordagem Integrada para a Inclusão Ativa – Candidatura ao Eixo Prioritário 7 do Programa Operacional Regional do Norte (NORTE 2020).	Liliana Isabel Teixeira Lopes	90 000,00 €	22/10/2018
Aquisição de serviços	Educação no pré-escolar e 1º ciclo do ensino básico, na área de educação artística - música.	Ana Isabel Teixeira Ferreira	10 000,76 €	13/11/2018
Locação de bens móveis/ Aquisição de bens móveis	Aluguer operacional dos veículos automóveis ligeiros elétricos e híbridos plug-in, pelo período de 48 meses.	Leaseplan Portugal - Comércio e Aluguer de Automóveis e Equipamentos Unipessoal Lda.	3 167 989,60 €	17/01/2018

Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

Estes contratos apresentam a fundamentação: “Artigo 24.º n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos” e para a realização destes contratos por ajuste direto ser possível teve de se verificar a seguinte condição:

- Realização de concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial com exclusão de todas as propostas apresentadas e os cadernos de encargos não foram substancialmente alterados em relação aqueles procedimentos.

Embora tenha ficado deserto houve lugar a concurso. Partimos para este pressuposto pela indicação da norma legal. Se a necessidade de celebrar o presente contrato teve por base um concurso público que ficou deserto, não devia ser identificado o concurso anterior? No entanto, não aparece mais nenhuma referência ao concurso anterior. Referência esta que podia ser mencionada na fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste direto para melhor demonstrar a transparência do procedimento agora adotado.

Para melhor complementar a informação foi consultado através do Portal Base o “detalhe do contrato” para vários procedimentos. De referir que o detalhe do contrato tem de ser consultado um a um no site. Após consulta de um elevado número, selecionou-se três procedimentos, referenciados no quadro V, a fim de melhor aferir a justificação do recurso ao ajuste direto. Verificamos que o “detalhe do contrato” para os três procedimentos contem dois campos referentes à fundamentação:

- Fundamentação: *Artigo 24.º, n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos*
- Fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste direto (se aplicável): *Ausência de recursos próprios.*

Ora a fundamentação adicional apresentada “ausência de recursos próprios” nada de novo acrescenta considerando que a norma legal apresentada Artigo 24, n.º 1 alínea b), implica a existência de procedimento anterior realizado através de concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, o que perfaz que a ausência de recursos próprios também é fundamentação para estes procedimentos.

Foi verificado em cerca de 200 contratos consultados, através do detalhe de contrato publicado no portal base, que a fundamentação existente se resume à indicação da normal legal e à fundamentação adicional “Ausência de recurso próprios”, tendo-se encontrado apenas uma situação específica com recurso a outra fundamentação, que passamos a analisar.

O contrato foi celebrado em 2019 com a entidade Whitegold – Consultadoria em Gestão de Qualidade, Lda. e refere-se a uma aquisição de serviços para a realização de Auditoria Interna ao Sistema de Gestão da Qualidade, Ambiente, Segurança e Saúde Ocupacional (SG QAS).

Quadro VI

Contrato celebrado ao abrigo do Artigo 20.º, n.º 1 alínea d) no ano de 2019

Tipo(s) de Contrato	Objeto do Contrato	Entidade(s) Adjudicatária(s)	Preço Contratual	Data de Celebração do Contrato
Aquisição de serviços	Realização de Auditoria Interna ao Sistema de Gestão da Qualidade, Ambiente, Segurança e Saúde Ocupacional (SG QAS)	Whitegold – Consultadoria em Gestão de Qualidade, Lda	5 500,00 €	24/10/2019

Elaboração própria com base nos dados retirados do Portal Base

- Fundamentação: *Artigo 20.º, n.º 1, alínea d) do Código dos Contratos Públicos*
- Fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste direto (se aplicável): *“Está especificamente em causa uma situação em que a escolha do adjudicatário assenta em razões ligadas aos seus atributos, em concreto, a experiência e conhecimento das matérias em causa, nomeadamente, no âmbito específico de Autarquias, com larga experiência nesta área, oferecendo-lhe assim a aptidão para a prestação dos serviços no domínio da realização de auditorias internas que se pretende adjudicar.”*

O recurso ao ajuste direto impõem que as entidades adjudicantes apenas recorram a ele de forma a que o princípio da legalidade e da transparência não possam ser postos em causa. Assim a

norma que fundamenta o concurso por ajuste direto impõe a legalidade do procedimento, neste caso foi um ajuste direto com base no critério valor, o valor do procedimento é inferior a 20.000,00€. Neste caso a fundamentação adicional justifica a necessidade do recurso ao ajuste direto, pois alegam que a escolha do adjudicatário assenta na *experiência e a matéria em causa*, que permite a realização da prestação de serviço pretendida.

Mas tal como verificado, na grande maioria dos contratos celebrados por ajuste direto quer pelo critério valor quer pelo critério material, a fundamentação posta na publicação do detalhe do contrato passa por indicar a norma legal que esteve na base da celebração do contrato e apenas acrescentam “ausência de recursos próprios”. Com estes dados não é de fácil aferição verificamos que o recurso ao ajuste foi o melhor meio de satisfação do interesse público. Através dos dados publicados apenas podemos visualizar a transparência através das normas legais que fundamentam os procedimentos, os valores contratuais gastos e as entidades que são convidadas. Podemos dizer que existe transparência, na medida em que sabemos onde o dinheiro público é gasto. Se o recurso ao ajuste direto foi o mais apropriado, só tendo acesso a mais dados que não são disponibilizados no Portal Base. Apenas podemos aferir através da indicação da norma legal que o procedimento podia ser adotado em razão do valor. Afigura-se que o princípio da transparência é formalmente cumprido, porém não sob o ponto de vista material.

Capítulo IV

1. Proposta de alterações ao Código dos Contratos Públicos (CCP)

O Código dos Contratos Públicos publicado em 2008, já foi alvo de várias alterações, alterações efetuadas como medidas de simplificar, desburocratizar e flexibilizar os procedimentos de formação dos contratos públicos com vista à prossecução do interesse público.

