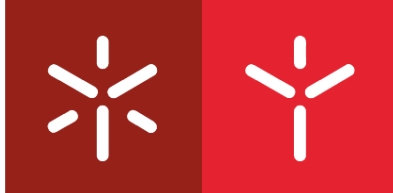




Universidade do Minho
Escola de Direito

Rafael Gomes Amorim

Os contratos públicos celebrados pelas autarquias locais com financiamento pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional: em especial, o "Fracionamento Artificial de Contratos"



Universidade do Minho

Escola de Direito

Rafael Gomes Amorim

**Os contratos públicos celebrados pelas
autarquias locais com financiamento pelo
Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional:
em especial, o "Fraccionamento Artificial
de Contratos"**

Designação do Mestrado
Direito das Autarquias Locais

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Cláudia Viana

DECLARAÇÃO

Nome: Rafael Gomes Amorim - 33569

Endereço eletrónico: rafaelgomesamorim@gmail.com

Telefone: +351 917 119 934

Número do Cartão de Cidadão: 107660377ZY2

Título da dissertação: Os contratos públicos celebrados pelas autarquias locais com financiamento pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional: em especial, o “Fraccionamento Artificial de Contratos”

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Viana

Ano de conclusão: 2019

Designação do Mestrado: Direito das Autarquias Locais

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ____ / ____ / _____

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

À Marta e à Benedita, por tudo o que são no presente e no futuro.

À Professora Doutora Cláudia Viana, sem a qual este trabalho não teria sido possível.

A todos/as Autarcas que foram, e são, o meu exemplo de boa e sólida gestão pública.

RESUMO

A presente dissertação procura contribuir para a análise do enquadramento jurídico do conceito de "Fraccionamento Artificial dos Contratos", circunscrito aos contratos celebrados pelas autarquias locais aos quais tenha sido atribuído financiamento pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional.

Considerando que se trata de uma questão prévia à decisão de escolha dos procedimentos pré-contratuais, a conjugar com a aplicação dos princípios gerais da contratação pública, a doutrina e a jurisprudência – nacional e da União Europeia - têm sentido necessidade de proceder a uma adequada explicitação do conceito "Divisão em Lotes" do objeto contratual e à consequente distinção com o conceito "Fraccionamento Artificial dos Contratos" ambos previstos nas diretivas, *softlaw* e direito nacional.

Não se pretende tratar esta matéria de forma exaustiva, até por limitações de tempo e espaço, mas permitir uma apreensão de algumas das principais questões por força da experiência carreada pelas diversas auditorias efetuadas por entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, da União Europeia e nacional, da contratação pública no âmbito do acompanhamento da execução do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional.

O estudo de diversos procedimentos de contratação pública e execução dos respetivos contratos auditados por essas entidades revelam que não existindo fatores técnicos, económicos, geográficos, temporais e subjectivos que justifiquem a "Divisão em Lotes" dos objetos contratuais, deverá ser equacionada a aplicação do regime de "Fraccionamento Artificial de Contratos".

Esta configuração, ao longo dos diversos quadros comunitários de apoio, tem sido explicitada em *Soft Law* da Comissão Europeia, pelo que a adequada delimitação e qualificação jurídica do "Fraccionamento Artificial dos Contratos" como medida ou sanção administrativa é relevante para apurar da legalidade do procedimento pré-contratual escolhidos e da invalidade derivada do contrato, em conformidade com todo o enquadramento jurídico da União Europeia e nacional, incluindo, em especial, às consequências relativas à correção do financiamento atribuído.

Palavras-Chave: Contratos Públicos; Autarquias Locais; Contratação Pública; Correções Financeiras; Fraccionamento Artificial de Contratos.

ABSTRACT

This dissertation seeks to contribute to the analysis of the legal framework of the concept of "Artificial Splitting of Contracts", limited to contracts by local authorities that have been awarded funding by the European Regional Development Fund.

This is a matter prior to the choice of pre-contractual procedures that combined with the application of the general principles of public procurement, the doctrine and case-law - national and European Union - have felt a need to make a distinction between "Division of contracts into lots" from the concept of "Artificial Splitting of Contracts", both provided in the directives, Softlaw and national law.

It is not intended to address this matter exhaustively, even for time and space constraints, but rather to allow for some of the main issues to be grasped because of the experience of the various audits carried out by entities responsible for verifying compliance with the legal framework, national and of the European Union, of public procurement alongside the monitoring of the implementation of the European Regional Development Fund.

The study of several public procurement procedures and execution of the respective contracts audited by these entities reveal that in the absence of technical, economic, geographical, temporal and subjective factors that justify the division of contracts into lots it should be considered the application of the "Artificial Splitting of Contracts" regime.

This configuration throughout the various community support frameworks has been explained in Soft Law of the European Commission, so that the appropriate delimitation and legal qualification of the "Artificial Splitting of Contracts" as an administrative measure or sanction is relevant to establish the legality of the pre-contractual procedure in accordance with the national and European Union legal framework, including, in particular, the consequences for the correction of the allocated fund.

Keywords: Public Contracts; Local Authorities; Public Procurement; Financial Corrections; Artificial Splitting of Contracts.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	v
ABSTRACT	vii
ABREVIATURAS	xiii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I - DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E DO DIREITO NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	5
I – NOTA PRÉVIA	5
II – NO ÂMBITO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.....	11
1. Os Princípios Gerais da Contratação Pública	11
1.1. Enquadramento.....	11
1.2. Dos contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas relativas aos contratos públicos.....	14
1.3. Em especial: o Princípio da Igualdade e suas manifestações: os Princípios da Concorrência e da Proporcionalidade	21
2 - Diretivas	27
2.1 - Evolução normativa.....	28
2.2 - Do enquadramento objetivo e subjetivo das autarquias locais	30
2.3 - Dos Procedimentos Pré-Contratuais	32
3 - Regulamentos.....	34
3.1 - Do Regulamento 2988/95, de 18 de dezembro,	35
4. Soft Law	38
4.1. O regime relativo às “Correções Financeiras”	40

4.1.1. Para o QCA III – Orientações relativas aos princípios, critérios e tabela indicativa a aplicar pelos serviços da Comissão para determinação das “Correções Financeiras” nos termos do n.º 3 do artigo 39.º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999, de 21 de junho ...	40
4.1.2. Para o QCA III e QREN - Orientações para a determinação de “Correções Financeiras” a efetuar, às irregularidades relativas a procedimentos de contratação pública detetadas nas despesas cofinanciadas	42
4.1.3. Para o QREN e FEEL - Orientações da Comissão Europeia relativas à determinação das “Correções Financeiras” a introduzir nas despesas financiadas pela União no âmbito da gestão partilhada, em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos	43
4.2. Da Coercibilidade das Orientações da Comissão Europeia	44
5. Jurisprudência Específica sobre “Correções Financeiras”	46
III – NO ÂMBITO DO DIREITO NACIONAL	49
1. Do Código dos Contratos Públicos	49
1.1. Dos Princípios	49
1.2. Do enquadramento objetivo e subjetivo das autarquias locais	50
1.3. Dos Procedimentos Pré-Contratuais	52
1.4. Do Ajuste Direto	54
1.5. Do Concurso Público	57
1.6. Da “Divisão em Lotes”	58
2. Entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia, da contratação pública	66

PARTE II - A APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO RELATIVO AO FUNDO EUROPEU DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL AOS CONTRATOS PÚBLICOS CELEBRADOS PELAS AUTARQUIAS LOCAIS69

I - ENQUADRAMENTO PRÉVIO	69
1.1. O Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional	69
1.2 – A influência do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional na autonomia financeira das Autarquias Locais	74
1.3 - As autarquias locais enquanto beneficiárias do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional	76
II – METODOLOGIA.....	82
III – O “FRACCIONAMENTO ARTIFICIAL DOS CONTRATOS”	83
1. Introdução.....	83
2. Breve enquadramento histórico.....	85
3. Unidade da Despesa versus Objeto Contratual	88
4. Os fatores técnicos ou económicos, temporais e geográficos	90
4.1. Fator Técnico ou Económico	90
4.2. Fator Geográfico	92
4.3. Fator Temporal.....	93
5. Fraude	95
6. A Natureza Jurídica das “Correções Financeiras” por “Fraccionamento Artificial de Contratos”	98
IV - ESTUDO DE CASO	101
1. Caso – Empreitadas de Centros Escolares	103
1.1. Três Centros Autônomos de Custos	103
1.2. Erro sob os pressupostos.....	107
2. Caso – Empreitada de Edifícios Culturais e Artísticos	109
3. Caso - Empreitadas com Fins Diversos.....	110

4. Caso - Empreitadas de Requalificação de Rede Viária	111
5. Caso – Prestações de Serviço	117
CONCLUSÕES	121
BIBLIOGRAFIA.....	125

ABREVIATURAS

ADC	- Agência para o Desenvolvimento e Coesão, IP
BASE.GOV	- Portal Nacional dos Contratos Públicos
CCP	- Código dos Contratos Públicos
CE	- Comissão Europeia
CPA	- Código do Procedimento Administrativo
CRP	- Constituição da República Portuguesa
FC	- Fundo Coesão
FEADER	- Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural
FEAMP	- Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas
FEDER	- Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional
FEEI	- Fundos Europeus Estruturais e de Investimento
INE	- Instituto Nacional de Estatística
PI	- Prioridade de Investimento
PIB	- Produto Interno Bruto
PO's	- Programas Operacionais
POCH	- Programa Operacional Capital Humano
POISE	- Programa Operacional Inclusão Social e Emprego
POSEUR	- Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos
QCA 2020	- Quadro Comunitário de Apoio 2014 - 2020
QCA I	- Quadro Comunitário de Apoio 1989 - 1993
QCA II	- Quadro Comunitário de Apoio 1994 - 1999
QCA III	- Quadro Comunitário de Apoio 2000 - 2006
QREN	- Quadro Comunitário de Apoio 2007 - 2013
RFAL	- Regime Financeiro das Autarquias Locais
RJAL	- Regime Jurídico das Autarquias Locais
TC	- Tribunal de Contas
TFUE	- Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	- Tribunal de Justiça da União Europeia

INTRODUÇÃO¹

Para as autarquias locais é muito relevante o apoio concedido, através do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional ² que, nos termos do artigo 176.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia³, visa a promoção da redução das disparidades entre os níveis de desenvolvimento das várias regiões e dos atrasos das menos favorecidas na União Europeia, dando especial atenção a zonas com desvantagens em termos naturais ou demográficos.

Entre 1986 e 2013, Portugal usufruiu de diversos quadros comunitários de apoio que, se não contabilizarmos as ajudas no âmbito da Pré-Adesão e outros apoios provindos diretamente dos orçamentos comunitários, totalizam um pacote financeiro de mais de 100 mil milhões de euros.

No atual Quadro Comunitário de Apoio 2014-2020⁴, as Instituições Europeias determinaram que as ajudas financeiras aos Estados membros iriam ser, entre outros, compostas por FEDER, o que se traduziu, no caso português, num acordo de parceria com a consagração de cinco Programas Operacionais Regionais no âmbito das circunscrições administrativas de NUT'S II.

Cabe às autarquias locais, enquanto potenciais beneficiárias de FEDER, adotar condutas que respeitem os princípios gerais da contratação pública, uma vez que os procedimentos referentes aos contratos públicos financiados são analisados por entidades específicas na fase de seleção e aprovação da operação candidatada ou na fase de execução da mesma aquando da apresentação do primeiro pedido de pagamento.

Nesta dimensão, há que sublinhar que o regime jurídico da contratação pública vai beber a sua maior influência aos princípios que estiveram na base da construção e evolução do projeto comunitário, hoje europeu, e, em concreto, ao princípio da igualdade do qual derivam, entre outros, os princípios da concorrência e da proporcionalidade.

A proteção dos interesses financeiros das Instituições Europeias exige uma intervenção eficaz quando são detetadas irregularidades nos contratos públicos das autarquias locais beneficiárias de FEDER. Essa intervenção, quer na deteção, análise e tratamento das

1 A presente dissertação de mestrado foi escrita ao abrigo do novo acordo ortográfico salvo quanto à designação de “Fraccioanmento Artificial de Contrato” em que optou-se por manter a grafia original presente na documentação emitida pela Comissão Europeia.

2 Aprovado pelo Regulamento (UE) n.º 1301/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, doravante designado por FEDER.

3 Versão consolidada publicada no Jornal Oficial n.º C 326 de 26 de outubro de 2012, doravante designado por TFUE.

4 Doravante designado por QCA 2020.

irregularidades, quer posteriormente na recuperação financeira, obriga a uma aplicação mais exigente do direito - nacional e da União Europeia - da contratação pública.

O correto enquadramento das diretivas, regulamentos, jurisprudência e *Soft Law*, ao nível da União Europeia, e do Código dos Contratos Públicos⁵, a nível nacional, tem consequências práticas e imediatas sobre os contratos públicos das autarquias locais que tenham sido financiados pelo FEDER.

O estudo de diversos contratos públicos das autarquias locais, auditados pelas entidades responsáveis pela verificação do regime jurídico da contratação pública nos contratos financiados com FEDER, revela que, quando se constata a existência de determinados fatores técnicos, económicos, geográficos, temporais e subjetivos (fraude) que não justifiquem a divisão de um objeto contratual, deverá esta conduta ser enquadrada como “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

Esta qualificação tem uma consequência imediata que se traduz na supressão de parte da ajuda comunitária prestada que, em determinadas circunstâncias, poderá representar a totalidade da mesma, sem possibilidade de reutilização ou substituição do valor financiado.

O enquadramento jurídico proposto para o “Fraccionamento Artificial de Contratos” pelas diretivas, jurisprudência, *Soft Law*, CCP e pelas diversas auditorias sobre contratação pública efetuadas por entidades externas, revelam que esta matéria pode ser enquadrada do ponto de vista da unidade da despesa ou em função do seu objeto contratual.

O “Fraccionamento Artificial de Contratos”, de forma sucinta ocorre quando o objeto de vários contratos celebrados por uma autarquia local podem ser objeto de um único contrato. Com esta enunciação, percebemos que o conceito de unidade de despesa é importante, mas o que verdadeiramente releva é a análise do objeto contratual.

Estas duas realidades devem ser devidamente entrecruzadas com o objetivo de obter uma perspetiva que, para além do valor do(s) contrato(s), se debruce sobre as condicionantes que envolveram o desencadeamento do (s)respetivo (s) procedimento (s) do ponto de vista técnico, económico, geográfico, temporal e subjetivo.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com as alterações constantes dos seguintes diplomas: Decreto Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, Decreto Lei n.º 214-G/2015, de 02/10, Decreto Lei n.º 149/2012, de 12/07, Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, Decreto Lei n.º 131/2010, de 14/12, Lei n.º 3/2010, de 27/04, Decreto Lei n.º 278/2009, de 02/10, Decreto Lei n.º 223/2009, de 11/09, Lei n.º 59/2008, de 11/09 e Rect. n.º 18-A/2008, de 28/03, doravante designado por CCP.

É neste último patamar, em que se procede à recolha de indícios da existência de fraude para sustentar a “Culpa” da autarquia local, que encontramos uma ampla discussão doutrinal e jurisprudencial.

Até porque a necessidade de acautelar os interesses financeiros da União Europeia levou à criação de um sistema que, após detetar a existência de “Fraccionamento Artificial de Contratos”, procede ao seu enquadramento jurídico em Tabelas de “Correções Financeiras” aprovadas pela Comissão Europeia⁶ como se de uma mera medida administrativa se tratasse.

A delimitação da natureza das “Correções Financeiras” aplicada com base em “Fraccionamento Artificial de Contratos”, como medida ou sanção administrativa, será crucial para certificar da aplicação de princípios basilares do direito sancionatório público, como a proibição da analogia ou da tipicidade, ou para saber se os valores corrigidos podem, ou não, ser reutilizados pela autarquia local numa futura candidatura ao FEDER⁷.

A ausência de alguma clareza legislativa levou a sucessivas interpretações pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁸ e nacional, bem como da produção de numeroso *Soft Law*, no sentido de assegurar que as “Correções Financeiras” são medidas administrativas que não estão devidamente tipificadas e que, em alguns casos, podem determinar a supressão de 100% do montante financiado pelo FEDER, com consequências gravosas para as autarquias locais beneficiárias.

Para melhor avaliar toda esta temática, temos de analisar, numa primeira parte, o direito da União Europeia e o direito nacional, começando por uma correlação entre os princípios gerais da contratação pública, e em especial dos princípios da igualdade, concorrência e da proporcionalidade, para, posteriormente, abarcar os diversos instrumentos jurídicos existentes quer no âmbito da União Europeia, quer ao nível nacional.

É com esse manancial de informação que coligimos na primeira parte da dissertação, e que inclui ainda uma breve descrição das principais entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do regime jurídico em causa, que posteriormente nos iremos debruçar sobre o conceito de FEDER e do seu impacto ao nível dos contratos públicos celebrados pelas autarquias locais que dele beneficiam.

Na segunda parte da dissertação, procuramos estabelecer o conceito de “Fraccionamento Artificial de Contratos”, utilizando como metodologia a análise de alguns casos concretos que

6 Doravante designada por CE.

7 Nos termos previstos do Regulamento (CE, Euratom) n° 2988/95 do Conselho, de 18 de Dezembro.

8 Doravante designado por TJUE.

foram objeto de avaliação pelas entidades responsáveis pela verificação do cumprimento deste complexo regime jurídico.

PARTE I

DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E DO DIREITO NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

I – NOTA PRÉVIA

A matéria da contratação pública assume um papel crescente em vários domínios, que não apenas o jurídico, e reflete a importância da intervenção da União Europeia na atividade económica.

Os contratos públicos são uma área fundamental do mercado interno, em particular, pela sua importância económica.

Em termos gerais podemos dizer que são públicos os contratos celebrados por entidades públicas ou os que “(...) surgem numa posição de vantagem ou de sujeição, com específicos contornos jurídico-públicos”⁹. Têm uma relação de supra-infra ordenação que os levam a estar submetidos a uma fase procedimental fixada com o objetivo de salvaguardar a igualdade no mercado e a eficiência na afetação de recursos públicos.