Ora, encontra-se em discussão mais uma alteração ao CCP, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual, a proposta de alteração da Lei n.º 41/XIV/1ª que “Aprova medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 9 de outubro. Esta proposta de alteração de lei foi aprovada em Plenário da Assembleia da República em 16 de novembro de 2020, e deu origem ao Decreto da Assembleia da República n.º 95/XIV. O Decreto foi alvo de veto² por parte do Presidente da República e devolvido à Assembleia da República sem promulgação para nova apreciação.

O Presidente da República solicita que a Assembleia da República pondere:

- a) os efeitos quanto ao adjudicante e ao adjudicatário do controlo a *posteriori* de ilegalidades e de irregularidades detetadas pelo Tribunal de Contas e, bem assim;
- b) a garantia da presidência da comissão independente de acompanhamento e fiscalização por membro designado pela Assembleia da República, a previsão do alargamento da incompatibilidade de todos os membros com o desempenho de cargos em parceiros económicos e sociais, e a substanciação adicional do papel da comissão, em termos de articulação com o Tribunal de Contas e de conhecimento público da sua atividade.

Esta proposta de alteração de lei, tem relevância para o presente trabalho na medida em que é proposto a alteração ao CCP com a aprovação de novas medidas para a contratação pública, nomeadamente é proposto novas regras para a utilização dos ajustes direto.

Estas alterações vêm no seguimento do desenvolvimento de uma efetiva política de modernização administrativa, que já vinha sendo aposta efetiva do Governo anterior, medidas de simplificação da atividade administrativa. Esta proposta de alteração de lei tem em vista a “simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos”, com o objetivo de “aumentar a eficiência da despesa pública e promover um acesso mais efetivo àqueles contratos por parte dos operadores económicos”.

² Veto em 09/12/2020 - Ofício n.º 11683 de 7.12.2020

No sentido de promover a agilização dos procedimentos de forma a dar uma resposta mais célere foram identificadas algumas áreas como prioritárias e a necessitar de alteração legislativa. Uma das áreas identificadas relaciona-se com os contratos cujo objeto tenha a ver com a execução de projetos cofinanciados por fundos europeus, cuja implementação não raras vezes é dificultada por motivos meramente procedimentais, sendo claro o objetivo de contribuir para a aceleração da respetiva execução. Um especial enfoque incide ainda sobre contratos celebrados noutras áreas de especial prioridade política, nomeadamente contratos celebrados nas áreas da habitação pública ou de custos controlados, de contratos de intervenção em imóveis cuja titularidade e gestão tenha sido transferida para os municípios no âmbito do processo de descentralização de competências, de contratos de aquisição de bens e serviços no âmbito das tecnologias de informação e conhecimento, de contratos celebrados no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais e, finalmente, de contratos que tenham por objeto a aquisição de bens agroalimentares.

O Governo reconhece que uma área prioritária de intervenção consiste na transição digital do Estado, dos cidadãos e da sociedade civil. Esta transição assume um papel essencial na estratégia de desenvolvimento económico do país, reputando-se para a implementação da estratégia digital, sobretudo ao nível da administração pública. A adoção, de procedimentos simplificados de contratação pública no âmbito das tecnologias de informação e conhecimento, é também contemplada no presente diploma.

O Governo procura ainda promover uma maior e mais adequada integração de considerações de ordem social e de natureza ambiental nos procedimentos de contratação pública, bem como atribuir reforçada importância à qualificação e à inovação na execução contratual, pois reconhece que a contratação pública pode ter um papel significativo na aceleração da transição para uma economia circular e na promoção de objetivos sociais, tais como a sustentabilidade, a promoção da contratação de proximidade, a inclusão social e a inovação, além da estrita relação qualidade-preço.

No panorama atual a preocupação com a promoção da transparência, a prevenção e o combate à corrupção no exercício das funções públicas de forma a melhorar a eficiência e a eficácia dos serviços públicos são referidos como objetivos prioritários. Ora esta preocupação também é demonstrada neste projeto de lei ao referir que “*os princípios da concorrência, publicidade, transparência, igualdade de tratamento e não-discriminação que regem a contratação pública deverá ser sempre respeitada, por forma a garantir as condições de concorrência efetiva.*”

E as medidas propostas para assegurar a transparência passa pela introdução das regras:

- As entidades convidadas a apresentar proposta, em procedimentos de consulta prévia, não podem ser especialmente relacionadas entre si, quer por partilharem representantes legais ou sócios, quer por se encontrarem coligadas por qualquer tipo de relação de sociedades coligadas, fatores que acrescem, no âmbito do procedimento de consulta prévia, ao regime geral dos impedimentos;

- Apresentação de um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas, enquanto documento de habilitação a *alguns adjudicatários* e a *determinados contratos* como forma de assegurar na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitem as normas aplicáveis em vigor em matéria de prevenção e combate à corrupção.

A escolha das entidades que podem ser convidadas nos procedimentos celebrados por consulta prévia é da competência da entidade adjudicante (artigo 112.º n.º 1 e artigo 113.º do CCP), e será sempre a entidade adjudicante *“a dona do procedimento, na medida em que a identidade de cada um dos participantes no procedimento será uma consequência da sua escolha discricionária e não da resposta do mercado concorrencial a um convite generalizado a contratar através de um anúncio.”* (Almeida & Sánchez, 2016)

As limitações previstas no artigo 55.º do CCP aplica-se a todos os operadores económicos que queiram fazer parte da contratação pública e não especificamente às entidades que a quem possa ser dirigido convite, ajuste direto e consulta prévia. Já o artigo 113.º do CCP impõem limitações as entidades que podem ser convidadas, tendo como base um valor limite que não podem ser ultrapassados quando o convite é dirigidos a uma mesma entidade, mas não limita entidades que se relacionam entre si, isto é, basta que a mesma pessoa tenha mais que uma empresa, que o convite acaba por ser dirigido a mesma pessoa através das várias empresas que detém. Ora o legislador ao acrescentar aos impedimentos que as “entidades convidadas a apresentar proposta, em procedimentos de consulta prévia, não podem ser especialmente relacionadas entre si” limita a atuação da entidade adjudicante enquanto soberana na decisão de contratar por convite na consulta prévia. Assim as medidas propostas *“não afastam apenas os processos de concurso, ousam ir além e derrogam também as regras que impõem limites à adjudicação sucessiva de contrato às mesmas empresas. O que se quer promover é, portanto, a substituição da regra do concurso, em que todas as empresas interessadas podem concorrer, pela regra do convite, que reserva o acesso a sucessivos processos de contratação pública a empresas livremente escolhidas pelos decisores.”* (Gonçalves P. C., 2020b)

Já a apresentação do plano de prevenção por parte da entidade adjudicada fica ao critério da entidade adjudicante, que deverá avaliar conforme os contratos celebrados esta necessidade. Mais uma vez é concedido aos “decisores” o poder de decidir, mas o ser só exigido a alguns adjudicatários e a determinados contratos não será a melhor maneira de transmitir a transparência, mas como tudo, a justificação para a apresentação do plano ou não ditará a transparência.

O capítulo II da Proposta de Lei estabelece um conjunto de medidas especiais em matéria de contratação pública aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais relativos à execução de projetos cofinanciados por fundos europeus, em matéria de habitação e descentralização, de tecnologias de informação e conhecimento, de execução do Programa de Estabilização Económica e Social, no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais (SGIFR) e relativas a bens agroalimentares.

As medidas propostas vêm no seguimento da simplificação dos procedimentos para a celebração dos contratos acima mencionados destacando-se:

- a possibilidade de recurso à consulta prévia, com convite a, pelo menos, 5 (cinco) entidades, sem aplicação das limitações constantes do n.º 2 a 6 do artigo 113.º do CCP, quando o valor do contrato for inferior aos limiares de aplicação das Diretivas Europeias (alínea a) do n.º 1 conjugada com o n.º 2 do artigo 2.º);
- a possibilidade de ajuste direto simplificado quando o valor do contrato for igual ou inferior a 15 000 euros (alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º);
- a redução, em sede de concurso público e concurso limitado por prévia qualificação, do prazo para apresentação de propostas e candidaturas (alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º);
- no que concerne às contratações para a gestão dos combustíveis no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais - SGIFR, a consagração da possibilidade de recurso ao ajuste direto ou consulta prévia até aos limiares comunitários e com dispensa da aplicação das limitações previstas nos n.ºs 2 a 6 do artigo 113.º do CCP;
- a exigência de que os procedimentos adotados ao abrigo destas medidas especiais tramitem através de plataforma eletrónica de contratação pública.

Estas medidas preveem a possibilidade de realizar consultas prévias até aos limiares comunitários, ao incremento do limite financeiro que admite o recurso ao ajuste direto simplificado, à redução dos prazos de apresentação de propostas e candidaturas em procedimentos concorrenciais e a não aplicação dos limites decorrentes dos n. 2 a 6 do artigo 113.º do CCP, ou seja, do recurso aos mesmos fornecedores, apresentando nuances consoante as áreas, assumindo algumas delas carácter temporário (até 31 de dezembro de 2022).

Com efeito, estas medidas tendo como fundamento a necessidade de agilização procedimental, consistem principalmente em substituir concursos públicos ou limitados por prévia qualificação, por procedimentos com recurso ao ajuste direto que sem outras razões válidas para suportar um regime de diferenciação na contratação, podem por em causa o princípio da igualdade dos concorrentes.

“Em lugar de um regime unitário do CCP, constitui-se um “CCP em mosaico” incluindo regimes de formação dos contratos distintos por área de administração segundo a tutela governamental o que é certamente indesejável. Atendendo a que cada tipo de procedimento é fonte de deveres e direitos específicos para os candidatos e concorrentes poderá ser mesmo desrespeitado o princípio da igualdade.” (APMEP, 2020)

O Tribunal de Contas sobre esta medida de recorrer às consultas prévias, mesmo considerando que o convite é dirigido a cinco entidade, em vez de concursos públicos, manifestou-se negativamente sobre o assunto *“Por outro lado, continuando sempre na perspetiva da prossecução do interesse público e dos potenciais impactos financeiros negativos que as*

mesmas podem eventualmente acarretar, considera-se negativa a necessidade de substituição dos procedimentos concursais e abertos a concorrência, por procedimentos fechados, como seja a consulta prévia a cinco entidades escolhidas pela entidade adjudicante. A simplificação invocada estará certamente, e apenas, na escolha livre de entidades a convidar, e não nos prazos procedimentais, uma vez que, de acordo com a revisão operada ao CCP em 2017, os prazos de apresentação de propostas em concursos públicos, que não sejam publicitados no JOUE, podem ser de apenas 6 dias (cf. artigo 135.º, fl.º 1 e 2 do CCP)”, refere ainda que esta alteração é agravada por força da redação do n.º 2 do artigo 2.º “ As consultas prévias previstas na alínea a) do número anterior não se aplicam às limitações constantes nos n.ºs 2 a 6 do artigo 113.º do Código dos Contratos dos Públicos”, “Ou seja, doravante, e ao contrário do atualmente estabelecido no CCP para os contratos públicos em geral, a ser aprovada a proposta de alteração, as entidades adjudicantes vão poder celebrar, de forma continuada, contratos públicos com as mesmas entidades, criando relações duradouras e impedindo o acesso, em igualdade de circunstâncias a outras empresas que potencialmente poderão apresentar melhores propostas.” (Tribunal de Contas, 2020b)

Ainda tendo em conta estas medidas, temos a exigência de que o procedimento do Ajuste Direto Simplificado para contratos de valor igual ou inferior a €15.000, tramitem em plataforma eletrónica de contratação pública, exigência esta que pode constituir um constrangimento para muitas empresas. A utilização de plataformas eletrónicas ainda constitui uma das grandes dificuldades das micro e pequenas empresas quando querem ter acesso aos procedimentos pré-contratuais.

A presente proposta de alteração de lei também contempla alterações ao código dos Contratos Públicos, passamos em revista alguns artigos que consideramos importantes para este trabalho.