O peso económico dos contratos públicos era, em 1998, de 14%^{10 11} do Produto Interno Bruto¹² da União Europeia; em 2004 esse valor subia para 16%; e, em 2009, rondava os 19%¹³. De acordo com os dados mais recentes, situa-se em 14%¹⁴ do PIB da União Europeia, representando perto de 2 biliões¹⁵ de euros por ano.

Refere Luís Valadares Tavares que, em Portugal, antes da década de setenta, a contratação pública representava menos de 5% do PIB e os procedimentos mais complexos resumiam-se as empreitadas de obras públicas, uma vez que eram raras as inovações

9 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajusta ao interesse público, Associação de Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 44.

10 EUROPEAN COMMISSION, Economic reform: report on the functioning of Community product and capital markets, COM/2000/0026 final, p. 19 e seguintes.

11 Toda a documentação citada nesta dissertação e atribuída à Comissão Europeia está disponível em <https://ec.europa.eu/commission>.

12 Doravante designado por PIB.

13 EUROPEAN COMMISSION, Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, SEC (2011) 853.

14 EUROPEAN COMMISSION, Recommendation to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Making Public Procurement work in and for Europe, 2017/572, 3 of October 2017, p.3.

15 Estimativa do total das despesas das administrações públicas em empreitadas de obras públicas, bens e serviços elaborado com base em dados do Eurostat citado em Recommendation to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Making Public Procurement work in and for Europe, 2017/572, 3 of October 2017, p.3, infra 3.

tecnológicas¹⁶ que justificariam contratos com distinto objeto contratual, designadamente, aquisições de bens móveis e/ou de serviços.

Passado várias décadas, e tendo como ponto de referência o ano de 2017¹⁷, o valor dos contratos públicos reportados ao portal Base.Gov atingiu 6,60 mil milhões de euros como resultado de 540 956 contratos celebrados¹⁸ o que, face aos anos anteriores, demonstra um aumento relevante do número de contratos reportados: “(...) de 2016 para 2017 – aumentaram 25% (+378% comparativamente ao ano de 2011). Nas obras públicas, registou-se uma variação de +16% quando comparado com o ano de 2016, e um aumento de 21% relativamente ao ano de 2011.”.

Nesse ano, e ainda de acordo com o relatório citado, o montante dos valores contratuais comunicados ao portal Base.Gov representou 3,42% do PIB nacional, o que demonstra uma tendência crescente face a anos anteriores, ainda aquém dos valores que se encontram ao nível dos Estados membros da União Europeia.

Para o funcionamento do mercado interno é imprescindível que a contratação pública esteja o mais exposta possível à concorrência. Trará vantagens para os cidadãos, melhora a qualidade dos serviços públicos que se pretenda prestar e permite uma cada vez mais adequada e eficaz gestão dos recursos financeiros da União Europeia.

Ora, neste contexto, as autarquias locais têm uma função fundamental pois podem contribuir para um estímulo substancial da concorrência dos operadores económicos em termos de acesso aos investimentos que pretende fazer no respetivo território.

A nível nacional os dados existentes revelam que “(...) as autarquias portuguesas garantem níveis aceitáveis de concorrência nos contratos de maior dimensão (superiores a 150 000€). A média de contratos por empresa para o período 2013-2016 é inferior a dois em 253 municípios e em cerca de 60 municípios regista-se apenas um contrato por empresa. Estes valores sugerem que, na maioria dos municípios, existe uma dispersão substantiva dos contratos por vários atores empresariais locais o que reduz o risco de conluio e favoritismo”.¹⁹

16 The Transposition of the 2014 EU Directives on public Procurement by Portugal: woes and expectations, European Journal of Public Procurement Markets, n.º 1, 2018, p. 33 disponível em www.eupublicmarkets.com

17 A Contratação Pública em Portugal – 2017, Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, 2016, p. 15 disponível em www.impic.pt.

18 Sobre a importância da contratação pública nas economias modernas: VIANA, Cláudia, Os Princípios Comunitários na Contratação Pública, Coimbra Editora, 2007, p. 25 e seguintes e A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional in AA.VV. (Coord. Pedro GONÇALVES), Estudos de Contratação Pública – Volume I, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Novembro de 2008.

19 LUIS de SOUSA, António Tavares, Qualidade da governação local em Portugal, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2018, p.75.

A contratação pública é uma matéria que entrecruza saberes de diversas áreas para além do direito, como a engenharia, economia, finanças públicas e gestão, que ao nível da União Europeia assume um grau de exigência maior quando estamos perante dezenas de ordenamentos jurídicos distintos e realidades políticas e económicas diversas. Talvez esta multiplicidade de saberes e confluências de realidades possa ter motivado a CE a recomendar aos Estados membros o reforço e apoio na capacitação profissional de todos os que trabalham com a contratação pública como forma de “(...) promover o impacto da contratação pública em toda a economia.”²⁰.

Acresce que o impacto económico que a contratação pública tem na criação de emprego e na potenciação do investimento não é estranho às alterações sociais e preocupações ambientais que integram o acervo das finalidades da União Europeia.

Por exemplo, desde 1987, com a entrada do Ato Único Europeu, a proteção do ambiente tem sido reconhecida como um objetivo da União Europeia²¹ paralelo à promoção da competitividade das empresas ou do pleno emprego. Exige-se às entidades adjudicantes e aos diversos agentes económicos que prossigam fins ambientais, adquirindo substâncias menos poluentes e prejudiciais, quando fazem a sua, vulgarmente apelidada, “Contratação Pública Verde” e que os contratos públicos utilizados sejam mecanismos conducentes a alcançar políticas e objetivos comuns à União Europeia, sendo que o legislador europeu assume expressamente a importância fundamental dos contratos públicos na prossecução de outras políticas públicas²².

Sabendo do impacto que a realização de despesa pública tem no mercado há necessidade de impor procedimentos de contratação pública que garantam um ambiente verdadeiramente concorrencial entre os diversos operadores económicos²³.

A título de exemplo, repare-se na adoção de inúmeras medidas por parte da União Europeia para favorecer o acesso das micro, pequenas e médias empresas²⁴ aos contratos públicos tendo em conta a importância económica que estes detêm na economia europeia.

Pode ser percecionado como um mau ato de gestão, e um afastamento das opções de políticas públicas da União Europeia, a opção de uma autarquia local em agregar todas as suas empreitadas de obras públicas, ou prestações de serviço, num só procedimento quando a União

20 Recommendation on the professionalisation of public procurement - Building an architecture for the professionalisation of public procurement, 2017/1805, 3 of October 2017.

21 Artigo 3.º.n.º 3 do Tratado Funcionamento da União Europeia.

22 Resumo da Avaliação de Impacto que acompanha a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, COM (2012) 124 final, Bruxelas, 21.03.2012, p.2.

23 EUROPEAN COMMISSION, Seventh Report on Economic Social and Territorial Cohesion, 2017, p. 157.

24 Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (JO L 124 de 20.5.2003), doravante designadas por PME's.

Europeia já facilitou a abertura do mercado da contratação pública às pequenas e médias empresas. A esse propósito o Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME's aos contratos públicos que recomenda "A subdivisão dos contratos públicos em lotes facilita claramente o acesso das PME, tanto quantitativamente (a dimensão dos lotes pode corresponder melhor à capacidade produtiva da PME) como qualitativamente (o conteúdo dos lotes pode ajustar-se melhor ao sector especializado da PME). Além disso, ao ampliar as possibilidades de participação das PME, a subdivisão dos contratos em lotes, desde que seja adequada e viável atendendo às obras, aos fornecimentos e aos serviços a que dizem respeito, aumenta a concorrência, sendo, portanto, vantajosa para as entidades adjudicantes."²⁵.

Veja-se, ainda, também nesse sentido a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011, relativo à modernização no domínio dos contratos públicos que "Salienta que o acesso imediato a contratos públicos para PME, que são a força motriz da economia europeia, é crucial para manter o emprego e o desenvolvimento sustentável, a inovação e o crescimento; realça que a simplificação dos processos e formalidades administrativas, a criação de estratégias conviviais para as PME e a implementação do código de boas práticas, facilitarão o acesso das PME aos contratos públicos permitindo-lhes participar numa posição mais justa; crê que proporcionar um acesso simplificado, igual e justo aos contratos públicos a todos os operadores económicos resultaria num melhor uso do dinheiro dos contribuintes; assinala que as PME não têm em geral uma capacidade administrativa especializada significativa, sendo pois essencial minimizar o fardo administrativo que lhes é imposto". Secundado pela CE quando refere ser necessário "Favorecer o acesso das PME aos contratos públicos: esse acesso será facilitado e incrementado pelas medidas de redução da carga administrativa e por um forte incentivo à "Divisão em Lotes", bem como pela limitação das exigências de capacidade financeira como condição para poder apresentar uma proposta (...)"²⁶.

Acresce que este desiderato é monitorizado pela CE tal como dispõe no artigo 83.º da Diretiva 2014/24/UE²⁷, que obriga ao envio de informação pelos Estados membros sobre "(...) o nível de participação das PME nos contratos públicos (...)"

25 Small Business Act e o European Code of Best Practices Facilitating Access by SME's to Public Procurement Contracts, SEC (2008) 2193, 25 de junho de 2008 e o relatório da Comissão Europeia ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 23 de novembro de 2011, sobre a necessidade de adaptação da legislação europeia as microempresas, doravante designado por Código Europeu de Boas Práticas.

26 Comunicado de Imprensa: Modernizar os contratos públicos europeus para apoiar o crescimento e o emprego, IP/11/1580, de 20.12.2011;

27 Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE doravante designada por Diretiva 2014/24/EU.

Há uma tendência cada vez maior para criar as condições que permitam a participação de PME's nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos como se verifica pela aprovação do Código Europeu de Boas Práticas e da Estratégia para um Crescimento Inteligente, Sustentável e Inclusivo²⁸ e ainda com a consagração na Diretiva 2014/24/UE de diversas regras que pretendem cumprir com esses objetivos impulsionando e facilitando uma maior participação desses operadores económicos nos mercados públicos.

Neste contexto salienta-se que há uma cada vez maior articulação e interdependência entre o direito da União Europeia²⁹ e o direito nacional, quer porque o primeiro se impõe ao segundo, quer porque há soluções de nível nacional que podem ser rececionados pelo primeiro ou, simplesmente, a coexistência de vários ordenamentos jurídicos dentro do mesmo espaço europeu, funcionalmente ajustados e interligados, acabam por influenciar o direito da União Europeia. Veja-se a título de exemplo, o Código do Procedimento Administrativo³⁰, que no seu artigo 19º, concretizou o princípio da cooperação leal da administração pública com a União Europeia, legitimando esta crescente participação de entidades da administração pública portuguesa no seu processo decisório e na participação das suas instituições e organismos em procedimentos administrativos nacionais.

Tal só é possível porque os legisladores nacionais estão vinculados a efetuar a correta transposição das diretivas demonstrando se, assim, a relevância do direito da União Europeia no nosso território nacional.

Por isso mesmo, o regime jurídico nacional da contratação pública, objeto de sucessivas alterações, estabelece um alinhamento, ao nível da União Europeia, com as diretivas, os regulamentos, jurisprudência e *Soft Law* como veremos já de seguida.

28 Europe 2020 - A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, COM (2010), 3 de março de 2010.

29 OLIVEIRA, Mário Esteves de, e OLIVEIRA, Rodrigues Esteves de Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2015, p. 50 e seguintes.

30 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro e ainda sem alterações.

II – NO ÂMBITO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

1. Os Princípios Gerais da Contratação Pública

1.1. Enquadramento

A construção do direito da União Europeia aplicável aos contratos públicos deve muito ao trabalho produzido pelo TJUE que integrou lacunas, interpretou diretivas e desenvolveu, através dos princípios, todo um complexo normativo articulado com os objetivos da União Europeia.

Na matéria da contratação pública aplicam-se, desde logo, os princípios gerais e as liberdades de circulação constantes do TFUE, aplicáveis em todas as fases de formação e execução dos contratos públicos, das entidades adjudicantes onde nelas se incluem as autarquias locais, de acordo com a jurisprudência “principalista” do TJUE³¹.

Resulta desta jurisprudência, e como iremos ver de forma mais detalhada, especialmente do acórdão *Teleaustria*³² que “(...) o princípio da igualdade e as suas manifestações especiais aplicam-se sempre que estiver em causa uma transação económica com “impacto” no mercado interno.”³³. E essa influência não se basta com a promoção da publicidade, mas é – sempre com total respeito pelo princípio da igualdade - transversal a todo o procedimento de formação dos contratos públicos.

Neste ponto, Rodrigo Esteves de Oliveira afirma que “(...) os princípios se constituem como factor de interpretação das regras constantes das directivas ou das leis internas, como tópico de determinação do seu sentido e alcance das normas escritas, impondo por exemplo, uma interpretação mais extensiva ou mais restritiva ou vedando uma coisa ou outra.”³⁴. Também neste sentido a jurisprudência nacional quando afirma que os “(...) procedimentos a utilizar na adjudicação dos contratos públicos têm de ser vistos como meros instrumentos de realização dos princípios (...)”³⁵.

31 Entre outras, as seguintes obras de VIANA, Cláudia, *Os Princípios...*, 2007; A jurisprudência “principalista” do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa à contratação pública» in AA.VV., *Direito da União Europeia e Transnacionalidade – Acção Jean Monnet, Quid Iuris*, Lisboa, 2010; A Anunciada Reforma do Direito Europeu dos Contratos Públicos: Quo Vadis? in AA.VV. (Coord. Alessandra SILVEIRA), in *Estudos de Homenagem ao Professor José Luís Meilán Gil*, Edições RAP, Buenos Aires, Argentina, 2011.

32 Acórdão *Teleaustria*, de 7 de dezembro de 2000 – Processo n.º C-324/98.

33 VIANA, Cláudia, *A Anunciada...*, Cit., p. 13.

34 ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 53.

35 Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2010 relativo ao processo n.º 1303/2010 publicado em Diário da República n.º 85/2011, Série II, de 03 de maio de 2011.

Serão assim aplicáveis os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade, da transparência, igualdade, imparcialidade e concorrência, para que a sua observância permita a tomada de decisões juridicamente corretas e otimizadas do ponto dos fins de interesses que devem ser alcançados.

Estes princípios ajudam a definir a concreta realização dos procedimentos de contratação pública das autarquias locais e surgem como um elemento auxiliador, tão importante nesta matéria quando perante contratos públicos financiados pelo FEDER, como adiante veremos com detalhe.

É importante reter o ensinamento de Cláudia Viana segundo o qual a existência das diretivas não preclude a possibilidade de, forma imediata, invocar os princípios pois “(...) a circunstância do regime comunitário específico da contratação pública estar concretizado em directivas não retira espaço à aplicação directa dos princípios comunitários, já que são os princípios que constituem o alicerce e a base da construção jurídica feita por aquelas.”³⁶.

Na realidade, e esse ponto deve ser sublinhado, no seguimento do entendimento de Cláudia Viana³⁷ nesta matéria, o regime jurídico da contratação pública não se circunscreve às diretivas mas vai beber a sua maior influência aos princípios que estiveram na base da União Europeia e que foram proclamados pelo TJUE como direito da União Europeia originário³⁸.

Para Rodrigo Esteves de Oliveira³⁹, os princípios têm duas grandes funções. Utilizando uma sua feliz expressão cromática, têm uma função negativa quando se assumem como um “sinal vermelho” ao afastar normas escritas que sejam desconformes com eles, mas são um “sinal verde” tendo uma função positiva quando abarcam todas as realidades da vida, contribuem para densificar as lacunas normativas e legitimam os procedimentos.

A este propósito não podemos esquecer que o considerando 1.º da Diretiva 2014/24/UE exige que “A adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados membros ou por conta destas deve respeitar os princípios do TFUE, designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.”.

36 VIANA, Cláudia, Os Princípios ..., Cit. p. 110.

37 VIANA, Cláudia, Os Princípios ..., Cit., p. 110.

38 CAMPOS, João Mota de Direito Comunitário – O Ordenamento Jurídico, II Volume, 4.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 286 e RODRIGUES, Nuno Cunha, A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica, Almedina, Reimpressão da edição de 2013, 2015, p. 186.

39 ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, Os Princípios ..., Cit., p. 54.

Assume, também, particular relevância o artigo 18.º dessa diretiva quando refere no seu n.º 1 que os “(...) concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.”.

Os princípios referidos já estão, na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais, como é o caso do nosso, por via do CCP, devidamente assegurados mas é necessário ter em linha de conta que alguns deles são “(...) pedras angulares (...)”⁴⁰ da construção europeia e tratados de forma muito intensa pelo TJUE, pelo que a atividade contratual das entidades adjudicantes tem de os respeitar.

Como reforça Cláudia Viana, com base na jurisprudência “principlista” do TJUE, o legislador nacional tem de assumir que “(...) os princípios são aplicáveis a todos os contratos públicos, sem prejuízo de, em relação aos contratos de maior valor económico, ser necessária uma harmonização dos correspondentes procedimentos pré-contratuais nacionais, que é feita através das directivas.”⁴¹.

Esta afirmação encontrou o seu eco num dos mais importantes acórdãos do TJUE nesta matéria e que, volvidos 18 anos, continua a influenciar dezenas de decisões jurisdicionais.

O Acórdão *Teleaustria*, emitido no âmbito do processo C-324/98, em 7 de dezembro de 2000, no âmbito da já revogada diretiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, debruçou-se sob a possibilidade de uma empresa de capitais inteiramente públicos poder adjudicar um contrato para a produção e publicação de listas telefónicas à uma empresa de capitais inteiramente privados, caracterizado como um contrato de concessão de serviço público.

A jurisprudência do TJUE refere, a propósito da aplicação das regras fundamentais do TFUE, que a contratação deve garantir “ (...) a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequada para garantir a abertura da concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.”⁴². E, que as obrigações de

40MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, Princípios da Contratação Pública, in Revista de Contratos Públicos n.º 11 (Coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, 2016, p. 47.