- **Alteração ao artigo 1.º- A do CCP**

É alterado o n.º 2 do artigo 1.º- A, princípios aplicados à formação e execução dos contratos públicos, nos seguintes termos:

“As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental, de igualdade de género e de prevenção e combate à corrupção, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional.”

Esta alteração mostra a preocupação do legislador em matéria de prevenção da corrupção e criminalidade conexa. A entidade adjudicante deve adotar procedimentos que assegurem o cumprimento da lei de forma a prevenir e combater a corrupção.

- **Alteração ao artigo 24.º do CCP**

A proposta de diploma procede a uma substancial reformulação e concretização dos critérios materiais densificados no artigo 24.º do CCP. Destaca-se o novo n.º 6 que permite o recurso ao

ajuste direto para a contratação de todo o tipo de atividades conexas com a obra de arte ou o espetáculo artístico. Esta contratação por ajuste direto já é se encontra prevista na subalínea i) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º. É concretizada a noção de “obra de arte ou espetáculo artístico” que, por força do novo n.º 6 “... incluem-se todos os bens, serviços ou obras conexas com a obra ou o espetáculo a adquirir, designadamente:

- a. A criação, execução e interpretação de obras;
- b. Os materiais, equipamentos, transporte e processos produtivos de suporte às artes do espetáculo ou do audiovisual;
- c. A produção, realização e divulgação de artes do espetáculo ou do audiovisual, incluindo de valorização e divulgação das obras e dos artistas.”.

- **Alteração ao artigo 27.º-A do CCP**

O artigo 27º- A que havia sido introduzido na revisão do CCP de 2017 aparece nas normas a revogar, mencionadas no artigo 13.º - Norma revogatória. O artigo 27.ºA do CCP, na sua atual redação, privilegia sempre que possível, o recurso à consulta prévia com convite a pelo menos três entidades, em detrimento do ajuste direto, quando é invocado os critérios materiais para a formação de contratos. Este artigo permite formular uma concorrência ainda que limitada a três entidades, que é defendida como medida concorrencial face que melhor se coaduna com a prossecução do interesse público.

“A proposta de alteração, ao privilegiar o ajuste direto (consulta apenas a uma entidade) em detrimento da consulta prévia, representa um retrocesso em matéria da proteção dos interesses financeiros do Estado, para além de representar igualmente um risco acrescido em matérias associadas a ilícitos de corrupção e infrações conexas, tanto mais que, como já se teve oportunidade de salientar, sendo as entidades adjudicantes autarquias locais podem celebrar contratos sempre com a mesma entidade, sem qualquer Imitação de valor por referencia a anteriores contratos celebrados entre ambas.” (Tribunal de Contas, 2020b)

- **Alteração ao artigo 36.º do CCP**

O n.º 3 do Artigo 36.º do CCP propõe a manutenção da exigência de avaliação de custo/benefício para fundamentar a decisão de contratar relativamente a contratos de valor igual ou superior a € 5 000 000,00 ou, no caso de parceria para a inovação, a €2 500 000,00. Mas o n.º 4 do mesmo artigo dispensa a aplicação da fundamentação se o contrato for cofinanciado por fundos comunitários. A avaliação custo/benefício como parte integrante e obrigatória da fundamentação dos procedimentos mencionados no n.º 3, é um dos pontos chave da fundamentação da decisão de contratar. Ora não nos parece que este instrumento de fundamentação do dever de contratação seja menos exigível quando houver o contributo comunitário pelo que se presume que as instâncias comunitárias não acolherão da melhor forma esta inovação que pode por em causa a exigência quanto ao mérito do contrato. *“...nada impede a que seja feita a análise custo/benefício prevista no n.º 3 do artigo em apreço, tanto mais que a respetivo conteúdo, elencado nas alíneas deste número, é meramente indicativo, encontrando-se salvaguardada a*

possibilidade da sua adaptação pela expressão <<quando aplicável>>. Consequentemente, sugere-se a eliminação da redação proposta para o n.º 4 do artigo 36.º” (IGF, 2020)

A presente proposta de lei n.º 41/XIV/1.º estabelece medidas excecionais de contratação pública, aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais das áreas consideradas prioritárias, a par do regime geral constante do Código de Contratos Públicos. Mas nem todas as medidas são consideradas um avanço positivo em matéria de contratação pública. No parecer sobre a proposta de lei n.º 41/XIV/1.º o Tribunal de Contas refere que esta proposta representa um retrocesso na harmonização das regras da contratação pública *“pois abre a porta a criação de regimes de exceção que desvirtuam os princípios gerais da atividade administrativa e, em especial, da contratação pública, designadamente dos plasmados nas diretivas europeias da contratação pública (igualdade de tratamento e não discriminação, imparcialidade, publicidade, transparência, efetiva concorrência).”* (Tribunal de Contas, 2020b)

Conclusão

A transparência é considerada como um dos princípios mais importantes da contratação pública e aparece nos dias de hoje como um aliado à atuação da administração pública, que impõe um tipo de conduta e um conjunto de sujeições às entidades adjudicantes. Assim, é cada vez mais frequente ouvirmos falar da transparência na contratação pública de forma a garantir preventivamente a imparcialidade da administração pública, transmitir uma imagem de objetividade e projetar para o exterior um sentimento de confiança. É nesta linha de ideias que a transparência aparece como um princípio obrigatório a ser seguido de forma a garantir a ausência de risco de arbitrariedade por parte das entidades adjudicantes e de manter a integridade em todo o ciclo de contratação.

A contratação pública é um instrumento de atuação das entidades públicas, que através da realização de contratos públicos assegura os fornecimentos de bens e serviços inerentes ao funcionamento da própria entidade assim como a externalização das suas funções. Uma contratação transparente promove uma boa gestão da despesa pública. Visa identificar o que é necessário, a determinação de quem é a melhor pessoa ou entidade para suprir esta carência, e a garantia que o necessário é fornecido no momento certo, ao melhor preço de forma justa e transparente.

As entidades públicas enquanto entidades adjudicantes têm o dever de exercer o seu poder de forma ética e imparcial, respeitando os procedimentos do código dos contratos públicos enquanto diploma orientador da disciplina aplicável à contratação pública em vigor em Portugal. No entanto os contratos públicos constituem um domínio sujeito a práticas de corrupção face às relações estabelecidas entre as entidades públicas e privadas, práticas estas atribuídas muitas vezes a atos irresponsáveis de aplicação dos recursos públicos e à falta de transparência na contratação. É neste sentido que o Governo defende políticas mais transparentes que passam por disponibilizar informações aos cidadãos sobre gestão pública. A disponibilização dos dados públicos, em formatos abertos, foi conquistando a adesão e o compromisso de muitos governos e entidades públicas. É nesta ótica de ideias que a disponibilização de informação pública passou a ser defendida pelo Governo Aberto (Open Government), que defende mais transparência, colaboração e participação nas relações entre governos e cidadão. Na defesa das políticas de dados abertos é criado em Portugal o portal Dados.Gov que constitui a porta de acesso online ao repositório dos dados disponibilizados pela administração pública.

A transparência é um instrumento importante para o dia a dia do cidadão na medida que permite saber onde, como e porque é que o dinheiro público está a ser gasto. Mas transparência é mais que publicitar os dados num portal, pois a publicação de informações extremamente técnicas, como documentos financeiros, não garante, por si só a transparência, se os cidadãos não compreenderem efetivamente essas informações e não puderem fazer uso delas. É preciso que os dados sejam publicados em linguagem simples e compreensível a qualquer cidadão, assim

como se torna necessário que os cidadãos sejam capazes de entender e interpretar as informações disponibilizadas.

A implementação das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) foi um contributo importante para o princípio da transparência, pois surge como um instrumento que permite à Administração Pública promover a transparência das suas ações, uma vez que facilita o acesso às informações pelos cidadãos. A modernização na prestação da atividade administrativa é uma escolha acertada para uma prestação de serviços públicos mais eficaz, célere e transparente, além da redução de custos na contratação pública.

A consolidação dos meios eletrônicos na contratação pública tem sido utilizada cada vez mais como um modelo de governo acertado, uma vez que os cidadãos têm acesso a informações de modo transparente, podendo ter o alcance a esses dados a qualquer dia e hora. Neste ponto ganha relevância a implementação dos portais de divulgação de dados e a exigência de uso de plataformas eletrônicas.

O código dos contratos públicos defende a transparência como um dos princípios da contratação pública, que conjugado com outros princípios se aplica transversalmente às diferentes fases do ciclo contratual. Dos princípios elencados no CCP assumem também relevância o princípio da concorrência, da publicidade, da igualdade de tratamento e da não discriminação, quando falamos de procedimentos pré-contratuais. Estes princípios são por vezes associados à transparência, pois ao respeitá-los é respeitado também o princípio da transparência.

Dentro dos procedimentos pré-contratuais previsto no CCP, para a formação de contrato, cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, o ajuste direto e a consulta prévia, são dos que mais levantam dúvidas em termos de concorrência e de transparência, pois a formação do contrato tem como base o convite direto aos operadores económicos por parte da entidade adjudicante, procedimento logo à partida, limitado à escolha do decisor público. Os operadores económicos para acederem aos procedimentos e apresentarem proposta têm de ter acesso à informação, como a abertura do procedimento, situação que nestes casos, só se verifica se receberem o convite. No caso dos ajustes diretos o convite é dirigido apenas a um único operador económico, o que exclui logo à partida a possibilidade de qualquer outro operador económico ter acesso a esse contrato. Logo este procedimento implica a inexistência de concorrência. Já no procedimento por consulta prévia o convite é efetuado a três operadores económicos, motivo pelo qual se considera haver uma concorrência de mercado apesar desta concorrência ser limitada a três entidades.

E como os procedimentos têm como base o convite direto a operadores económicos, não se verifica a necessidade de publicar a abertura do procedimento. Não havendo publicação do procedimento, outros operadores económicos que poderiam estar interessados em aceder a aquele contrato ficam logo excluídos. É nesta linha de ideias, que se questionado também o princípio da igualdade de tratamento entre os vários operadores económicos, princípio este que impõe um tratamento igual a todos sem discriminação e sem diferenciação infundada. Assim se no mercado, existir mais do que um operador económico apto para executar determinado serviço,

como se justifica o convite só a um. Esta questão prende-se com a decisão de escolha do procedimento. Sendo o concurso público um procedimento aberto a todos os operadores, e o ajuste direto dirigido só a um operador económico, a escolha do operador económico deveria ser um dos itens a constar na fundamentação da escolha do ajuste direto. Situação que a verificar-se, não é publicitada na fundamentação do contrato.

Na grande parte dos procedimentos previstos no CCP a publicitação do anúncio de abertura dos procedimentos é obrigatória, a exceção verifica-se nos procedimentos de ajuste direto e consulta prévia em que o anúncio é substituído pelo convite. Estes procedimentos são, no entanto, sujeitos a publicação do contrato no portal dos contratos públicos, para efeito de eficácia do respetivo contrato. Esta obrigação de publicidade imposta pelo artigo 127.º, para todos os contratos, independentemente da sua redução a escrito ou não, nomeadamente como condição de eficácia para efeitos de quaisquer pagamentos, insere-se num conjunto de medidas que visam garantir mais transparência aos procedimentos. Com a publicação imposta pelo artigo 127º do CCP a transparência potencia a eficácia do recurso à via contenciosa por parte dos interessados na impugnação das decisões das entidades adjudicantes que consubstanciem em adjudicações ilegais.

No entanto apesar da obrigação imposta por esta norma, existe uma exceção, a publicação de contratos celebrado por ajuste direto regime simplificado (> 5.000,00). O Ajuste direto regime simplificado tem como objetivo agilizar os procedimentos quando se trata de aquisições de baixo valor. Assim este procedimento dispensa quaisquer formalidades procedimentais, consumando-se quando o órgão competente para a decisão de contratar aprova a fatura ou documento equivalente, apresentada pela entidade convidada.