41 VIANA, Cláudia, A Anunciada..., Cit., p. 17.

42Acórdão *Teleaustria*, de 7 de dezembro de 2000 – Processo n.º C-324/98.

transparência, publicidade, imparcialidade, que decorrem dos princípios e das liberdades de circulação do TFUE, não estão dependentes da existência de regulação específica⁴³.

E, através de sucessivos acórdãos do TJUE, a jurisprudência do *Teleaustria* foi sendo utilizada para enquadrar os contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das diretivas, os contratos de serviços que constavam do anexo II B⁴⁴ da Diretiva 2004/18/CE⁴⁵, as concessões⁴⁶, as cooperações entre entidades públicas⁴⁷, entre outros, que representam oportunidades de negócio significativas para as empresas no mercado⁴⁸ e que, por isso mesmo, tem de cumprir as regras em que esta assenta.

1.2. Dos contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas relativas aos contratos públicos.

A realidade supra-referida é especialmente importante para o objeto do nosso estudo quando estamos perante a adjudicação de contratos públicos cujo valor não esteja abrangido pelo âmbito de aplicação das diretivas⁴⁹. Cláudia Viana⁵⁰ afirma, e bem, que “(...) resulta claramente da jurisprudência comunitária que os contratos não abrangidos pelos limiares das diretivas comunitárias estão sujeitos aos princípios com as implicações daí decorrentes”. Assim, os legisladores nacionais estão obrigados a regular os procedimentos de contratação pública cujos contratos estejam abaixo dos limiares.

43 A título de exemplo os seguintes acórdãos: *Teleaustria*, de 7 de dezembro de 2000 – Processo n.º C-324/98; *Coname*, de 21 de julho de 2005 – Processo n.º C-231/03; *Parking Brixen*, de 13 de outubro de 2005 - Processo n.º C – 458/03; *Secap*, de 15 de maio de 2008 – Processos apensos n.º C-147/06 e C-148/06; *Wall AG*, de 13 de abril de 2010 – Processo n.º C-91/08; *Comissão/Irlanda*, de 18 de novembro de 2010 – Processo n.º C-226/09.

44 A jurisprudência tem defendido, em princípio, a falta de “Interesse Transfronteiriço” deste tipo de contratos - Acórdão *Comissão/Irlanda*, de 13 de novembro de 2007 – Processo n.º C-507/03 - mas há casos em que ele se pode verificar - Acórdão *Manova*, de 10 de outubro de 2013 - Processo n.º C-336/12, cabendo ao órgão jurisdicional de reenvio a sua verificação, neste sentido *Oftalma Hospital Srl*, de 19 de abril de 2018 – Processo C- 65/2017.

45 A diretiva, doravante designada por Diretiva 2004/18/CE, foi publicada no *Jornal Oficial* n.º L 134, de 30-04-2004 e alterada pela Diretiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro e pelos Regulamentos (CE) n.º 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 e 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007 e retificada pela Diretiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro e veio a ser revogada pela Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos Contratos Públicos.

46 Para os procedimentos iniciados anteriormente à Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa à adjudicação de contratos de concessão.

47 Por exemplo, Acórdão *Comissão/Alemanha*, de 09 de junho de 2009 – Processo n.º C- 480/06 e demais jurisprudência citada no documento SEC (2011) 1169, de 04 de outubro de 2011, da Direção Geral Mercado Interno e Serviços disponível em <https://ec.europa.eu>.

48 A título de exemplo enunciam-se os seguintes acórdãos: *Teleaustria*, de 7 de dezembro de 2000 – Processo n.º C-324/98; *Parking Brixen*, de 13 de outubro de 2005 - Processo n.º C – 458/03; *ANAV*, de 06 de abril de 2006 - Processo n.º C-410/04; *Wall AG*, de 13 de abril de 2010 – Processo n.º C-91/08; e *Comissão/Irlanda*, de 18 de novembro de 2010 – Processo n.º C-226/09; *SC Enterprise Focused Solution, SRL*, de 16 de abril de 2015 – Processo C- 278/14; *Lloyd's of London*, 8 de fevereiro de 2018 – Processo n.º C- 144/17; *Oftalma Hospital Srl*, de 19 de abril de 2018 – Processo C- 65/2017.

49 Entre outros, Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção), 06.10.2016, *Tecnoedi Costruzioni Srl* contra *Comune di Fossano*, emitido no processo C-318/15, com especial relevância para a jurisprudência nele citada em ponto 19.

50 VIANA, Cláudia, *Os Princípios ...* Cit., p. 259.

Este entendimento tem sido reiterado em diversos atos do TJUE⁵¹, como, a título de exemplo, o despacho *Vestergaard*⁵², o acórdão Comissão/França⁵³ ou no acórdão *Secap* quando refere “ (...) Com efeito, de acordo com jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, no que diz respeito à adjudicação de contratos que, tendo em conta o seu valor, não estão sujeitos aos procedimentos previstos pelas normas comunitárias, as entidades adjudicantes não deixam de ser obrigadas a respeitar as normas fundamentais do Tratado (...)”⁵⁴.

Desta jurisprudência, reiterada, resultou a importante Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas relativas aos contratos públicos, de 01 de agosto de 2006,⁵⁵ e que veio explicitar as principais orientações do TJUE nesta matéria, sugere linhas de condutas e baliza alguns critérios que podem ser utilizados em eventuais processos de incumprimento⁵⁶ contra os Estados membros.

Como adiante veremos, a CE apoia-se na Comunicação 2006 para controlar os procedimentos de adjudicação nos contratos públicos financiados pelo FEDER.

A premissa base é de que num mercado livre as entidades adjudicantes conseguem selecionar a melhor proposta e satisfazer as necessidades dos consumidores. Pelo que deve ser seu objetivo defender a concorrência⁵⁷, assegurar comportamentos concorrenciais e proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos em outros Estados membros que não os da origem do procedimento.

A dificuldade da Comunicação 2006 prende-se entre ter a exata noção de quando deve uma entidade adjudicante, para contratos cujo valor se encontra na zona de fronteira, publicitar, ou não, um anúncio e quando deve aceitar e comparar propostas que lhe advenham do mercado. Estávamos, na realidade, perante um conjunto de orientações que iriam ampliar aquela que foi a vontade legislativa da União Europeia, com a aposição dos limiares e exclusão de alguns contratos públicos, instituindo um regime de concorrência intermédia⁵⁸.

51 Entre outros, Comissão/França, de 20 de Outubro de 2005 - C-264/03; Comissão/Irlanda, de 13 de novembro de 2007 - C-507/03; ou Medipac-Kazantzidis, de 14 de Junho de 2007 - C-6/05; ou Comissão/Itália, de 21 de fevereiro de 2008 - C-412/04; SC Enterprise Focused Solution, SRL, de 16 de abril de 2015 – Processo C- 278/14; Lloyd's of London, 8 de fevereiro de 2018 – Processo n.º C- 144/17; Oftalma Hospital Srl, de 19 de abril de 2018 – Processo C- 65/2017;

52 Proferido no âmbito do Processo n.º C-59/00 de 03 de dezembro de 2001.

53 Acórdão Comissão/França, de 20 de outubro de 2005 - C-264/03.

54 *Secap*, de 15 de maio de 2008 – Processos apensos n.º C-147/06 e C-148/06.

55 2006/C 179/02, doravante designada por Comunicação 2006.

56 Acórdão *Sea*, de 10 de setembro de 2009 – Processo n.º C-573/07.

57 Nesse sentido, entre outros, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Atas da Conferência: A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016, p. 39, disponível em www.icjp.pt.

58 Nesse sentido, entre outros, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Atas...*, Cit., p. 40.

O Tribunal Geral, em 26 de maio de 2010, recusou a pretensão, por parte da Alemanha, Reino Unido, França e outros Estados membros, que procuravam anular a Comunicação 2006 com o argumento⁵⁹ de que a CE queria introduzir novas regras no regime jurídico da contratação pública, para além das que já existiam.

Com uma implicação prática muito relevante e sublinhada pela República da Polónia, segundo a qual “(...) é expectável que as orientações previstas na comunicação sirvam de ponto de referência aos auditores da Comissão que fiscalizam os processos de adjudicação de contratos públicos co financiados pelo orçamento da União Europeia e que incluem as medidas estruturais. No caso de eventuais irregularidades dos processos em causa relativamente às orientações da comunicação, os auditores terão tendência a recusar a qualificação de encargos a recuperar a partir dos créditos comunitários. Deste modo, apesar da afirmação inscrita no início da comunicação, as recomendações aí previstas são aplicadas «como direito». Ora, tendo em conta a importância do auxílio financeiro do orçamento da União Europeia na Polónia, esta atitude dos auditores bastaria para que as recomendações fossem consideradas obrigatórias.”⁶⁰.

Sue Arrowsmith⁶¹, no âmbito desta discussão, admitiu que o entendimento do TJUE era uma restrição à liberdade dos Estados membros, colocava em causa o princípio da separação de poderes, uma vez que aquele tribunal ultrapassou a sua esfera de ação ao entrar na competência legislativa do Parlamento Europeu e violaria a segurança jurídica do direito da União Europeia.

Mas, o Tribunal Geral foi perentório e afirmou que não houve qualquer tentativa de introduzir novas regras mas somente positivar os princípios já estabelecidos pela jurisprudência do TJUE⁶² tendo referido que “Se é verdade que este ponto da comunicação pode revelar a um Estado Membro que corre o risco real de se ver confrontado com um processo por incumprimento no caso de violação das suas obrigações decorrentes do direito primário e recordadas na comunicação, isso constitui uma simples consequência de facto e não um efeito jurídico vinculativo” até porque, conclui aquele tribunal que “ (...) a comunicação não envolve novas regras de adjudicação dos contratos públicos que vão além das obrigações decorrentes do direito comunitário existente.”.

Um dos aspetos mais importante da Comunicação 2006 foi esclarecer que quando perante contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas relativas aos contratos

59 Argumento já utilizado, anteriormente, no Acórdão Comissão/Irlanda, de 13 de novembro de 2007 – Processo n.º C-507/03.

60 Acórdão Alemanha/Comissão, de 20 de maio de 2010 – Processo n.º T-258/06, parágrafo 147

61 EU, Public Procurement Law, An Introduction, EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010, p. 82.

62 Nesse sentido veja-se § 64.º do Acórdão Alemanha/Comissão, de 20 de maio de 2010 – Processo n.º T-258/06.

públicos, é necessário aferir se o contrato adjudicado tem relevância para o mercado interno⁶³ e, nesse caso, se poderá ter algum efeito nocivo nas liberdades fundamentais e nos princípios previstos pelo TFUE.

Para isso, a Comunicação 2006 refere que “(...) um interesse económico muito reduzido (...)”⁶⁴ pode não ser suficiente para suscitar o interesse por parte de empresas de outros Estados membros e, nesse caso, “(...) os efeitos nas liberdades fundamentais em causa seriam, portanto, considerados demasiado aleatórios e demasiado indiretos para se poder concluir que os mesmos foram eventualmente violadas.”⁶⁵

Nesse sentido, também a jurisprudência nacional tem vindo a referir que a “(...) circunstância das diretivas não serem aplicáveis aos procedimentos ou contratos não obstará à subordinação destes às referidas normas e princípios dos Tratados e aos princípios fundamentais de contratação pública exigindo-se, porém, para uma tal subordinação que tais procedimentos ou contratos revistam dum interesse transfronteiriço certo.”⁶⁶

Como também identifica a Comunicação 2006, os contratos públicos que se pretendem adjudicar deverão ser avaliados de forma a indagar se têm, ou não, um “Interesse Transfronteiriço”⁶⁷ de forma a chamar ao procedimento, para apresentar propostas operadores económicos situados em outros Estados membros.

Neste ponto, sem ser de forma exaustiva, convém ter em atenção que, em 2011, apenas 1,6% dos contratos públicos tinham participação transfronteiriça direta – um operador económico de um Estado membro foi adjudicatário de um contrato público de um outro Estado membro - sendo apenas de 11% quando se existia uma participação transfronteiriça indireta – um operador económico de um Estado membro foi adjudicatário de um contrato público de outro Estado membro onde tinha baseada uma filial ou parceria⁶⁸.

Um recente estudo da CE⁶⁹ veio demonstrar uma melhoria substancial nestes valores entre o período de 2009-2015 em que a contratação pública transfronteiriça aumentou para 23%, sendo

63 Nesse sentido, GOMES, Pedro Cerqueira, O Contencioso Pré Contratual Público Português – Proposta de Revisão à luz do Direito da União Europeia, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, Vol. I – janeiro/março, 2014, p. 303.

64 Acórdão Coname, de 21 de julho de 2005 – Processo n.º C-231/03

65 Acórdão Krantz, de 7 de março de 1990 - Processo n.º C-169/88 e Coname, de 21 de julho de 2005 – Processo n.º C-231/03.

66 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo 1472/14, de 20 de outubro de 2016 e, em igual sentido, Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/11, de 12 de julho de 2011.

67 Acórdão Serrantoni, de 23 de dezembro de 2009 – Processo n.º C-376/08.

68 Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market, COM (2011), 2011, p. 4, infra. 9.

69 Estudo citado no âmbito da Recommendation to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Making Public Procurement work in and for Europe, 2017/572, 3 of October 2017, p. 4, infra 11.

que 3.5% representa a participação transfronteiriça direta e 20% para a participação transfronteiriça indireta.

Se considerarem que o contrato é pertinente para o mercado interno, e que pode ter interesse para um operador económico de um outro Estado membro, a entidade adjudicante tem de garantir que a sua adjudicação respeita os princípios e as liberdades de circulação do TFUE ⁷⁰.

Após prolação do Acórdão *Alemanha/Comissão*⁷¹ o TJUE suavizou este entendimento e declarou que a Diretiva 2004/18/CE não obriga os Estados membros a aplicar as suas disposições, em contratos não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, mas que as mesmas podem ser utilizadas como uma faculdade das entidades adjudicantes designadamente no sentido de realizar procedimentos concursais abertos⁷².

Um exemplo do que supra referimos pode ser visto no recente Acórdão do TJUE *Oftalma Hospital Srl*, de 19 de abril de 2018, proferido no processo C- 65/2017 que, de forma muito resumida, debruçava-se sob a prestação de serviços oftalmológicos, no montante de 1.226.535,00€, por parte de um operador económico a uma entidade adjudicante da área da saúde, sem que tenha sido efetuado qualquer procedimento concursal. O tribunal de reenvio questionou o TJUE se neste caso – uma vez que estávamos perante serviços excluídos pelos anexos das diretivas – aquela contratação deveria ter seguido a jurisprudência “principalista”.

A apreciação do TJUE é muito clara quando volta a insistir que estes contratos “ (...) estão sujeitos às regras fundamentais e aos princípios gerais do TFUE, em especial aos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, bem como à obrigação de transparência deles decorrente (...)” e na senda da jurisprudência já citada ao longo da presente dissertação volta a sublinhar que “(...) sem impor necessariamente uma obrigação de proceder a um concurso, a referida obrigação implica a garantia de um grau de publicidade adequado que permita, por um lado, uma abertura à concorrência e, por outro, o controlo da imparcialidade do procedimento de adjudicação (...)”.

70 A título de exemplo enunciam-se os seguintes acórdãos: Teleaustria, de 7 de dezembro de 2000 – Processo n.º C-324/98; Coname, de 21 de julho de 2005 – Processo n.º C-231/03; Comissão/Itália, de 08 de novembro de 2006 – Processo n.º C-412/04; Comissão/Irlanda, de 13 de novembro de 2007 – Processo n.º C-507/03; Secap, de 15 de maio de 2008 – Processos apensos n.º C-147/06 e C-148/06; Wall AG, de 13 de abril de 2010 – Processo n.º C-91/08; Comissão/Irlanda, de 18 de novembro de 2010 – Processo n.º C-226/09; Ordine Degli Ingegneri, de 19 de dezembro de 2012 – Processo n.º C-159/11; Manova, de 10 de outubro de 2013 - Processo n.º C-336/12; Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, de 10 de julho de 2014 – Processo n.º C-358/12; Generali-Providencia, de 18 de dezembro de 2014 – Processo n.º C-470/13, de 18 de dezembro; Oftalma Hospital Srl, de 19 de abril de 2018 – Processo C- 65/2017.

71 Acórdão Alemanha/Comissão, de 20 de maio de 2010 – Processo n.º T-258/06.

72 Entre outros, Acórdão Strong, de 17 de março de 2010 – Processo n.º C-95/10 e Oftalma Hospital Srl, de 19 de abril de 2018 – Processo C-65/2017.

Talvez porque tenha sido percecionado as dificuldades de interpretação e aplicação de um regime semi-concorrencial tal como fixado pela jurisprudência, a Diretiva 2014/24/UE foi mais cautelosa. Repare-se que a Diretiva 92/50/CEE⁷³ consagrou a distinção, entre os seus anexos I A e I B, de determinadas categorias de serviços. Esta divisão foi mantida pela Diretiva 2004/18/CE, nos seus anexos II A e II B, e agora foi consagrada na Diretiva 2014/24/UE que, no seu artigo 4.º, introduz um limiar de 750.000€ para os contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no anexo XIV.

A jurisprudência tem considerado, em princípio, a falta de “Interesse Transfronteiriço” deste tipo de contratos⁷⁴ mas reconhece casos em que ele se pode verificar⁷⁵. Com isso em mente, e reconhecendo que o “Interesse Transfronteiriço” é a “pedra de toque” temos de distinguir os casos em que podemos dispensar a concorrência, dos outros em que não o podemos fazer.

Recorremos, novamente, ao Acórdão *Oftalma Hospital Srl* que, na senda do que já vinha a ser defendido pelo, também já citado Acórdão *Tecnoedi Costruzioni Srl contra Comune di Fossano*, de 06 de outubro de 2016, emitido no processo C-318/15, refere que “(...) a existência de um interesse transfronteiriço certo não pode ser deduzida hipoteticamente de determinados elementos (...) mas deve decorrer (...) de uma apreciação concreta das circunstâncias do contrato em causa no processo principal (...) e deve ser considerado como tal quando a sua natureza transfronteiriça é demonstrada com base em elementos objetivos e concordantes.”.