No entanto a dispensa de publicação do contrato, é um dos pontos que, a meu ver, não deveria ter sido contemplada na medida de simplificação da tramitação processual deste procedimento, pois é uma simples comunicação, dos dados do contrato, feita através do preenchimento de uma ficha diretamente no portal base, em momento posterior a celebração do contrato. Poderia sim, dispensar-se a publicação como condição de eficácia, para o contrato ser eficaz na data de adjudicação e entrar logo em vigor, caso fosse considerado urgente, (situação adotada para os ajustes diretos celebrados ao abrigo das medidas excecionais de combate à pandemia). Esta dispensa não permite ao portal base conter a informação de todos os contratos públicos celebrados em Portugal, o que desde logo condiciona a elaboração de relatórios de forma fidedignos sobre a contratação pública em Portugal assim como o reporte de informação à Comissão Europeia.

De salienta ainda que a não obrigação de publicação dos contratos celebrados por ajuste direto simplificado é impedimento para que o Portal dos Contratos Públicos, Portal Base não cumprir o objetivo que esteve na origem da sua criação, o de centralizar toda a informação sobre os contratos públicos celebrado em Portugal, configurando um espaço virtual onde são publicitados os elementos referente à formação e execução dos contratos públicos, permitindo assim o seu acompanhamento e monitorização.

De acordo com os dados do IMPIC, dos contratos celebrados durante o ano de 2018, o tipo de procedimento a que se recorreu com maior frequência foi o ajuste direto, representando 56,8% do número total de procedimentos, seguido pela consulta prévia representando 21,9%. O que perfaz que 78,7% dos contratos celebrados foram por convite.

Analisando os motivos mais invocados para a realização dos contratos por ajuste direto constata-se que são a urgência e a ausência de recursos próprios. A ausência de planeamento atempado dita a maior parte das vezes a “urgência” dos procedimentos por ajuste direto. Quanto a justificação de ausência de recursos próprios, esta não é exclusiva dos ajustes diretos, pois quando se lança um concurso público, também tem por base a ausência de recursos próprio e como tal pretende-se recorrer a uma entidade externa à organização para realizar o serviço.

A fundamentação de recurso ao ajuste direto é um dos pontos essenciais, que permite aferir a legalidade do procedimento, pois é através da fundamentação que se procede à demonstração do preenchimento dos pressupostos legais que sustentam a formação do contrato, cumprindo ainda a função ancilar fundamental em contratação pública, que é a da transparência das decisões procedimentais. E porque esta fundamentação exigida por lei existe, não há violação dos princípios da concorrência, da prossecução do interesse público, da transparência e proporcionalidade. É que a necessidade da dita fundamentação visa precisamente, além do mais, evitar a violação desses princípios estruturantes da contratação pública.

No contexto atual, que exige aos governantes rigor na realização de despesas públicas e ousadia na busca de forma inovadoras e sustentáveis para superar a crise económica que o país enfrenta o recuso ao ajuste direto foi uma das soluções preconizadas para fazer face à situação de pandemia vivida. O recurso aos ajustes diretos, foi nesta situação, ditada pela urgência e absoluta necessidade que obrigou a uma intervenção imediata e sem delongas, não compatível com a morosidade típica dos restantes procedimentos.

O CCP é o diploma que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contratos administrativos. Desde a sua entrada em vigor em 2008, já foi alvo de várias alterações legislativas. Atualmente a proposta de Lei n.º 41/XIV que contém a 12.ª alteração ao código dos contratos públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual foi aprovada em Assembleia da República, dando origem ao Decreto da Assembleia da República n.º 95/XIV. No entanto este Decreto foi alvo de veto por parte do Presidente da República e devolvido à Assembleia da República sem promulgação para nova apreciação.

Tendo especialmente em vista contribuir para a aceleração da execução dos projetos cofinanciados por fundos europeus e noutras áreas consideradas prioritárias pelo Governo, foram criadas medidas especiais de contratação por ajuste direto e consulta prévia, medidas estas aplicadas só a estes setores. A criação destes regimes excecionais põe em causa, os princípios gerais da administração aplicada à contratação pública, nomeadamente igualdade de tratamento e não discriminação, imparcialidade, publicidade e transparência. Até que ponto é

benéfico fazer esta divisão dentro do CCP, em vez de procurar harmonizar as regras dos procedimentos de forma a serem de mais fácil aplicação.

A dispensa de limite ao convite à mesma entidade, em caso de consulta prévia, ao contrário do atualmente estabelecido no CCP, a manter-se, vai permitir a entidade adjudicante celebrar, de forma continuada, contratos públicos com a mesma entidade, limitando assim o acesso a outras empresas que eventualmente poderiam apresentar melhores propostas.

Com vista à simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos e com o objetivo de aumentar a eficiência da despesa pública, as medidas propostas passam por dar mais poder aos decisores públicos, pela adoção de processos de ajustes diretos e de consulta prévia, regras específicas para determinadas áreas consideradas prioritárias, dispensa de limites à contratação por convite e ao mesmo tempo que promover o acesso aos contratos públicos por parte de todos os operadores económicos, inclusive à pequenas e micro empresas.

O objetivo desta dissertação foi o de estudar o princípio da transparência na contratação pública, princípio este fundamental no que respeita ao procedimento por ajuste direto. Foi explorado o enquadramento dos ajustes diretos na contratação pública, abordando aspetos como quem pode ser convidado, como se desenrola o procedimento, a legislação a que está vinculado, a transparência do conteúdo da informação veiculada e os meios de acesso à informação. Constatou-se que a celebração de contratos ao abrigo do procedimento de ajuste direto levanta muitas questões quanto ao cumprimento do princípio da transparência. A pergunta feita inicialmente “Podemos considerar que um procedimento efetuado por ajuste direto é transparente?” constatamos que é uma pergunta cuja resposta não é linear. Se por um lado podemos concluir que sim, partindo do pressuposto que o procedimento realizado por ajuste direto cumpre todas as formalidades legais a que está sujeito, por outro lado questionamos como podemos aferir a transparência se a divulgação do mesmo apenas é efetuada com a publicação do contrato quando o processo já está concluído, ou nem é publicado. A transparência assume assim um aspeto formal, mas material não, se entendermos que o pressuposto do princípio é a possibilidade de o cidadão perceber toda a tramitação, o que implica acompanhar todas as circunstâncias inerentes ao processo. Ora, a mera remissão para as normas legais não permite essa análise, material, desejável.

Ao longo do trabalho foram também desenvolvidos vários pontos considerados importantes para perceber como é que a transparência, se reflete na contratação pública, nomeadamente na decisão de contratar, na escolha do procedimento, na sua fundamentação, na publicação dos anúncios e dos contratos no Portal Base. Estando a contratação sujeita aos princípios gerais da contratação a transparência aparece essencialmente com a finalidade de garantir a ausência de risco de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. A promoção da integridade e da imparcialidade na contratação pública surge assim como um meio de prevenção no combate à corrupção. O ajuste direto com convite a uma entidade é dos procedimentos que mais dúvidas pode gerar em torno da transparência

No entanto a transparência existe na medida em que são cumpridos todos os pressupostos legais no desenvolvimento do ciclo de contratação pública, como é reconhecido pelo Tribunal de Contas no acórdão n.º 11/2013, os ajustes diretos são transparentes quando o procedimento se funde em razões válidas e justificadas, cumprindo todos os pressupostos legais, não há desrespeito pelo princípio da transparência.

A contratação pública deve ser clara para todos, quanto maior a divulgação maior a transparência. A aferição da transparência por parte do cidadão comum, apenas é acessível na medida em que os procedimentos são publicados. Reconhece-se assim a importância do Portal Base como o portal que contém toda a informação sobre os contratos públicos celebrado em Portugal e que através dessa publicação promove-se a transparência. No entanto reconhece-se como um entrave à transparência a dispensa de publicação dos contratos por ajuste direto simplificado. Não sendo obrigatório a publicação dos ajustes diretos simplificados ao Portal Base é de todo desejável. A transparência existe e está no bom caminho, mas pode ser melhorada.

E como está previsto o CCP sofrer novas alterações, termino este trabalho com o comentário de Pedro Costa Gonçalves, feito no âmbito da discussão das novas medidas de contratação pública contidas na proposta de lei n.º 41/XIV: *“No âmbito alargado de aplicação das novas medidas especiais de contratação tudo isto é dispensável: sem risco, basta o envio de um convite a uma empresa situada dentro do radar, que responderá com uma <<boa proposta>> e o negócio está fechado. Tudo limpo e às claras, com publicidade do feito no portal dos contratos públicos. No dia seguinte, a mesma empresa pode receber novo convite para mais um contrato. De novo responderá e de novo o negócio ficará fechado. **Tudo limpo e às claras, com transparência.** E assim se engrenhou uma solução de eficácia máxima para acabar com a corrupção nos negócios públicos. É tudo lícito e estará tudo bem. Ou talvez não.”* (Gonçalves P. C., 2020b)

Referências biográficas

Almeida V., A. (2008). *Código dos Contratos Públicos e Legislação Complementar*. Edições Almedina, S.A.

Almeida, J., & Sánchez, P. (agosto de 2016). Comentários ao anteprojeto de revisão do código dos Contratos Públicos (agosto 2016). Obtido de https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojeto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf.

Alves, C. (dezembro de 2015). A urgência imperiosa enquanto fundamento material de recurso ao Ajuste Direto: Da controvérsia à importância da sua invocação. *Julgar Online*. Obtido em 10 de setembro de 2020, de <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151230-ARTIGO-JULGAR-A-urg%C3%Aancia-imperiosa-enquanto-fundamento-material-de-recurso-ao-ajuste-direto-Catarina-Cust%C3%B3dio-Alves.pdf>.

APMEP. (setembro de 2020). Associação Portuguesa dos Mercados Públicos. *Parecer da APMEP sobre a proposta de alteração do CCP (Projeto de LEI n241/XIV/V): As dez propostas de alteração consideradas prioritárias*. Obtido em 13 de outubro de 2020, de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=45053>.

Bernardino, M. (2006). *Aquisições de Bens e Serviços na Administração Pública*. Edições Almedina, S.A..

Caldeira, M. (janeiro > abril de 2018). Apontamentos práticos sobre a elaboração das peças procedimentais, à luz do código dos contratos públicos revisto. *Revista de Direito Administrativo n.º 1*, pp. 20-31.

Carvalho, R. (2019a). *Direito da Contratação Pública*. Porto: Universidade Católica Editora.

Carvalho, R. (setembro de 2019b). A exigência de fundamentação na contratação pública como instrumento de salvaguarda da concorrência. *Revista de contratos públicos n.º 21*, pp. 55-81.

Durão, J. (março de 2012). O renovado artigo 127.º do Código dos Contratos Públicos. *Cedipre online n.º 9*. Cedipre, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação. Obtido de www.cedipre.fd.uc.pt.

Gonçalves, P. C. (2020a). *Direito dos Contratos Públicos, 4.ª Edição*. Almedina.

Gonçalves, P. C. (20 de setembro de 2020b). *A eliminação da corrupção nos negócios públicos por decreto*. Obtido em 10 de outubro de 2020, de O Observador: <https://observador.pt/opiniao/eliminacao-da-corrupcao-nos-negocios-publicos-por-decreto/>.

IGF. (setembro de 2020). Autoridade de Auditoria. *Apreiação da Proposta de Lei n.º 41/XIV/IA que visa proceder à 12.ª alteração ao Código dos Contratos Públicos*. Obtido em 13 de outubro de 2020, <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=45053>.

IMPIC, I. (2018a). Ajuste Direto Simplificado Publicação no Portal dos Contratos Públicos. *Informação n.º 1594-INF/2018/DJ de 2018/12/14*.

IMPIC, I. (2018b). Relatório Anual da Contratação Pública 2017. Obtido em 17 de 6 de 2019, de <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Relatorios/Relatorios>.

Lopes, M. (2017). *A transparência na gestão dos dinheiros públicos e a garantia da qualidade na contratação pública*. Departamento de Ciências Sociais, Políticas e do Território da Universidade de Aveiro.