Ou seja, tal como iremos ver no caso do “Fraccionamento Artificial de Contrato”, no “Interesse Transfronteiriço” devem ser avaliadas as circunstâncias particulares⁷⁶ em que o contrato vai ser celebrado nas seguintes vertentes: i) objeto⁷⁷; ii) valor⁷⁸; iii) particularidades do sector⁷⁹; iv) localização geográfica do lugar de execução⁸⁰; e a v) existência de propostas, denúncias ou processos judiciais por parte de operadores económicos de outros Estados membros.

73 Diretiva 92/50/CEE, do Conselho de 18 de junho de 1992, relativa aos contratos públicos de serviços, doravante designada por Diretiva 92/50/CEE.

74 Acórdão Comissão/Irlanda, de 13 de novembro de 2007 – Processo n.º C-507/03.

75 Acórdão Manova, de 10 de outubro de 2013 - Processo n.º C-336/12.

76 Acórdãos Coname, de 21 de julho de 2005 – Processo n.º C-231/03; Norcep, de 07 de julho de 2016 – Processo n.º C-214/15; Tecnoedi Costruzioni Srl contra Comune di Fossano, de 06 de outubro 2016 - Processo C-318/15 e *Oftalma Hospital Srl*, de 19 de abril de 2018 – Processo C- 65/2017;

77 Acórdão Secap, de 15 de maio de 2008 – Processos apensos n.º C-147/06 e C-148/06.

78 Acórdãos Secap, de 15 de maio de 2008 – Processos apensos n.º C-147/06 e C-148/06 e *Ordine Degli Ingegneri*, de 19 de dezembro de 2012 – Processo n.º C-159/11.

79 Acórdãos Secap, de 15 de maio de 2008 – Processos apensos n.º C-147/06 e C-148/06 e *Enterprise Focused Solutions*, de 16 de abril de 2015 – Processo n.º C-278/14. Com especial interesse a análise efetuada sobre a natureza pessoal de alguns contratos, designadamente dos serviços jurídicos, por SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Atas...*, Cit., p. 44.

80 Acórdãos Secap, de 15 de maio de 2008 – Processos apensos n.º C-147/06 e C-148/06; *Ordine Degli Ingegneri*, de 19 de dezembro de 2012 – Processo n.º C-159/11; *ASM Brescia*, de 17 de julho de 2008 - Processo N.º C-347/06; e *BelgaCom*, de 14 de novembro de 2013 – Processo n.º C-221/12.

Assim, e explicitando: i) se o objeto do contrato poderia ser executado por um qualquer operador económico situado na União Europeia; ii) João Amaral e Almeida⁸¹ defende que os valores dos limiares internos para o ajuste direto representam um “(...) interesse económico muito reduzido (...) que pode determinar, por exemplo, ser (...) totalmente desnecessária e ociosa a realização de um procedimento concorrencial, já que “os efeitos nas liberdades fundamentais em causa seriam, portanto, considerados demasiado aleatórios e demasiado indirectos para justificar a aplicação de normas derivadas do direito comunitário primário (...) e nessa medida definiu os valores constantes da alínea a) (...) até aos quais presumiu que o benefício económico resultante do contrato seria demasiado reduzido para forçar a Administração a adoptar um procedimento concorrencial”. A título de exemplo, no Regulamento Financeiro n.º 966/2012, de 25 de outubro e no Regulamento Delegado n.º 1268/2012, de 29 de outubro⁸², a CE exige para os seus contratos públicos de prestação de serviços, fornecimentos e empreitadas de obras públicas, entre os 20.000€ e os limiares da União Europeia, os serviços apenas tivessem de desencadear um procedimento de negociação, similar ao nosso procedimento de consulta prévia a três entidades, sem que isso colocasse em causa, em determinadas situações, que possa recorrer apenas ao convite a uma única entidade; iii) verificar se existem particularidades, assinaláveis, do sector que possam determinar o interesse deste contrato para operadores económicos fora do espaço nacional; iv) a localização geográfica do lugar de execução do contrato poderá, ou não, ser um fator dissuasor do aparecimento de propostas por parte de operadores económicos de outros Estados membros; e v) a existência de propostas, de queixas ou processos judiciais⁸³ por parte de outras empresas é importante para aferir da existência de um “Interesse Transfronteiriço” na condição de ser “ (...) verificado que estas são reais e não fictícias”.⁸⁴

Só quando chegamos à conclusão que existe um “Interesse Transfronteiriço” é que podemos colocar a hipótese de se verificar uma situação de incumprimento com potencialidade para desencadear um procedimento de incumprimento por parte da CE⁸⁵.

81 ALMEIDA, João Amaral, *As Medidas Excepcionais de Contratação Pública Para os Anos de 2009 e 2010*, Coimbra Editora, 2009, p. 98, quando os limiares internos para o ajuste direto estavam situados abaixo dos 75.000€ e 150.000€ e não, como atualmente, abaixo dos 20.000€ e dos 30.000€.

82 Ambos com as alterações do Regulamento n.º 1929/2015, de 28 de outubro e publicadas no Jornal Oficial, em 01 de janeiro de 2016.

83 Acórdãos Comissão/Irlanda, de 13 de novembro de 2007 – Processo n.º C-507/03, Tecnoedi Construzioni, de 6 de outubro de 2016 – Processo n.º C-318/15 e Oftalma Hospital Srl, de 19 de abril de 2018 – Processo C- 65/2017.

84 Acórdão Oftalma Hospital Srl, de 19 de abril de 2018 – Processo C- 65/2017.

85 Também neste sentido, VIANA, Cláudia, *Princípios ...*, Cit., p. 272, GOMES, Pedro Cerqueira, *O Contencioso Pré Contratual ...*, Cit., p. 303 e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo 1472/14, de 20 de outubro de 2016.

1.3. Em especial: o Princípio da Igualdade e suas manifestações: os Princípios da Concorrência e da Proporcionalidade

Uma vez referida algumas das circunstâncias importantes para a presente dissertação sob o alcance geral dos princípios, é necessário fazer uma primeira referência, ainda que de forma superficial, ao princípio da igualdade.

Este assume uma particular relevância⁸⁶ enquanto charneira para todo o enquadramento jurídico, da União Europeia e nacional, da contratação pública sendo particularmente elucidativa a jurisprudência do TJUE quando refere que “Há que considerar que o dever de respeitar o princípio da igualdade de tratamento corresponde à própria essência das directivas em matéria de concursos públicos, que têm em vista, nomeadamente, favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efectiva nos domínios que se inserem nos seus âmbitos de aplicação respectivos (...)

⁸⁷.

O princípio da igualdade é estruturante no direito da União Europeia e está consagrado no artigo 9.º do TFUE, no artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, no artigo 3.º da Diretiva 2014/23/UE⁸⁸ e no artigo 36.º da Diretiva 2014/25/UE⁸⁹.

Estamos perante um princípio que trespassa todas as fases do procedimento de contratação, desde o momento do planeamento da contratação, na abertura, na publicitação, durante a avaliação das propostas, no próprio ato de adjudicação e em sede de execução e da limitação das modificações do objeto contratual.

Com relevância para a presente dissertação, sublinhamos a igualdade de acesso ao procedimento que deve ser garantida com a adoção de procedimentos abertos à concorrência e que consigam provocar o mercado evitando-se assim “(...) a organização de um procedimento de contratação pública de molde a dissuadir a participação de operadores económicos. Pense-se, v.g., no fracionamento de uma empreitada em vários procedimentos, publicitando apenas parte

86 ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, Os Princípios ..., Cit., p. 92; VIANA, Cláudia, Os Princípios ..., Cit., p. 112, 131 e 175; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, Princípios ..., Cit., p.56.

87 Acórdão Concordia Bus Finland, de 17 de fevereiro de 2002 - Processo n.º C-513/99. Também nesse sentido podem ser consultados os acórdãos Comissão/Dinamarca, de 22 de junho de 1993 – Processo C-243/89 e Comissão/Reino da Bélgica, de 25 de abril de 1996 – Processo C – 87/94.

88 Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, doravante designada por Diretiva 2014/23/UE.

89 Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revogou a Diretiva 2004/17/CE, doravante designada por Diretiva 2014/25/UE.

deles no Jornal Oficial da União Europeia (...)”⁹⁰. Ou, na abertura do procedimento com o respeito pelo conceito da unidade de despesa onde se sente uma aplicação direta que obriga as autarquias locais a “ (...) tratar de forma igual o que é igual; há que tratar como uma unidade o que se apresenta de forma unitária ou cumpre um fim unitário.”⁹¹ com a conclusão de que o objeto contratual que é percecionado com uno não deve ser dividido pela entidade adjudicante.

Refere ainda Rodrigo Esteves de Oliveira que “O princípio da igualdade é um princípio absolutamente fundamental no direito comunitário da contratação pública por ser sobretudo nele, e no da concorrência, que assenta a construção do mercado comum”⁹². Segundo o mesmo autor, entre outras emanações, resulta a proibição da discriminação em razão da nacionalidade, ou seja, qualquer medida procedimental por parte de uma autarquia local de forma a promover a “(...) compra concelhia ou autárquica (...)”⁹³. Repare-se, por exemplo, que o regime do contrato de empreitadas de obras públicas, que esteve em vigor até à adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia⁹⁴, era o Decreto-Lei n.º 48871/69, de 19.02⁹⁵, que referia, no seu artigo 141.º, com a epígrafe “Preferência dos produtos nacionais” que o “(...) empreiteiro, salva expressa estipulação em contrário, dará preferência, para aplicação na obra, aos materiais produzidos pela indústria nacional, em equivalência de preço e qualidade.”. Regime esse que foi, com a integração na União Europeia, abandonado pelo enquadramento jurídico da contratação pública a nível nacional.

Como refere Cláudia Viana⁹⁶, e cujo entendimento sufragamos, a “(...) concorrência é, em sede de contratação pública, um resultado, que se obtém através da concretização dos princípios da igualdade (...) sendo secundada, a título de exemplo, por Miguel Nogueira de Brito⁹⁷ segundo o qual “(...) muitos dos princípios específicos que vamos abordar constituem emanações da ideia de igualdade.”⁹⁸.

O princípio da concorrência é o um dos fundamentos para a existência de um mercado único, livre e eficaz, pelo que enquadramento jurídico da União Europeia nesta matéria exige que

90 MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Princípios ...*, Cit., p. 57.

91 RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação dos contratos públicos...*, Cit., p. 749.

92 ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Os Princípios ...* Cit., p. 92.

93 ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Os Princípios ...* Cit., p. 93.

94 Que ocorreu a 12 de junho de 1985.

95 Este regime só veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto que, no seu preambulo justifica a cessação da vigência daquele diploma para “(...) introduzir na ordem jurídica interna as regras de concorrência constantes das directivas da Comunidade Económica Europeia, (...) levou a que se tenha optado por uma reformulação global do regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas (...)”.

96 VIANA, Cláudia, *Os Princípios ...*, Cit., p.172.

97 BRITO, Miguel Nogueira de, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concursais*, Instituto de Ciências Jurídico Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, p. 6, disponível em <https://www.icjp.pt/>.

98 Em sentido contrário, a título de exemplo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Os Princípios ...* Cit., p. 69., segundo o qual o Princípio da Concorrência é o umbrela principle de todo o regime da contratação pública.

os concorrentes, em igualdade de posições e de uma forma transparente, possam competir entre si de forma a apresentar a melhor proposta e dar o melhor resultado para o erário público. Esta intenção está bem patente na jurisprudência do TJUE quando obrigam a assegurar um grau de publicidade adequado para a adjudicação de uma determinada atividade económica a um operador económico⁹⁹.

A publicidade é fundamental na concorrência. Tem sido uma das questões que mais tem preocupado a CE no âmbito da *Soft Law* emitida ao nível da contratação pública¹⁰⁰, é obrigatória e não se confina¹⁰¹ aos limites do território do Estado membro onde o procedimento é desencadeado.

Esta dimensão da concorrência pode não se realizar da mesma forma pois pode existir um concurso público que não a produza (exemplo: concurso deserto ou com a apresentação de apenas uma proposta) mas um ajuste direto com convite a mais do que uma entidade pode resultar na apresentação de mais do que uma proposta.

Todavia, nestes casos, e como refere a jurisprudência nacional ¹⁰²“ (...) sempre que a lei estabeleça exceções aos procedimentos concorrenciais mais abertos deve ser-se muito rigoroso e exigente na interpretação e na aplicação dessas exceções, procurando sempre a salvaguarda máxima do princípio da concorrência e admitindo a realização de procedimentos fechados apenas quando não haja alternativa concorrencial possível.”

Em regra, um procedimento de concurso público consegue atingir esses objetivos, uma vez que todos os interessados podem apresentar propostas e concorrer, com uma menor possibilidade de existência de condutas nocivas para a concorrência.

O respeito por este princípio subjaz a qualquer atividade de contratação pública de todas as entidades adjudicantes, incluindo as autarquias locais, sendo que o “Fracionamento Artificial de Contratos”, enquanto conduta que evita a aplicação de um regime jurídico que permitiria a abertura ao mercado, é claramente violador deste princípio. Existe uma relação direta entre este princípio, o valor do contrato e a determinação do procedimento concursal a seguir, uma vez que, como refere Miguel Assis Raimundo¹⁰³ “(...) o procedimento que vier a ser determinado terá toda a concorrência que o montante do contrato exige” nos termos da Diretiva 2014/24/UE.

99 Acórdãos Teleaustria, de 7 de dezembro de 2000 – Processo n.º C-324/98 e Parking Brixen, de 13 de outubro de 2005 - Processo n.º C – 458/03.

100 Veja-se, a título de exemplo, o ponto 2.1 da Comunicação 2006.

101 Reveja-se, a título de exemplo, a questão do “Interesse Transfronteiriço” supra exposto.

102 Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2010 relativo ao processo n.º 1303/2010 publicado em Diário da República n.º 85/2011, Série II de 03 de maio de 2011 e, no mesmo sentido, Acórdão n.º 16/2017, de 30 de novembro de 2017 no âmbito do processo n.º 3430/2017.

103 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação ..., Cit., p. 738.

Ainda neste âmbito, e com relevância expressa para a proteção do princípio da concorrência não podemos deixar de tocar num ponto, ainda que de forma superficial, e que está relacionado com a proibição da dupla participação num procedimento concursal.

A proteção deste princípio estende-se ao longo de todo o procedimento concursal e, em concreto, quando se prevê a proibição de um operador económico, simultaneamente como membro de dois agrupamentos distintos ou como membro de um agrupamento, apresentar propostas diferentes. O objetivo desta proibição é impedir a troca de informações entre concorrentes, conhecimento de candidaturas, propostas e situações de conluio entre concorrentes que colocariam em causa uma concorrência efetiva e transparente.

Foi este o caso analisado no Acórdão *Assitur Srl*¹⁰⁴ que decidiu que “O direito comunitário opõe-se a uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objectivos legítimos da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos públicos, instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas entre si, de participar de forma simultânea e concorrente num mesmo concurso, sem lhes dar a possibilidade de demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso.”

Por esse motivo, determinou o TJUE, que estando perante um caso desses a entidade adjudicante deveria questionar os operadores económicos para provarem que a relação de domínio não teve influência no resultado final do procedimento de contratação. Sendo que, o TFUE¹⁰⁵ exige que “ (...) a prova de uma violação do direito da concorrência da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que sejam objetivos e concordantes” colocando o ónus na legislação de um Estado membro quando refere que “ (...) as regras nacionais que regulam as provas e o nível de prova exigido não devem tornar impossível, ou excessivamente difícil a aplicação das regras de concorrência da União (...).”

Concordamos com Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente¹⁰⁶ e com a jurisprudência nacional¹⁰⁷ que a solução legal apresentada pelo TJUE é de difícil prova e levaria a uma constante suspeição de prática anti concorrenciais.

104 Processo C – 538/07, de 19 de maio de 2009.

105 Acórdão *Eturas*, de 21 de janeiro de 2016 – Processo C – 74/14.

106 TAVARES, Gonçalo Guerra; DENTE, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2009, p. 232.

107 Neste sentido consultar o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 01 de novembro de 2011, proferido no processo n.º 851/10, que defende que a prova de práticas anti concorrenciais não pode “(...) fundar esse falseamento numa mera presunção decorrente da sua antecedente e originária relação de domínio”.

O recente acórdão *Ecoservice projektai*, de 17 de maio de 2018, proferido pelo TJUE no processo C-531/16, veio analisar essa questão no âmbito da “ (...) existência de ligações entre proponentes que apresentaram propostas distintas no mesmo concurso (...) ” tendo decidido que é atribuído um “ (...) papel ativo às entidades adjudicantes na aplicação dos princípios (...) ” que estão obrigadas a “ (...) verificar a existência de eventuais conflitos de interesse com base na análise de um perito da entidade adjudicante e a tomar as medidas adequadas para evitar, detetar e remediar estes conflitos de interesse (...) ”¹⁰⁸. Este mesmo acórdão reafirmou a conclusão do *Assitur Srl*, que, a salvaguarda do princípio da concorrência deve ser efetuada quando a entidade adjudicante disponha de elementos que ponham em causa “ (...) o caráter autónomo e independente das propostas apresentadas por certos proponentes (...) ” sendo obrigada “ (...) a verificar, se necessário exigindo a esses proponentes informações suplementares, se as suas propostas são efetivamente autónomas e independentes.”.

Assim, quando perante a recolha de elementos que possam colocar em causa o princípio da concorrência, a entidade adjudicante deve intervir e recolher todas as informações necessárias que lhe permitam fundamentar essa avaliação.

Este é também o entendimento do Acórdão do TJUE, *Lloyd's of London*, de 9 de fevereiro de 2018, emitido no Processo C- 144/17, em que o objeto do reenvio era a apreciação da legalidade da apresentação de propostas, por entidades diferentes mas cujo centro de decisão era o mesmo, para a prestação de serviços de seguros para cobrir o risco associado à responsabilidade civil da *Agenzia Regionale per la Protezione dell' Ambiente della Calabria* para com terceiros e com os seus operários entre 2016/2018.

A *Lloyd's of London* contestou a exclusão, por parte daquela entidade, de dois dos seus membros que, de forma individual, tinham apresentado propostas no procedimento concursal e que, na senda do que supra referimos, nas palavras do TJUE, colocava em causa o interesse da União Europeia “ (...) em assegurar a participação mais ampla possível de proponentes num concurso público”¹⁰⁹.

Este acórdão do TJUE¹¹⁰ é importante porque toca num outro princípio com relevância para o tema que aqui nos ocupa quando refere em conformidade com o princípio da proporcionalidade que “ (...) a exclusão automática de candidatos e de proponentes que se encontrem numa situação

108 Este ponto já tinha sido afirmado pelo Acórdão *Eviglio*, de 12 de março de 2015 – Processo C – 538/13.

109 Acórdão *Lloyd's of London*, de 9 de fevereiro de 2018 - Processo C- 144/17.

110 Acórdão *Lloyd's of London*, de 9 de fevereiro de 2018 - Processo C- 144/17.

de controlo ou de associação com outros concorrentes vai além do que é necessário para prevenir comportamentos de concertação (...) ”.

O TJUE tem referido que “O princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os atos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do que é adequado e necessário para a realização dos objetivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida, e que os inconvenientes causados não sejam desproporcionados relativamente aos objetivos prosseguidos.”¹¹¹.

A atuação das entidades europeias e nacionais tem que se pautar por este princípio, e em particular pela sua subdimensão da necessidade e/ou exigibilidade, questionando se a medida a tomar é necessária ou se não há outras medidas menos intrusivas que atinjam o mesmo fim.

Como adiante melhor veremos, a aplicação deste princípio é particularmente relevante quanto perante a aplicação de “Correções Financeiras” no âmbito do “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

É esse o entendimento de Cláudia Viana quando refere ser de “(...) ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade como critério de valoração da necessidade e adequação do direito derivado comunitário, e sobretudo, das atuações administrativas em relação aos objetivos traçados e dos seus efeitos em relação aos destinatários.”¹¹² até porque o que deve estar sempre em causa é a proibição do excesso¹¹³.

Por isso, e como adiante veremos, viola este princípio tratar da mesma forma e com o mesmo percentual de “Correções Financeiras”, um contrato com valor acima dos limiares e outro com valores muitíssimo abaixo dos mesmos, e, inclusivamente, dos limiares internos nacionais. Até porque, a jurisprudência do TJUE tem analisado casos de “Fraccionamento Artificial de Contratos” para os quais o valor conjunto dos contratos cindíveis ultrapassaria os limiares da União Europeia e, nesses casos, assume “Correções Financeiras” propostas de 25%.

111 Entre outros, consultar acórdãos Agrarproduktion, de 12 de janeiro de 2006 - Processo C-504/04, Michaniki, de 16 de dezembro de 2008 - Processo C – 213/07, Assitur, de 19 de maio de 2009 – Processo C – 538/07, Serrantoni e Consorzio stabile edili, de 23 de dezembro de 2009 – Processo C-376/08, Impresa Edilux e SICEF, de 22 de outubro de 2015, Processo C – 425/14, Lloyd's of London, de 9 de fevereiro de 2018 - Processo C- 144/17 e M.A.T.I SUD e Duemme SGR, de 28 de fevereiro de 2018 – Processos apensos C – 523/16 e 536/16.

112 VIANA, Cláudia, Os Princípios ..., Cit., p. 165.

113 Agirreazkuenaga, Inaki, La Coacción Administrativa Directa, S.L. Civitas Ediciones, 1990, p. 350.

2 - Diretivas

De acordo com o artigo 288.º do TFUE, a diretiva “(...) vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.”. Ou seja, as instituições da União Europeia determinam o resultado que se pretende obter, mas a forma como tal desiderato é obtido é da responsabilidade dos Estados membros.

Como refere Sue Arrowsmith as diretivas são o meio adequado a ser utilizado quando “ (...) se considera que as regras em questão necessitam de ser implementadas de diversas formas, em diversos Estados membros para ter em conta circunstâncias diversas (...) ”¹¹⁴. Uma leitura mais atenta do artigo citado revela que a aplicação do direito nacional deve ser feita à luz das diretivas e da finalidade que está pretende obter por força do primado do direito da União Europeia¹¹⁵ mas sempre deixando alguma margem de liberdade ao legislador interno quanto aos meios e à forma a seguir.

Numa fase inicial, e tendo em linha de conta os objetivos acima referidos de promover a liberdade de circulação de bens, de prestação de serviços e fomentar a concorrência, o regime jurídico da União Europeia ocupou-se, essencialmente, de estabelecer os procedimentos de adjudicação dos contratos.

Como ensinou José Luís Meilan Gil¹¹⁶, tendo em linha de conta as discrepâncias entre diversos ordenamentos jurídicos dos múltiplos Estados membros – que variavam entre sistemas jurídicos de *commom law* e administrativistas – foi possível estabelecer uma “zona comum” dos contratos públicos com base em diretivas que permitiam “acomodar” esses distintos sistemas jurídicos.

114 ARROWSMITH, Sue, EU Public ..., Cit., p. 28.

115 CAMPOS, João Mota de, Direito Comunitário ..., Cit., p. 30.

116 MEILAN GIL, José Luís, Categorías Jurídicas en el Derecho Administrativo, Escuela Gallega de Administración Pública /IUSTEL, 2011, p.144.

2.1 - Evolução normativa¹¹⁷

Em 1961, o então Conselho Europeu aprovou os Programas Gerais para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento e à Livre Prestação de Serviços¹¹⁸ que, entre outras disposições e a título de exemplo, considerava como “ (...) práticas restritivas as que, apenas em relação aos estrangeiros, excluem, limitem ou condicionam a faculdade de exercício de direitos normalmente ligados à prestação de serviços e, em especial, a faculdade de: (a) Celebrar contratos e, nomeadamente, contratos de empreitada e de locação tais como de prestação de serviços, bem como de gozar de todos os direitos decorrentes destes contratos, (b) Apresentar propostas ou participar como co-contraente ou de subcontratante em adjudicações do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público (...) ”¹¹⁹.

Tendo sido lançadas as bases para o que viria a ser, hoje, um direito europeu dos contratos públicos¹²⁰, convém, ainda que de forma resumida, referir alguns dos diplomas mais importantes neste trajeto a partir da década de setenta do século passado.

Após a aprovação dos Programas Gerais e da referência específica aos Contratos Públicos são aprovadas as Diretivas 70/32/CEE, da Comissão Europeia, de 17 de dezembro de 1969¹²¹, a 71/304/CEE¹²² e a 71/305/CEE, ambas do Conselho, de 26 de junho de 1971 e a 77/62/CEE¹²³, de 21 de dezembro de 1976, que tinham como objetivo restringir práticas discriminativas, começando por explicitar o alcance das liberdades comunitárias no âmbito da contratação pública, estabelecer critérios objetivos de participação e de adjudicação dos contratos públicos. Tratava-se, de forma sucinta, de integrar este tema no mercado comum pela “via negativa”, aprofundando-se à proibição de práticas de restrições discriminativas já previstas nos Programas Gerais, e pela “via

117 Para uma análise mais profunda desta matéria, entre outros, ARROWSMITH, Sue, *EU Public ...*, Cit., p. 55 e seguintes; VIANA, Cláudia, *Os Princípios ...*, Cit., p. 312 e seguintes e *A Anunciada...*, Cit., p. 13.

118 Ambos publicados em *Jornal Oficial*, 2, em 15 de novembro de 1962.

119 Programa Geral para a Supressão das Restrições à Livre Prestação de Serviços, de 18 de dezembro de 1961, publicado em *Jornal Oficial*, 2, em 15 de novembro de 1962 doravante designado por Programas Gerais.

120 VIANA, Cláudia, *A Anunciada ...*, Cit., p. 6.

121 Diretiva 70/32/CEE da Comissão, de 17 de dezembro de 1969, relativa ao fornecimento de bens ao estado, autoridades locais e outros organismos oficiais, publicada em *Jornal Oficial*, 13, em 15 de janeiro de 1971.

122 Directiva 71/304/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão das restrições à livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas e à adjudicação de empreitadas de obras públicas por intermédio de agências ou de sucursais e a Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, ambas publicadas em *Jornal Oficial*, 185/1, em 16 de agosto de 1971.

123 Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público, publicada no *Jornal Oficial*, L 13, em 15 de janeiro de 1977.

positiva” com a coordenação dos procedimentos nacionais de adjudicação dos Estados membros¹²⁴.

Volvida uma década, a aprovação, em 1985, do Livro Branco para a Realização do Mercado Interno e a publicação, em 1987, do Acto Único Europeu catalisaram uma “(...) onda de reformas das regras da contratação pública”¹²⁵ como forma de aprofundar o mercado único.

São marcos importantes desta fase, marcada por uma enérgica atividade legiferante, a Diretiva 92/50/CEE, a Diretiva 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE, todas do Conselho de 14 de junho de 1993¹²⁶, aplicáveis, respetivamente, aos contratos de aquisição de bens, empreitadas e concessão de obras públicas e aos “sectores especiais”.

As diretivas supra referidas estabeleceram um regime jurídico pré-contratual que tinha como objetivo estabelecer, como caracterizou José Luís Meilan Gil¹²⁷, a “zona comum” dos contratos públicos celebrados pela generalidade das entidades adjudicantes.

O Acordo de Contratação Pública, dentro da Organização Mundial de Comercio, as orientações provindas do Livro Verde – Os Contratos Públicos na União Europeia: Pistas de Reflexão para o Futuro¹²⁸ e da Comunicação Os Contratos Públicos na União Europeia¹²⁹ vão impulsionar a sua alteração por via das diretivas 97/52/EC¹³⁰ e 98/4/EC¹³¹.

Acresce que é durante este período que são publicadas as “diretivas recursos” – Diretiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989 e a Diretiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, que regulando às garantias dos operadores económicos para reagir perante alegadas práticas lesivas no âmbito de procedimentos de contratação pública, iriam perdurar no tempo até à alteração introduzida pela Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro.

Numa fase posterior, e com início no ano 2000, vão ser apresentadas duas propostas de directivas - uma relativa aos sectores gerais, outra sobre os sectores especiais – que desencadeia um longo procedimento de co-decisão e que vai culminar na aprovação da Diretiva 2004/18/CE

124 As expressões “Via Positiva” e “Via Negativa” foram utilizadas por AYMERICH CANO, Carlos em Normativa comunitaria sobrecoordinación dos procedimientos de adxudicación de contratos públicos de subministración e obras, in Xornadas de Estudio sobre a Contratación Pública no Dereito Comunitario, Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, junho de 1999.

125 ARROWSMITH, Sue, EU Public ..., Cit., p. 56.

126 Publicadas no Jornal Oficial, L 199, de 09 de agosto de 1993.

127 MEILAN GIL, José Luís, Categorías..., Cit. p. 144.

128 COM (96) 583, de 27 de novembro de 1996.

129 COM (1998) 143, de 11 de março de 1998.

130 Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 1997, altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, relativas à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas, publicada em Jornal Oficial, L 328, de 28 de novembro de 1997.

131 Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, altera a Directiva 93/38/CEE relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, publicada em Jornal Oficial, L 101, de 01 de abril de 1998.

do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços e a Diretiva 2004/17/CE, também do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais¹³².

Por fim, com uma década de vigência, os desenvolvimentos económicos, sociais e políticos na Europa, bem como as restrições orçamentais que se fizeram sentir, tornaram necessária a reforma das normas de contratação pública, que vieram a ocorrer com a aprovação das diretivas 2014/23/EU, 2014/24/UE e 2014/25/EU ¹³³.

As diretivas 2014 pretenderam simplificar regras procedimentais - quer para as entidades adjudicantes, quer para os operadores económicos – garantir a melhor relação qualidade/preço das compras públicas, potenciar o uso dos mercados públicos como ferramenta para prosseguir políticas ambientais, sociais e de promoção das PME's¹³⁴, mas sempre de acordo com os princípios fundamentais do direito da União Europeia num claro alinhamento com a Estratégia da Europa 2020¹³⁵.

Considerando o objeto da presente dissertação iremos abordar de seguida, do ponto de vista do direito da União Europeia e do direito nacional, alguns aspectos com relevância para o nosso estudo e, neste caso, apenas no âmbito da Diretiva 2014/24/UE.

2.2 - Do enquadramento objetivo e subjetivo das autarquias locais

Adotando um conceito amplo e abrangente de contratos públicos, a Diretiva 2014/24/UE estabeleceu que “(...) entende-se por «contratação pública» a aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente das obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público.”.

132 Ambas diretivas foram publicadas no Jornal Oficial, n.º L 134, de 30-04-2004 e alteradas pelas Diretivas n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro e pelos Regulamentos (CE) n.º 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 e 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007 e retificada pela Diretiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro, sendo designadas, em conjunto, diretivas 2004.

133 Publicadas, em 28 de março de 2014, no Jornal Oficial e que, em conjunto, doravante serão designadas por diretivas 2014.

134 ALMEIDA, Teresa, Critérios de Adjudicação – O (Novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa, in Revista de Contratos Públicos n.º 13 (Coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, p. 109, 2016.

135 EUROPEAN, Commission, Europe 2020..., Cit., p.10.

Ora, e para enquadrar as autarquias locais no âmbito da Diretiva 2014/24/UE convém começar por referir que o artigo 2.º, n.º 1, alínea 1) define que são “Autoridades adjudicantes, as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público”, sendo que o n.º 2 do referido artigo esclarece que a autoridade local inclui todas as autoridades das unidades administrativas abrangidas pelo nível NUTS III e das unidades administrativas mais pequenas, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1059/2003¹³⁶. Isto é, no nosso caso, às autarquias locais, que, como iremos ver adiante, incluem as freguesias e os municípios.

A Diretiva 2014/24/UE estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos adotados pelas autoridades adjudicantes quando pretendem celebrar contratos públicos com valores iguais ou superiores aos limiares nela fixados. Esses limiares advêm da Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 1994, que estabeleceu, para a União Europeia, os resultados relativos aos acordos das negociações multilaterais do Uruguay Round entre 1986 e 1994, em concreto, do Acordo sobre Contratos Públicos.

Refere o artigo 6.º da Diretiva 2014/24/UE que “De dois em dois anos, a contar de 30 de junho de 2013, a Comissão verifica se os limiares (...) correspondem aos limiares estabelecidos no Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio (a seguir designado «GPA») e, quando necessário, procede à respetiva revisão (...)”. Essa revisão, nos termos do n.º 5 do artigo 6.º em conjugação com o artigo 87.º também desta Diretiva será feita por via de regulamento a ser aprovado pela CE.

As autarquias locais devem, obrigatoriamente, seguir os procedimentos previstos nas diretivas nos seguintes casos:

Vigência	2008/2009	2010/2011	2012/2013	2014/2015	2016/2017	2018/2019
Empreitadas de Obras Públicas	≥ 5.150.000,00 €	≥ 4.845.000,00 €	5.000.000,00 €	≥ 5.186.000,00 €	≥ 5.225.000,00 €	≥ 5.548.000,00 €
Aquisição de Bens e Serviços	≥ 206.000,00 €	≥ 193.000,00 €	200.000,00 €	≥ 207.000,00 €	≥ 209.000,00 €	≥ 221.000,00 €

Quadro 1 – Valores a partir dos quais é obrigatório o concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação com publicação de anúncio no Jornal Oficial¹³⁷.

136 Regulamento (CE) n.º 1059/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio, relativo à instituição de uma Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas (NUTS) e publicado no Jornal Oficial n.º 154, de 21.6.2003.

137 A designação Jornal Oficial será a abreviatura utilizada para referenciar o Jornal Oficial da Comunidade Europeia, bem como o Jornal Oficial da União Europeia, sendo que a distinção resulta da data de publicação.

2.3 - Dos Procedimentos Pré-Contratuais

Foi assumido pela Diretiva 2014/24/UE que um dos seus objetivos, conforme demonstrado num dos seus considerandos era de “(...) prosseguir os objetivos de simplificação e redução da carga administrativa para as autoridades adjudicantes e os operadores económicos”.

Alguns exemplos dessa simplificação preconizada pela Diretiva 2014/24/EU podem ser analisados: i) nos artigos 59.º, em que apenas o adjudicatário necessita de enviar, para a entidade adjudicante, os documentos que comprovam a sua capacidade para poder participar no procedimento; ii) no artigo 71.º, quando permite a possibilidade de transferência de pagamentos para subcontratos, no caso específico das autarquias locais; e iii) no artigo 48.º, n.º 2, quando estabelece para, os concursos limitados e procedimentos concorrenciais com negociação, a utilização de um anúncio de pré-informação como anúncio de concurso, desde que enuncie os procedimentos a serem desencadeados no prazo de 12 meses.

Acresce ainda a consagração de alterações ao nível dos procedimentos pré-contratuais como as previstas: i) no artigo 29.º que apresenta o novo procedimento concorrenciais com negociação, que veio substituir o procedimento de negociação com publicação prévia de anúncio, agora melhor estruturado e fornecendo as entidades adjudicantes novas ferramentas para se obter uma melhor apresentação de propostas; ii) o artigo 30.º que torna o diálogo concorrenciais mais simples e mais acessível aos operadores económicos; e iii) o artigo 31.º que consagra um novo procedimento denominado parceria para a inovação.

A Diretiva 2014/24/UE concretizou um claro objetivo de aumentar as adjudicações às PME's, face à adjudicação apenas a uma grande empresa, com duas notas que devemos, ainda que de forma breve, individualizar quanto à situação financeira dos operadores económicos e à “Divisão em Lotes”.

Quanto à situação financeira dos operadores económicos, as autarquias locais, enquanto entidades adjudicantes, devem aceitar a participação de todos os operadores económicos desde que tenham uma situação adequada a execução do contrato.