Magalhães, S. T. (2019). A consulta premilinar ao mercado. *Revista de contratos públicos n.º 21*, pp. 83-103.

Martins, R. (4 de fevereiro de 2019). *Mais transparência nos contratos das autarquias*. Obtido em 5 de agosto de 2020, de O Observador: <https://observador.pt/opinio/mais-transparencia-nos-contratos-das-autarquias/>.

Oliveira, M. E., & Oliveira, R. E. (2011). *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*. Edições Almedina, S.A.

Pereira, D. A. (outubro de 2013). Princípios gerais da contratação pública electrónica. *Revista eletrónica de direito n.º 2*. Obtido de https://cije.up.pt/client/files/0000000001/duarte-amorim-pereira_728.pdf.

Sanchez, P. (2020). Medidas excepcionais de contratação pública para resposta à pandemia causada pela covid-19. *COVID 19 e o Direito*, pp. 45 - 89. Obtido de <https://www.academia.edu/>.

Silva, J. A. (2013). *Código dos Contratos Públicos Revista e Atualizada 4.º Edição*. Editora Almedina, S.A.

Silva, J. A. (2018a). *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado 7.º Edição Revista e Atualizada*. Edições Almedina, S.A.

Silva, J. A. (2018b). *Dicionário dos Contratos Públicos, 2.ª Edição*. Edições Almedina S.A.

Teixeira, A. &. (2019). Contabilidade Orçamental, o Código dos Contratos Públicos e a Execução do Orçamento da Despesa. Osuna, Espanha: XXIX Jornadas Hispano-Lusas de Gestion Científica. Obtido em 6 de junho de 2020, de <http://hdl.handle.net/10400.26/28085>.

Transparência e Integridade. (Outubro de 2018). Contributos para o I Plano Nacional de Administração Aberta. Obtido em 13 de outubro de 2020, de https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/11/TI-PT_I-PNAA_OUT2018_web.pdf.

Transparency International. (2020). Transparência e Integridade – Transparency International Portugal. Obtido em 7 de outubro de 2020, de Transparência e Integridade – Transparency International Portugal: <https://transparencia.pt/contratacao-transparente/>.

Tribunal de Contas. (01 de julho de 2020a). Clarificação sobre contratos isentos de fiscalização prévia – “Contratos COVID”. Obtido em 09 de outubro de 2020, de <https://www.tcontas.pt/pt-pt/MenuSecundario/Noticias/Pages/noticia-20200701-01.aspx>.

Tribunal de Contas. (setembro de 2020b). *Parecer sobre a proposta de lei n.º 41/XIV/1.º*. Obtido em 13 de outubro de 2020, de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45053>.

Legislação

- Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/20018, de 29 de janeiro, na sua última versão, atualizado pela Resolução da AR n.º 16/2020, de 19/03.
- Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/1991, de 15 de novembro, na sua última versão, atualizado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.
- Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto em 10 de abril de 1976, na sua última versão, atualizado pela Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto.
- Decreto da Assembleia da República n.º 95/XIV de 16 de novembro;
- Decreto-Lei n.º111-B/2017 de 31 de agosto, procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro;
- Decreto-Lei n.º 10-A/2020 de 13 de março, estabelece medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus - COVID 19
- Decreto-Lei 18/2020 de 23 de abril, estabelece medidas excecionais e temporárias relativas à pandemia da doença COVID-19.
- Decreto-Lei n.º 232/2015 de 13 de outubro, aprova a orgânica do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P.
- Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro.
- Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro
- Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro
- Diretiva 2014/55/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril
- Portaria n.º 57/2018 de 26 de fevereiro, regula o funcionamento e a gestão do portal dos contratos públicos, denominado <<Portal Base>>, e aprova os modelos de dados a transmitir.
- Portaria n.º 701-F/2008 de 29 de julho, regula a constituição, funcionamento e gestão do portal único da Internet dedicado aos contratos públicos (Portal dos Contratos Públicos), revogado pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 de 31 de agosto.
- Regime da Administração Financeira do Estado, aprovado pelo Decreto-lei 155/92 de 28 de julho, atualizado pelo Decreto-Lei n.º 84/2019 de 28 de junho.
- Regime Jurídico Realização Despesas Públicas e da Contratação Pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º197/99, de 8 de junho, na sua ultima versão atualizado pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio.

Jurisprudência

- Acórdão n.º 7/2015, Processo n.º 94/2015 (Tribunal de Contas 9 de junho de 2015). Obtido em 13 de outubro de 2020, de <https://erario.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2015/1sss/ac007-2015-1sss.pdf>
- Acórdão de 19/03/2013, Processo n.º 0587/2012 (Supremo Tribunal Administrativo 19 de 03 de 2013). Obtido em 6 de outubro de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/42F2F57CADC3207D80257B470052E445>
- Acórdão de 21/06/2011, Processo n.º 011/11 (Supremo Tribunal Administrativo 21 de junho de 2011). Obtido em 6 de outubro de 2020, de http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a4b5e327c0c9df58802578bc003b6629?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1
- Acórdão de 21/12/2018, Processo n.º 00463/16.2BEVIS (Tribunal Central Administrativo do Norte 21 de dezembro de 2018). Obtido em 12 de outubro de 2020, de <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/b11a5d6a85a5db82802583a800378f5c?OpenDocument>
- Acórdão n.º 10/2018, Processo n.º 2829/2017 (Tribunal de Contas - 1.ª S/SS 2 de fevereiro de 2018). Obtido em 1 de outubro de 2020, de <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2018/ac010-2018-1sss.pdf>
- Acórdão n.º 11/2013, Processo n.º 548/2013 (Tribunal de Contas – 1.ª Secção/PL 23 de outubro de 2013). Obtido em 6 de outubro de 2020, de <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2013/ac011-2013-1spl.pdf>;
- Acórdão n.º 117/2015, Processo n.º 686/12 (Tribunal Constitucional 12 de 02 de 2015). Obtido em 6 de outubro de 2020 de <https://dre.pt/home/-/dre/66922054/details/maximized>.