Eram conhecidos alguns exemplos¹³⁸ de operadores económicos mais pequenos que eram excluídos dos procedimentos em virtude da exigência de volumes de negócios anuais anormalmente altos face ao valor real do contrato a ser adjudicado. Por esse motivo, Cláudia Viana

¹³⁸ A este propósito veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, proferido no processo n.º 1327/09, comentado por CAMPOS, Diogo Duarte, “Condições de participação em procedimento concursal (Ac. proc. n.º 1327/09 do TCA-N)”, Revista de Contratos Públicos, Coimbra, 2011, p. 145 e 146.

referia que “ (...) as exigências feitas pela entidade adjudicante aos operadores económicos devem ser proporcionais e adequadas ao objecto do contrato”¹³⁹.

Quando em 2008 a CE publicou o Código Europeu de Boas Práticas, forneceu diretrizes para um enquadramento que facilitasse a participação destes operadores económicos pedindo que não fossem exigidos critérios de seleção desproporcionados. Por esse motivo, o artigo 58.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE determina que “ (...) o volume de negócios anual mínimo que é exigido aos operadores económicos não pode exceder o dobro do valor estimado do contrato, salvo em casos devidamente justificados como os que se prendem com os riscos especiais associados à natureza das obras, serviços ou fornecimentos”.

O mesmo se referia quanto à “Divisão em Lotes”, uma vez que refere o considerando 78.º da Diretiva 2014/24/UE que “(...) as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão”.

Esta questão foi também identificada no âmbito do acima citado Código Europeu de Boas Práticas, que indicava que essa divisão deveria ter em linha de conta os setores comerciais ou de especialização onde esses operadores económicos se baseassem até porque, e em virtude do elevado valor dos limiares acima descritos, e como referiu Cláudia Viana¹⁴⁰, “ (...) só muito dificilmente é que as PME podem aceder a esses contratos, salvo se se organizarem através de formas de cooperação empresarial (...) ”.

O artigo 46.º da Diretiva 2014/24/UE refere que as autoridades adjudicantes “(...) podem decidir adjudicar um contrato sob a forma de lotes separados e podem determinar a dimensão e o objeto desses lotes.”. Caso não o pretendam fazer devem indicar as principais razões para essa decisão e fazer constar a mesma dos documentos do procedimento. Não há uma imposição da “Divisão em Lotes”, mas exige-se que as entidades adjudicantes esclareçam porque escolhem não dividir o objeto do contrato nos termos do artigo 46.º, n.º 1, 2.º parágrafo.

Apesar dessa permissão é necessário referir que pode ser estabelecido um limite máximo de lotes a serem adjudicados a um mesmo operador económico e quais as regras que devem ser seguidas na adjudicação dos vários lotes.

139 VIANA, Cláudia, A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública, Estudos de Contratação Pública, vol. II, Coimbra Editora, 2010, p. 170.

140 Cláudia Viana, Os Princípios..., cit., p. 72.

3 - Regulamentos

Os regulamentos são atos legislativos, nos termos do artigo 258.º do TFUE, com carácter geral, obrigatório, diretamente aplicáveis aos seus destinatários e que visam assegurar uma aplicação uniforme das respectivas normas em todos os Estados membros União Europeia¹⁴¹.

Ao contrário das decisões da CE, que têm um universo definido de visados, o regulamento é um ato abstrato que vincula as instituições da União Europeia, os Estados membros e os seus cidadãos. Não necessita de qualquer transposição por parte do Estado membro pelo que o seu conteúdo pode ser invocado, diretamente, junto dos tribunais nacionais a partir da data da sua entrada em vigor.

O ordenamento jurídico da União Europeia prevê a existência de regulamentos delegados, nos termos do artigo 290.º do TFUE, que desenvolvam determinados pormenores ou aspetos de um ato legislativo anterior.

É o caso do Regulamento Delegado n.º 1268/2012, de 29 de outubro que veio especificar alguns pormenores do Regulamento Financeiro n.º 966/2012, de 25 de outubro tendo determinado, entre outros, que para contratos de prestação de serviços, fornecimentos e empreitadas de obras públicas, de valor compreendido entre os 20.000€ e inferior aos limiares fixados pela União Europeia, os serviços da CE possam desencadear um procedimento de negociação.

Estão também previstos os regulamentos de execução, nos termos do artigo 291.º do TFUE, que permitem a execução de legislação que exija uma aplicação uniforme em todos os Estados membros da União Europeia. A título de exemplo veja o caso do Regulamento de Execução (UE) 2016/7 da Comissão, de 5 de janeiro de 2016 que estabeleceu o formulário-tipo do Documento Europeu Único de Contratação Pública previsto na Diretiva 2014/14/CE.

Tendo em conta as diversas espécies de regulamentos, podemos desde já qualificar como regulamentos de execução os utilizados para conformar as disposições técnicas que vão conformar os Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI) ou o FEDER, nos termos do artigo 178.º do TFUE, como por exemplo, o Regulamento de Execução (UE) 2015/207 da Comissão, de 20 de janeiro de 2015, que estabelece regras para a execução do artigo 125.º n.º 5, do Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, quanto aos

141 CAMPOS, João Mota de, Direito Comunitário – O Ordenamento Jurídico, II Volume, 4.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 20.

modelos a serem apresentados para as verificações administrativas e no local das regras relativas aos contratos públicos, auxílios estatais, requisitos ambientais e das disposições aplicáveis à igualdade de oportunidades.

Embora as diretivas da contratação pública assumam um papel de primordial importância há que sublinhar a importância dos regulamentos tendo em linha de conta a sua aplicabilidade direta por parte dos tribunais, administração pública e, por esse motivo, pelas entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia, da contratação pública.

Em especial, no âmbito do “Fracionamento Artificial de Contratos” assumem particular relevância as matérias reguladas pelos Regulamentos n.º 2195/2002, de 5 de novembro que institui o vocabulário comum para os contratos públicos, o Regulamento n.º 2083/2005, 19 de dezembro e o Regulamento (CE) 213/2008, de 28 de novembro relativo aos limiares da União Europeia e, como veremos já de seguida, do Regulamento n.º 2988/95, de 18 de dezembro que institui o regime sancionatório da União Europeia.

3.1 - Do Regulamento 2988/95, de 18 de dezembro,

Em 26 de julho de 1995, foi aprovado pelo Conselho, a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias publicada, posteriormente, no Jornal Oficial, n.º 316, de 27 de novembro daquele ano.

Esta Convenção visa proteger os interesses financeiros da União Europeia, e dos seus cidadãos, sendo a mesma complementada por diversos protocolos com o objetivo de prevenir situações de fraude como, a título meramente exemplificativo, a utilização ou apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenham por efeito o recebimento ou a retenção indevida de fundos provenientes do orçamento da União Europeia, o desvio desses fundos para fins diferentes daqueles a que se destinavam inicialmente ou a não comunicação de uma informação em violação de uma obrigação específica.

Considerando estas situações, e tal como consta do preâmbulo, surge o Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de dezembro¹⁴², que inclui um conjunto de normas de

142 Doravante designado por Regulamento 2988/95.

âmbito geral em matéria de aplicação de medidas administrativas e sanções administrativas quando se comprove a existência de irregularidades¹⁴³ por violação do direito da União Europeia.

Até à sua entrada em vigor, o regime sancionatório da União Europeia era aplicado de forma sectorial¹⁴⁴ quer fosse ao nível da política agrícola comum, concorrência, transportes, em matéria de aplicação de sanções específicas pelo Banco Central Europeu e quanto a irregularidades detetadas no âmbito dos contratos públicos objeto de financiamento FEDER.

Com este regulamento, pretendeu-se criar um regime geral que seria posteriormente concretizado através de diversas orientações, não apenas sobre “Correções Financeiras” em matéria de contratação pública, mas em diversos outros domínios.

No seu artigo 1.º, n.º 2, refere que “Constitui irregularidade qualquer violação de direito comunitário que resulte de um ato ou omissão de um agente económico que tenha ou possa ter por efeito lesar o orçamento geral das Comunidades ou orçamentos geridos pelas Comunidades, quer pela diminuição ou supressão de receitas provenientes de recursos próprios cobradas directamente por conta das Comunidades, quer por uma despesa indevida.”.

Os instrumentos previstos neste regulamento, não sendo taxativos, são obrigatoriamente típicos¹⁴⁵, não podem ser aplicados de forma retroativa, salvo se forem mais favoráveis¹⁴⁶, têm de respeitar o princípio da proporcionalidade¹⁴⁷ e são definidos como medidas ou sanções administrativas¹⁴⁸.

Contudo, o Regulamento 2988/95 não nos permite fazer uma correta distinção dos instrumentos existentes quanto à: i) finalidade ou ii) “Culpa”. Concordamos com Maria José Rangel de Mesquita¹⁴⁹ quando refere que as “(...) sanções administrativas revestem uma finalidade punitiva, ou seja, contêm um elemento de repressão, as medidas administrativas apresenta uma finalidade meramente ressarcitória (...)”. Todavia, a distinção proposta pela autora não está devidamente clarificada no Regulamento e torna-se importante, para o nosso estudo, enquadrar os processos de recuperação das “Correções Financeiras” motivadas por “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

143 Entre outros ver Acórdão do Tribunal de Justiça Cruz & Companhia, de 17 de setembro de 2014 – Processo C-341/13 ou Acórdão do Tribunal de Justiça Somvao, de 18 de dezembro de 2014 – Processo C-599/13.

144 MESQUITA, Maria José Rangel de, O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias Sobre os Estados Membros, Tese de Doutoramento, Almedina, 2006, p. 335.

145 Considerando Quinto e artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento.

146 Considerando Décimo e artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento.

147 Considerando Décimo e artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento.

148 Considerando Décimo e artigos 4.º a 7.º do Regulamento.

149 MESQUITA, Maria José Rangel de, O Poder ... Cit., p. 344.

O artigo 4.º, n.º 4 do Regulamento 2988/95 começa por dizer que sempre que estivermos perante a reposição de uma vantagem indevidamente obtida, ela deve ser enquadrada como medida administrativa. Contudo, o seu artigo 5.º, n.º 1, vem dizer-nos que essa reposição também poderá ser uma sanção.

Coloca-se, desde logo uma primeira questão: a reposição de uma vantagem indevidamente obtida por “Fraccionamento Artificial de Contrato” tem finalidade punitiva ou meramente ressarcitória?

Ao introduzir o conceito de “Culpa”, para tentar ajudar a responder a essa questão, como parece querer o artigo 5.º n.º 1, alínea c) do Regulamento 2988/95, torna-se ainda mais complexo o problema pois somos levados a pensar que se estivermos perante uma ação intencional ou negligente estaríamos perante uma sanção administrativa e, no caso contrário, perante uma medida administrativa.

Contudo, o artigo 4.º, n.º 4 do Regulamento 2988/95 não nos permite esse raciocínio de forma linear. Se é certo que refere que as medidas previstas naquele artigo não são sanções administrativas, no seu n.º 3, prevê um comportamento fraudulento nos seguintes termos: “Os atos que relativamente aos quais se prove terem por fim obter uma vantagem contrária aos objetivos do direito comunitário aplicável nas circunstâncias, criando artificialmente condições necessárias à obtenção dessa vantagem, têm como consequência, consoante o caso, quer a não obtenção da vantagem, quer a sua retirada”.

Essa desarticulação entre o artigo 4.º n.º 3 e o artigo 5.º n.º 1, alíneas c) e d) do Regulamento 2988/95, como adiante veremos melhor, cria dificuldades na delimitação de ambos os conceitos.

4. Soft Law

Para Francis Snyder, *Soft Law* é um tipo de direito não sancionatório com imperatividade diminuída sendo que a define como “(...) *rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects* (...)”¹⁵⁰.

Ou seja, por contraposição, e no âmbito do direito derivado da União Europeia, *Hard Law* serão às diretivas, os regulamentos e as decisões, uma vez que contêm regras imperativas, precisas e sancionatórias em vez de serem meramente orientativas, genéricas e/ou flexíveis.

Consideramos que a juridicidade de uma norma não deve ficar reduzida à noção de sanção uma vez que existem regras que, mesmo não impondo uma consequência, são jurídicas. Todavia, a questão que se coloca hoje em dia está relacionado com a proliferação de vários tipos de instrumentos deste género com consequências práticas¹⁵¹, e imediatas, sobre os contratos públicos das autarquias locais que tiveram acesso ao FEDER.

Repare-se que quando a CE intervem sob um determinado procedimento – do qual tenha tomado conhecimento por via de queixa ou reclamação – a *Soft Law* permite às autarquias locais e aos operadores económicos percecionar os reflexos da sua conduta numa possível situação de incumprimento.

Até porque, em algumas situações, as conclusões que as entidades da União Europeia retiram de um determinado procedimento, de acordo com essa *Soft Law*, é feito com as orientações retiradas da jurisprudência da União Europeia e dos princípios gerais que reforçam a sua juridicidade. Um exemplo paradigmático disto prende-se, como veremos, com os contratos públicos.

Assim, no intervalo de tempo que decorreu até à transposição integral da Diretiva 2014/24/EU, pelo legislador nacional, tratando se de matérias que pudessem vir a receber consagração nesse exercício, a *Soft Law* revelou-se como um ponto de apoio relevante para decisões de “Correções Financeiras” por parte das instituições nacionais que gerem o FEDER.

Existem diversos documentos de *Soft Law* mas para o objeto da presente dissertação assumem particular relevância, no âmbito da autorização e controlo do financiamento FEDER, a Comunicação 2006 e as orientações relativas a aplicação de “Correções Financeiras”.

150 SNYDER, Francis, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, The construction of europe: Essays in honour of Emile Noël, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994, p. 198.

151 Neste sentido, BOBEK, Michal, Conclusões do Advogado Geral no Acórdão Reino da Bélgica/Comissão Europeia, de 12 de dezembro de 2017 - Processo C-16/16P e as alegações da República da Polónia no Acórdão República Federal da Alemanha/Comissão Europeia, de 20 de maio de 2010 - Processo T-258/06.

Mas não podemos esquecer que foram também emitidas, a propósito dos contratos de concessão, a Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia sobre as Concessões em direito Comunitário (C121, 29 de abril de 2000), e, em matéria de parcerias, o Livro Verde sobre as parcerias público privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões [Com (2004) 327] e a Comunicação Interpretativa da Comissão relativa à aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões às parcerias público privadas institucionalizadas (C 91, 12 de abril de 2008).

No caso da Diretiva 2014/24/UE, e das novidades por ela carreada sobre considerações ambientais ou sociais nos critérios de adjudicação, realçamos a Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos [Com (2001) 274, de 21 de abril de 2007] e a Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspetos sociais nesses contratos (2001/C 333/08).

Quanto à contratação pública eletrónica, merece referência: i) o Livro Verde da Comissão sobre a contratação pública na União Europeia: Reflexões para o futuro, de 27 de novembro de 1996; ii) a Comunicação da Comissão Europeia sobre o papel da Administração Eletrónica (e-Government) no futuro da Europa, de 26 de setembro de 2003; iii) a Comunicação da Comissão sobre o Plano de Ação para a aplicação do quadro jurídico no domínio dos contratos de direito público por via eletrónica, de 29 de dezembro de 2004; iv) a Declaração Ministerial de Manchester, de 19 de setembro de 2007 para as compras públicas eletrónicas; v) o Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa [SEC (2010) 1214]; e a Comunicação da Comissão Europeia sobre contratação pública eletrónica do princípio ao fim para modernizar a administração pública de 26 de junho de 2013 [COM(2013) 453 final].

4.1. O regime relativo às “Correções Financeiras”

Como tivemos a oportunidade de referir *Soft Law* é um tipo de direito não sancionatório com imperatividade diminuída. A questão que se coloca hoje em dia está relacionada com a proliferação de vários instrumentos deste género, ao longo de décadas, com impacto nos contratos públicos que tenham tido financiamento FEDER quando aplicam “Correções Financeiras” que suprimem parte, ou mesmo a totalidade, do valor financiado.

Como referimos anteriormente, para o correto funcionamento do mercado interno é imprescindível que a contratação pública esteja o mais exposta possível à concorrência ao nível da União Europeia. Trará vantagens para os contribuintes, melhora a qualidade dos serviços públicos que se pretenda prestar e permite uma cada vez mais adequada e eficaz afetação dos recursos financeiros da União Europeia. A proteção da igualdade e dos interesses financeiros das instituições europeias são dimensões importantes no enquadramento jurídico do “Fracionamento Artificial de Contratos” pelo que, neste ponto, iremos atentar um pouco mais quanto à natureza jurídica das “Correções Financeiras” aplicáveis com base nessa irregularidade.

A *Soft Law* relativa às “Correções Financeiras” no âmbito da contratação pública teve como objetivo concretizar o Regulamento 2988/95 e foi positivada pelas seguintes orientações:

4.1.1. Para o QCA III – Orientações relativas aos princípios, critérios e tabela indicativa a aplicar pelos serviços da Comissão para determinação das “Correções Financeiras” nos termos do n.º 3 do artigo 39.º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999, de 21 de junho¹⁵²

Esta foi a primeira tentativa de sistematização de uma tabela de “Correções Financeiras” cujo objetivo principal era a avaliação, pelos serviços da CE, dos mecanismos de controlo da despesa financiada, por exemplo, pelo FEDER, através dos Estados membros.

As auditorias¹⁵³ efetuadas indicavam que cerca de 10% dos sistemas de controlo estariam em condições seriamente deficientes, apresentando, por isso, um risco elevado, com a cominação de suspensão de pagamentos aos Estados membros e imposição de “Correções Financeiras”.

152 C/2001/476, de 2 de março de 2001, doravante designadas por Orientações 2001.

153 Relatório anual relativo à execução do orçamento para o exercício de 2006, acompanhado das respostas das instituições, do Tribunal de Contas Europeu e Relatório Anual “Luta contra a Fraude” do Organismo Luta Anti Fraude.

No âmbito da despesa apresentada à CE pelos Estados membros, começaram a ser avaliados os diversos procedimentos de contratação pública, que vieram a revelar a existência de uma dimensão considerável de irregularidades nessa matéria. Nesses relatórios ainda não se afluía o conceito de “Fraccionamento Artificial de Contratos” mas a CE considerava que a não realização de um concurso, no caso de ser exigido pelas diretivas, tornava um projeto parcial ou totalmente inelegível.

A falta de publicidade foi percebida pelas Orientações 2001, como um elemento essencial e a coberto do princípio da proporcionalidade já se propunha: i) uma correção de 100% quando existisse uma inobservância total das regras; ii) uma correção de 25% quando perante uma irregularidade grave mas que não invalidasse a operação; iii) uma correção de 10% para casos de gravidade moderada sob os elementos essenciais; iv) uma correção de 5% para irregularidade menos graves relativamente a elementos não essenciais; e v) uma correção de 2% para situações primárias de gravidade reduzida.

Estas Orientações 2001 não continham uma tabela discriminativa onde estivessem previstas as irregularidades e as percentagens de correção em procedimentos de contratação pública, mas apenas elencava os elementos essenciais para a garantia da elegibilidade.

Embora estivessem destinadas aos serviços da CE, as instituições da União Europeia¹⁵⁴ e a jurisprudência do TJUE consideravam que “(...) os Estados Membros são obrigados a sancionar as irregularidades verificadas no quadro da sua fiscalização quando constatam uma alteração importante que afete a natureza do financiamento europeu, as condições de execução ou de fiscalização desse financiamento. O objetivo das correções financeiras é pôr termo à «caça às subvenções», [restabelecendo] uma situação em que a totalidade das despesas declaradas para cofinanciamento dos Fundos estruturais esteja em conformidade com a regulamentação nacional e comunitária aplicável. Os Estados membros são assim obrigados a suprimir, no todo ou em parte, o financiamento europeu quando verificam uma irregularidade na aplicação da regulamentação da União, pois a compatibilidade da operação com o direito da União é, como já vimos, uma condição de elegibilidade da operação para o financiamento (...)”¹⁵⁵.

Além do leque alargado de irregularidades, às quais as Orientações 2001 eram aplicáveis, com o impulso da CE e da jurisprudência do TJUE conseguir-se-ia cumprir com o artigo 39.º do

154 Relatório anual relativo à execução do orçamento para o exercício de 2006, acompanhado das respostas das instituições, do Tribunal de Contas Europeu e Relatório Anual “Luta contra a Fraude” do Organismo Luta Anti Fraude.

155 Alegações proferidas, a 5 de setembro de 2013, pelo Advogado Geral Yves Bot no âmbito do Acórdão do Tribunal de Justiça Comune di Ancona – Processo C-388.

Regulamento (CE) n.º 1260/1999, de 21 de junho e com o artigo 7.º do Regulamento 2988/95 que previam que os Estados membros poderiam aplicar “Correções Financeiras” a um qualquer agente económico, pessoas singulares e/ou coletivas, de natureza pública ou privada como, por exemplo, às autarquias locais.

4.1.2. Para o QCA III e QREN - Orientações para a determinação de “Correções Financeiras” a efetuar, às irregularidades relativas a procedimentos de contratação pública detetadas nas despesas cofinanciadas¹⁵⁶

O Comité para a Coordenação dos Fundos era um comité que junto da CE discutia e analisava assuntos relativos a aplicação dos Fundos Estruturais e de Coesão¹⁵⁷ para o QCA III e QREN.

Em 18 de julho de 2007, considerando as conclusões das auditorias do Tribunal de Contas Europeu e do Organismo de Luta Anti Fraude, foi apresentada uma primeira versão do que viriam a ser as orientações para a determinação de “Correções Financeiras” a efetuar às irregularidades relativas a procedimentos de contratação pública detetadas nas despesas cofinanciadas incluindo uma tabela que identifica a tipologia de situações irregulares mais frequentes, com propostas de aplicação de percentagens de correção às despesas cofinanciadas.

Após um processo de negociação de forma a enquadrar as recomendações da CE para aplicação dos mesmos critérios e percentagens quando parâmetros mais estritos não estivessem já a ser aplicados¹⁵⁸ a versão final dessas orientações foi aprovada pelo COCOF, em 28 de novembro de 2007.

As Orientações 2007, pela primeira vez, estabeleceram a aplicação de “Correções Financeiras” às irregularidades detetadas em sede de avaliação da legalidade dos procedimentos de contratação pública, quer pelos serviços da CE, quer pelos Estados membros, quer no âmbito dos setores clássicos, quer dos especiais, tendo, em obediência à jurisprudência do TJUE constante da Comunicação 2006, abrangidos os contratos abaixo dos limiares.

156 COCOF 07/0037/03, de 29 de novembro de 2007, doravante designadas por Orientações 2007.

157 De acordo com o Regulamento (EU) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, este comité, doravante designado por COCOF, foi renomeado como COESIF - Comité de Coordenação dos Fundos Estruturais e de Investimento Europeus – com idêntica função. Reúne-se, geralmente, uma vez por mês e é presidido pela CE. Nas reuniões do comité também participam funcionários dos Estados membros. Paralelamente foi criado o GESIF – Grupo de Peritos em Fundos Estruturais e de Investimento Europeu – que analisam informação apresentada pela CE e que tem representantes do Parlamento Europeu.

158 Circular 4368, Instituto Financeiro para o Desenvolvimento Regional, de 05 de dezembro de 2007.

Ao tipificar determinadas irregularidades as Orientações 2007, em alguns casos, criaram verdadeiras molduras com limites mínimos e máximos em função da gravidade¹⁵⁹, reiteram a necessidade de aplicar o princípio da proporcionalidade¹⁶⁰, introduzem o conceito “Interesse Transfronteiriço”¹⁶¹ e, ainda, de “Culpa”¹⁶².

4.1.3. Para o QREN e FEEL - Orientações da Comissão Europeia relativas à determinação das “Correções Financeiras” a introduzir nas despesas financiadas pela União no âmbito da gestão partilhada, em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos¹⁶³

Para o QCA 2020, bem como para o QREN, a CE aprovou as Orientações 2013 para a determinação das “Correções Financeiras” a introduzir nas despesas financiadas em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos.

Tal como as anteriores, estabeleceram a aplicação das “Correções Financeiras” às irregularidades detetadas em sede de avaliação de procedimentos de contratação pública, quer pelos serviços da CE, quer pelos Estados membros, abrangendo os contratos abaixo dos limiares fixados pela União Europeia.

Atualizam as orientações anteriores, clarificam alguns níveis de correção, tipificam outros comportamentos, mantêm molduras com limites mínimos e máximos em função da gravidade, reiteram a necessidade de respeito pelo princípio da proporcionalidade e reforçam a aplicação do já mencionado conceito de “Interesse Transfronteiriço”.

Introduzem algumas questões novas como a possibilidade de não aplicação de “Correções Financeiras” caso a irregularidade tenha uma natureza meramente formal, sem qualquer impacto financeiro efetivo ou potencial¹⁶⁴ e ainda da aplicação do regime mais favorável em virtude da aplicação no tempo das orientações. Em paralelo com o que se estatui nas orientações anteriores o conceito de “Culpa” também é utilizado para situações de fraude.

As Orientações 2013, no seu ponto 2, tipificam, pela primeira vez, o “Fracionamento Artificial de Contratos” definindo-o como “Um projeto de execução de obras ou relativo à aquisição

159 Ponto 5.º, 6.º, 8.º ou 9.º.

160 Orientações 2007, p. 3.

161 Orientações 2007, p.12.

162 Ponto 7.º das orientações 2007 sob a epígrafe “Critérios de seleção e/ou de adjudicação ilegais fixados no processo de concurso”.

163C (2013) 9527, 19 de dezembro de 2013, doravante designadas por Orientações 2013.

164 Orientações 2013, p. 7.

de uma determinada quantidade de fornecimentos e/ou de serviços é fracionado, deixando dessa forma de estar abrangido pelo âmbito de aplicação das diretivas, isto é, deixando de estar sujeito à obrigação de publicação no JOUE para a totalidade das obras, serviços ou fornecimentos em causa.”.

As Orientações 2013 preveem duas taxas de “Correções Financeiras” aplicáveis nestes casos: De 100% caso o valor conjunto ultrapasse os limiares fixados pela União Europeia ou de 25% “(...) se a publicação de um anúncio de concurso for exigida pelas diretivas e o anúncio de concurso não for publicado no JOUE, mas for publicado de forma a garantir que uma empresa situada noutro Estado Membro tem acesso às informações adequadas sobre o concurso público, antes deste ser atribuído, de modo a que, se essa empresa o desejar, possa apresentar uma proposta ou manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato. Na prática, tal implica a publicação do anúncio de concurso a nível nacional (em conformidade com a legislação nacional ou as regras aplicáveis a este respeito) ou o respeito das normas básicas em matéria de publicidade dos anúncios de concurso (...)”.

Por respeito ao princípio da proporcionalidade, e com recurso à Comunicação 2006, as Orientações 2013 permitem que num procedimento de concurso em que, sendo obrigatória, não tenha existido publicidade no Jornal Oficial mas tenha existido um grau suficiente de publicidade, por exemplo no caso português, com a publicação em Diário da República, possa ser aplicada uma correção de 25%.

Convém referir, como veremos ao longo dessa dissertação, que nesta graduação entram ainda considerações relacionadas com o “Interesse Transfronteiriço”, o incumprimento de legislação nacional e o nível de publicidade interno exigido para o contrato público em causa.

4.2. Da Coercibilidade das Orientações da Comissão Europeia

Dado o limite do objeto da presente dissertação não iremos discutir, de forma aprofundada, sob a coercibilidade, ou não, das orientações que, de acordo com Pedro Matias Pereira¹⁶⁵, revestem a natureza de decisão *per sí* enquanto ato normativo das instituições europeias que, nos termos do artigo 288.º do TFUE, “(...) é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.”.

¹⁶⁵ A aplicação de Correções Financeiras por Incumprimento das Regras de Contratação Pública nos Contratos Financiados por Fundos da União Europeia, Liber Amicorum Manuel Simas Santos, Reis dos Livros, 2016.

Assim, de acordo com esse autor¹⁶⁶, as Orientações 2013 só seriam obrigatórias quanto aos destinatários diretos que, nesse caso, seriam os serviços da CE, e uma mera recomendação para os Estados membros para “(...) conformar a atuação destes em certo sentido, sem que, no entanto, se estabeleça a sua obrigatoriedade ou uma sanção para o caso de não se acatar a recomendação” defendendo, ainda, que “(...) a sua transposição teria de ser incorporada no direito nacional por via “de lei, decreto-Lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional”(...).”

Todavia, este autor não tem em linha de conta que, mercê da interligação entre os PO's que gerem o FEDER, das entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia, da contratação pública, da CE, dos modelos de governação aprovados pelo Estado Português, da legislação da União Europeia e Nacional e, ainda, nos termos contratualmente estabelecidos com os beneficiários de financiamento, a aplicabilidade destas “Correções Financeiras” torna-se diretamente aplicável, por exemplo, como sucede para outras entidades adjudicantes, para as autarquias locais cujos contratos públicos tenham sido financiados pelo FEDER.

Veja-se a esse propósito que os sistemas de controlo interno das Autoridades de Gestão dos PO's, nos termos do artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro, que estabelece o modelo de governação para o QCA 2020, refere que estas “ (...) são responsáveis pela implementação de um sistema de controlo interno que previna e detete irregularidades (...) ” sendo lhes cometidas competências, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, que previnam e detetem irregularidades bem como “ (...) permitir a adoção das medidas corretivas oportunas e adequadas.”

Repare-se que incumbe a estas entidades, nos termos do artigo 27.º do referido diploma, garantir o cumprimento dos normativos aplicáveis nos domínios, entre outros, da concorrência e da contratação pública devendo, nos termos da alínea m) “ (...) assegurar que as despesas declaradas pelos beneficiários para as operações cumpriram as regras europeias e nacionais, podendo promover a realização de verificações de operações por amostragem, de acordo com as regras europeias e nacionais de execução.”

Sendo que essa ação, como referido no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro, que aprovou as regras gerais de aplicação dos PO's, entre outros, do FEDER, pode

166 PEREIRA, Pedro Matias, A aplicação ... Cit., p. 15 e 16.

culminar com a redução ou revogação do apoio concedido. Refere o n.º 1 deste artigo que “Sem prejuízo do disposto na legislação europeia ou na regulamentação específica aplicáveis, o incumprimento das obrigações do beneficiário, bem como a inexistência ou a perda de qualquer dos requisitos de concessão do apoio, podem determinar a redução ou revogação do mesmo.”.

Acresce que, nos termos da alínea g), do n.º 2, do citado artigo 23.º “ (...) fundamentos suscetíveis de determinar a redução do apoio à operação ou à despesa, ou, mantendo-se a situação, a sua revogação, designadamente e quando aplicável (...) g) O desrespeito pelo disposto na legislação europeia e nacional aplicável e na regulamentação específica dos PO e PDR, nomeadamente em matéria de contratação pública e instrumentos financeiros, devendo, neste caso, aplicar – se uma redução proporcional à gravidade do incumprimento, sem prejuízo do disposto na legislação europeia aplicável, designadamente na tabela de correções financeiras aprovada pela Comissão Europeia.”.

Pelo que não concordamos com Pedro Matias Pereira quanto à necessidade de uma transposição interna das orientações até porque, o juízo de eficácia que a CE faz deste processo, de forma a recuperar todos os montantes que possam ter sido entregues indevidamente, incluem ainda às seguintes diligências: i) inscrição, nas orientações, que as autoridades de supervisão dos Estados membros podem igualmente detetar irregularidades do mesmo tipo aquando das suas atividades de controlo, efetuando as correções necessárias nos termos dos mesmos critérios e tabelas que nela se incluem; ii) previsão da contratualização do FEDER com a imposição de diversas repercussões de índole financeira; e iii) aprovação de deliberações internas no sentido de legitimar a aplicação das mesmas¹⁶⁷.

5. Jurisprudência Específica sobre “Correções Financeiras”

Cabe ao TJUE garantir que o direito da União Europeia seja devidamente respeitado e aplicado de forma uniforme entre todos os Estados membros, sendo os tribunais nacionais chamados à colação de forma a participar na salvaguarda da ordem jurídica da União Europeia.

Como refere Cláudia Viana, “A relevância do direito europeu dos contratos públicos é facilmente aferida se tivermos em conta que os legisladores nacionais estão vinculados a efetuar uma transposição correta das diretivas; as entidades adjudicantes têm forçosamente de abrir à

¹⁶⁷ Nos termos do artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 312/2007, de 17 de setembro e dando cumprimento ao n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/99, de 18 de dezembro.

concorrência os contratos que pretendem celebrar; e os tribunais nacionais enquanto tribunais funcionalmente europeus, são chamados a declarar primazia e a garantir a sua efetividade.”¹⁶⁸.

Esta complementaridade entre TJUE e tribunais nacionais leva a que, conforme estabelecido pela primeira¹⁶⁹, existam limites à atuação das instituições da União Europeia e uma garantia efetiva dos direitos dos seus cidadãos que possam ser afetados pelos seus atos.

No sistema jurisdicional da União Europeia, os tribunais nacionais são, em primeira linha, chamados a debruçar-se sobre o respeito do direito europeu e pela proteção dos direitos dos seus cidadãos.

Este entendimento é bem patente no âmbito do nosso tema uma vez que a jurisprudência nacional, por exemplo, no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, no âmbito do processo 12681/15, de 28 de janeiro de 2016, referiu que o Regulamento n.º 2988/95 e a *Soft Law*, leia-se orientações para “Correções Financeiras”, nunca poderiam “ (...) ter um carácter sancionatório, na medida em que esta constitui apenas uma orientação de como se deverá proceder mediante uma irregularidade, definindo critérios operativos para adequar o procedimento de correção ao caso concreto.”.

Tendo sido, também, essa a posição assumida pelo Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 1/2015, de 26 de fevereiro¹⁷⁰ segundo o qual “ (...) o prazo de prescrição previsto no artigo 3.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Regulamento n.º 2988/95 aplica-se não apenas aos procedimentos por irregularidades que conduzem à aplicação de sanções administrativas, na aceção do artigo 5.º deste regulamento, mas também aos procedimentos que conduzem à adoção de medidas administrativas (...) ”.

É este mesmo acórdão que nos dá conta de que, em matéria de prescrição, “ (...) de acordo com o entendimento do acórdão do TJUE, de 5 de Maio de 2011, deve considerar-se aplicável ao presente caso o prazo de prescrição previsto no Regulamento 2988/95, porque se trata de norma directamente aplicável na ordem jurídica interna (art. 249.º, parágrafo 2.º CE e art. 8.º, n.º 3 da CRP) e não existe qualquer norma nacional especificamente aplicável que preveja um prazo superior. Tal prazo é, por outro lado, 'aplicável às medidas administrativas como a recuperação de uma restituição à exportação indevidamente recebida pelo exportador em virtude de irregularidades por ele cometidas.' - Acórdão do TJUE, de 29 de Janeiro de 2009, processos C-278/07 a C-280/07.”.

168 VIANA, Cláudia, A Anunciada ..., p.2.

169 Acórdão do Tribunal de Justiça Verdes, de 23 de abril de 1983 – Processo C - 294/83.

170 Publicado em Diário da República n.º 88, de 7 de maio de 2015 e proferido no âmbito do processo 173/13, de 9 de abril de 2014.

Este tem sido, efetivamente, o entendimento do TJUE que, de forma global, tem referido que a restituição de quantias, oriundas, por exemplo, do FEDER, indevidamente recebido correspondem a uma medida administrativa e não a uma sanção administrativa nos termos das definições constantes do Regulamento 2998/95.

Nesse sentido, o TJUE refere que não estamos perante uma sanção mas “(...) antes a simples consequência da constatação de que as condições exigidas para a obtenção do benefício resultante da regulamentação da União não foram respeitadas, tornando indevido o benefício concedido.”¹⁷¹. Também no mesmo sentido o Advogado Geral Yves Bot¹⁷² segundo o qual “(...) as correções financeiras que os Estados membros são obrigados a efetuar em virtude de uma irregularidade que afeta a operação cofinanciada constituem «medidas administrativas», na aceção do artigo 4º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95(...)”.

O TJUE decidiu que “(...) quando o legislador da União fixa condições de elegibilidade para a concessão de uma ajuda, a exclusão a que conduz a inobservância de uma dessas condições é, não uma sanção, mas a simples consequência do incumprimento das condições previstas na lei”¹⁷³, tendo decidido também nesse sentido ao referir que “ (...) essa obrigação não constitui uma sanção, mas antes a simples consequência da constatação de que as condições exigidas para a obtenção do benefício resultante da regulamentação comunitária foram criadas artificialmente fazendo com que seja indevido o benefício concedido (...)”¹⁷⁴.

Assim sendo, verifica-se que a jurisprudência nacional, em complementaridade com o TJUE, defende, de forma global, que a aplicação de “Correções Financeiras” com base, por exemplo, no “Fracionamento Artificial de Contratos” deverá ser enquadrado como uma medida administrativa e não como uma sanção administrativa.

Esta consideração por parte da jurisprudência nacional e da União Europeia coloca entaves às garantias processuais das autarquias locais face a necessidade de uma maior eficácia na recuperação de montantes indevidamente concedidos.

Como iremos ver, na aplicação práticas destes conceitos, esta qualificação jurídica assumida quer por parte da jurisprudência nacional, quer do TJUE, coloca entaves às garantias

171 Acórdão do Tribunal de Justiça Somvao, de 18 de dezembro de 2014 – Processo C-599/13

172 Alegações proferidas, a 16 de janeiro de 2016, no âmbito dos acórdãos do Tribunal de Justiça Judetul Neamt e Judetul Bacau – Processo C-260/14 e C-261/14 em que, em ambos os casos, estava em causa a aplicação de “Correções Financeiras” de 5% sob o valor dos contratos adjudicados, em sede de concurso público, em virtude da inserção de sub fatores ilegais nos critérios de adjudicação pelos Distritos de Neamt e Bacau.

173 Acórdão do Tribunal de Justiça FranceAgriMer, de 13 de dezembro de 2012 – Processo C-670/11.

174 Acórdão do Tribunal de Justiça Pometon SpA, de 4 de junho de 2009 – Processo C-158/08, do nosso ponto de vista, não estará devidamente alinhado com o n.º 3 do artigo 4 do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2888/95, do Conselho, de 18 de dezembro e parece contradizer a divisão proposta por PEREIRA, Pedro Matias, A aplicação ... Cit., p. 18, quanto aos erros sob os pressupostos.

processuais das autarquias locais, e demais entidades adjudicantes, face à necessidade de uma maior eficácia na recuperação de montantes indevidamente concedidos.

III – NO ÂMBITO DO DIREITO NACIONAL

1. Do Código dos Contratos Públicos

1.1. Dos Princípios

O *acquis* principiológico da contratação pública está devidamente positivado pelo Código dos Contratos Públicos¹⁷⁵ ao qual são ainda aplicáveis os princípios gerais da União Europeia, como descritos anteriormente, e os princípios constitucionais da atividade administrativa constantes do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa¹⁷⁶ e, entre outros, nos artigos 6.º e 7.º do Código de Procedimento Administrativo¹⁷⁷.

O CCP reúne no mesmo diploma o regime de formação dos contratos públicos e o regime substantivo do contrato administrativo, está alinhado com os regimes jurídicos nacionais que o antecederam¹⁷⁸, com as diretivas¹⁷⁹ e assume os princípios gerais do direito da União Europeia como interligados com a atividade da contratação pública ao nível do direito nacional.

Assim, refere o artigo n.º 1.º-A do CCP que “ 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

175 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro com as seguintes alterações que se enunciam: Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, Decreto-Lei n.º 278/2009, de 02 de outubro, Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro, Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro, Declaração de Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro e Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio o qual, doravante designado por CCP. Para a presente dissertação interessa também referir que depois da entrada em vigor deste Código, a 29 de julho de 2008, foram aprovados regimes de exceção ao mesmo e que foram, amplamente, utilizados pelas autarquias locais em contratos financiados pelo FEDER. Designadamente no que respeita à utilização do procedimento de ajuste direto, o Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de fevereiro - aplicável para procedimentos desencadeados até 31 de dezembro de 2010 ex vi Decreto Lei n.º 29/2010, de 1 de abril - do qual decorria a possibilidade de utilização do mesmos, em determinadas condições, até aos limiares em vigor.

176 Aprovada pelo Decreto de 10 de abril de 1976 e revista pela Lei n.º 1/82, de 30 de setembro, Lei n.º 1/89, de 08 de julho, Lei n.º 1/92, de 25 de novembro, Lei n.º 1/97, de 20 de setembro, Lei n.º 1/2001, de 12 de dezembro, Lei n.º 1/2004, de 24 de julho e Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto, doravante designada por CRP.

177 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, doravante designado por CPA.

178 Entre outros, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho e Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de agosto.

179 Os trabalhos de transposição das Diretivas 2014, que deveriam ter sido concluídos até 18 de abril de 2016, foram vertidos num anteprojeto de revisão do CCP e, após um período de consulta pública, foram aprovados em Conselho de Ministros, de 18 de maio de 2017 e publicados com o Decreto-Lei 111-B/2017, de 31 de agosto.

concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação.”.

Estes princípios, tal como os da União Europeia, revelam uma importância fundamental no âmbito dos procedimentos de contratação pública e na execução dos contratos públicos vinculando as autarquias locais, e restantes entidades adjudicantes, não apenas ao respeito da legalidade *stricto sensu* mas também como guia de orientação da sua atuação.

Nessa medida, podemos afirmar que à um contrato público financiado pelo FEDER e que pretende “ (...) contribuir para a estratégia da União para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo (...)”¹⁸⁰ também são aplicáveis os princípios gerais da contratação pública, sejam do direito da União Europeia, seja do direito nacional¹⁸¹.

1.2. Do enquadramento objetivo e subjetivo das autarquias locais

As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto ao CCP, centraram - se em aumentar a simplificação, flexibilização e desburocratização dos procedimentos, de forma a tornar o CCP ainda mais eficaz na concretização de diversas políticas públicas nacionais e da União Europeia, na inserção de medidas de transparência¹⁸² e de boa gestão pública e de concretização dos programas dos governos envolvidos na sua revisão.

Englobando um conceito amplo e abrangente de contratos públicos o CCP esclarece que “ O regime da contratação pública estabelecido na parte II é aplicável à formação dos contratos públicos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação.”¹⁸³.

Temos de articular o âmbito subjetivo de aplicação do regime da contratação pública com o seu âmbito objetivo, de forma a apurar quais são as entidades que estão vinculadas aos procedimentos de formação de contratos públicos¹⁸⁴.

180 Considerando 5 do Regulamento (UE) n.º 1301/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013.

181 Artigo 24.º n.º 1 alínea k) do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro.

182 Um dessas medidas era a entrada em vigor da faturação eletrónica que, por via do Decreto-Lei n.º 123/2018, de 28 de dezembro, levou a uma nova redação do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, passando este a consagrar um regime gradual. Sublinhe-se a prorrogação para 18 de abril de 2019 da obrigatoriedade para as autarquias locais e para 31 de dezembro de 2020 para às micro, pequenas e médias empresas definidas nos termos da Recomendação n.º 2003/361/CE.

183 Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do CCP.

184 O CCP está dividido em cinco partes com a seguinte divisão e epígrafes: Parte I - “Âmbito de Aplicação”; Parte II - “Contratação Pública”; Parte III - “Regime Substantivo dos Contratos Administrativos”; Parte IV - “Governo e Regime Sancionatório”; e Parte V - “Disposições Finais”.

O CCP, no seu artigo 2.º, elenca as diversas entidades adjudicantes, agrupando-as em dois grandes grupos: as que integram o “Sector Público Administrativo Tradicional”¹⁸⁵, nos termos do seu n.º 1, e os “Organismos de Direito Público” nos termos do seu n.º 2.

No “Sector Público Administrativo Tradicional” encontramos diversas entidades adjudicantes como: a) O Estado; b) As Regiões Autónomas; c) As autarquias locais; d) Os institutos públicos; e) As entidades administrativas independentes; f) O Banco de Portugal; g) As fundações públicas; h) As associações públicas e i) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas anteriormente, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas. Como refere Bernardo Azevedo “(...) tudo entidades incorporadas na Administração Pública em sentido orgânico tradicional e que podemos denominar, sem risco, de entidades adjudicantes por definição.”¹⁸⁶.

Os “Organismos de Direito Público” constantes do n.º 2 do artigo 2º do CCP, são pessoas coletivas, independentemente de terem natureza pública ou privada, que foram criadas para “ (...) satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tais aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica concorrencial de mercado, designadamente por não terem fins lucrativos ou por não assumirem os prejuízos resultantes da sua atividade; e ii) Sejam maioritariamente financiadas por entidades referidas no número anterior ou por outros organismos de direito público, ou a sua gestão esteja sujeita a controlo por parte dessas entidades, ou tenham órgãos de administração, direção ou fiscalização cujos membros tenham, em mais de metade do seu número, sido designados por essas entidades;”.

No âmbito da União Europeia, e de acordo com as Diretivas 2014¹⁸⁷, as entidades adjudicantes são, entre outras, as autoridades locais incluindo todas as autoridades das unidades administrativas abrangidas pelo nível NUTS 3 e das unidades administrativas mais pequenas, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1059/2003¹⁸⁸. Ou seja, de acordo com a terminologia constante do artigo 236.º da CRP são as autarquias locais denominadas como freguesias e municípios.

185 Iremos utilizar a terminologia proposta por AZEVEDO, Bernardo, Organismo de Direito Público — Uma categoria jurídica autónoma de Direito Comunitário intencionalmente aberta e flexível, in AA.VV. (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume III, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 52.

186 AZEVEDO, Bernardo, Organismo de Direito Público ..., Cit., p. 52.

187 Texto comum às diretivas 2014/23/EU, 2014/24/UE e 2014/25/EU.

188 Regulamento (CE) n.º 1059/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio, relativo à instituição de uma Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas (NUTS) e publicado no jornal oficial n.º 154, de 21 de junho de 2003.

Sendo que, como acima elencamos, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c) do CCP as autarquias locais são consideradas como entidades adjudicantes pertencentes ao “Sector Público Tradicional”.

No caso concreto das autarquias locais, estas estão sujeitas, na sua plenitude, a todas as dimensões normativas do CCP. Se uma autarquia local, na sua veste de entidade adjudicante, pretender celebrar um contrato público cujo objeto esteja submetido à concorrência de mercado¹⁸⁹ então deverá utilizar um dos diversos procedimentos pré-contratuais elencados no artigo 16.º do CCP para além da aplicação do respectivo regime de execução do contrato.

1.3. Dos Procedimentos Pré-Contratuais

No âmbito do regime aplicável à contratação pública, e no que tange à formação dos contratos públicos com relevância para o tema da presente dissertação, estão abrangidos, nos termos do artigo 16.º, n.º 2 do CCP, os contratos de: a) empreitada de obras públicas; b) concessão de obras públicas; c) concessão de serviços públicos; d) locação ou aquisição de bens móveis; e e) aquisição de serviços.

Para a formação de contratos públicos cujo objeto abarque as prestações acima referidas, as autarquias locais, também com relevância para a presente dissertação, podem desencadear, nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do CCP, os seguintes procedimentos pré-contratuais: a) Ajuste direto; b) Consulta prévia; c) Concurso público; e d) Concurso limitado por prévia qualificação.

Será relevante, para efeito da presente dissertação e dada a limitação de tempo que nos é imposta, restringir a nossa análise, ainda que de forma breve, aos procedimentos de concurso público e ajuste direto¹⁹⁰ apenas para a formação de contratos públicos de aquisição de bens, serviços e empreitadas de obras públicas por serem os procedimentos mais utilizados pelas autarquias locais.

Como referem Miguel Assis Raimundo e Jorge Andrade Silva,¹⁹¹ o CCP impôs a regra de que não é a despesa que determina qual o tipo de procedimento a ser seguido mas é a escolha

189 Nesse sentido, ver ponto 2 do preâmbulo do Código dos Contratos Públicos segundo o qual “ (...) a referida disciplina aplica-se, em especial, à formação de contratos cujo objeto abranja prestações que, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação, estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (...) ”.

190 Vimos com a apreensão os dados dos relatórios anuais de contratação pública do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, IP, que tem como base os dados transmitidos pelas entidades adjudicantes ao Portal Base Gov, que confirmam, ao longo dos últimos anos, e em particular para o ano de 2017, que “ (...) o tipo de procedimento a que se recorreu com maior frequência foi o ajuste direto, representando 92,3% do número total de procedimentos. ”.

191 Respetivamente em A formação ..., Cit., p. 730 e Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado, Almedina, 2013, p. 89.

de um determinado procedimento que vai balizar qual o valor máximo que poderá uma autarquia local pagar pela execução do objeto do contrato e que, como iremos ver a propósito do princípio da unidade da despesa, tem uma importância fulcral na análise do “Fracionamento Artificial do Contrato”¹⁹².

A esse propósito refere o artigo 17.º do CCP que “(...) o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto.”. Sendo que no n.º 2 daquele artigo engloba no benefício económico “ (...) além do preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros, o valor de quaisquer contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário e ainda o valor das vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.”.

O CCP, nos seus artigos 19.º e 20.º, limita o valor até ao qual é possível escolher um determinado procedimento utilizando para isso duas balizas financeiras: os limiares da União Europeia e os limiares inferiores fixados pelo legislador nacional.

Para uma melhor perceção dos valores em causa nos procedimentos que selecionamos de concurso público e ajuste direto para a formação de contratos públicos de aquisição de bens, serviços e empreitadas de obras públicas e tendo ainda em conta a aplicação dos diversos regulamentos que mencionamos, apresentam-se os seguintes quadros:

Regulamentos	1422/2007	1177/2009	1251/2011	1336/2013	2015/2341	2017/2365
Entrada em vigor	01/01/2008	01/01/2010	01/01/2012	01/01/2014	01/01/2016	01/01/2018
Empreitadas de Obras Públicas	≥ 5.150.000,00 €	≥ 4.845.000,00 €	5.000.000,00 €	≥ 5.186.000,00 €	≥ 5.225.000,00 €	≥ 5.548.000,00 €
Aquisição de Bens e Serviços	≥ 133.000,00 €	≥ 125.000,00 €	130.000,00 €	≥ 134.000,00 €	≥ 135.000,00 €	≥ 144.000,00 €

Quadro 2 – Valores a partir dos quais é obrigatório o concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação com publicação de anúncio no Jornal Oficial nos termos do artigo 19.º e 20.º do CCP.

	Concurso Públicos sem publicação no JOUE	Consulta Prévia ¹⁹³	Ajuste Direto
Empreitadas de Obras Públicas	> Limiar da União Europeia ≤ 150.000,00€	> 150.000,00€ ≤ 30.000€	> 30.000,00€
Aquisição de Bens e Serviços	> Limiar da União Europeia ≤ 75.000,00€	> 75.000,00€ ≤ 20.000€	> 20.000,00€

Quadro 3 - Valores a partir dos quais é possível recorrer ao concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação sem publicação de anúncio no Jornal Oficial ao procedimento de Consulta Prévia e Ajuste Direto nos termos do artigo 19.º e 20.º do CCP.

192 Exceção deva ser feita para os procedimentos de ajuste direto por critérios materiais.

193 A consagração deste procedimento através da revisão do CCP, efetuada pelo Decreto-Lei 111-B/2017, de 31 de agosto, não teve qualquer impacto sob a amostra recolhida pelo que, e considerando as limitações da presente tese, não o iremos abordar. Para mais desenvolvimentos sob este tema, entre outros: RAMOS, Vasco Moura, Consulta Prévia, in AA.VV. (Coord. GOMES, Carla Amado) Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª Edição, 2018, OLIVEIRA, Mário Esteves de, Concursos ..., Cit.; SOUSA, Luís Verde de, Ajuste Direto e Consulta Prévia, Código dos Contratos Públicos de acordo com o projeto de revisão, CEDIPRE, 2016.

Assim, e em resumo, como refere João Diogo Stoffel “Exceto quando são aplicáveis critérios materiais específicos, os órgãos decisores das entidades adjudicantes, na escolha do procedimento pré-contratual adequado às necessidades das suas compras estão condicionados pelo valor do contrato a celebrar”¹⁹⁴ sendo que, consoante o valor em causa, o CCP permite que uma autarquia local utilize o procedimentos de ajuste direto para contratos de valor económico reduzido¹⁹⁵ mas quando o valor pode ter efeitos dissuasores sob a concorrência impõe o recurso ao Concurso Público com ou sem publicidade no Jornal Oficial. Pelo que a escolha do procedimento é determinante para a densificação do “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

A título de exemplo, considere-se que uma autarquia local pretende requalificar a sua rede viária com recurso a várias dezenas de empreitadas de obras públicas adjudicadas separadamente sendo a despesa decorrente desses contratos apresentadas, ulteriormente, a financiamento FEDER. Qual seria o caminho juridicamente mais adequado que a autarquia local deveria percorrer para evitar “Correções Financeiras”? Será correto separar as empreitadas de obras públicas individualmente e proceder a ajustes diretos ou consulta prévia? Agrupar as intervenções e proceder a concurso público com publicidade nacional? E se o valor do preço base de todos os procedimentos exigir um concurso público com publicidade no Jornal Oficial? A resposta a algumas destas questões podem ser encontradas na Parte II da presente dissertação.

1.4. Do Ajuste Direto

Como supra exposto, e de acordo com o n.º 2 do artigo 16.º do CCP, uma autarquia local, no âmbito da formação dos contratos públicos pode utilizar, entre outros, os procedimentos pré-contratuais de ajuste direto – geral ou simplificado – ou de consulta prévia.

Resulta do artigo 112.º do CCP que a “ (...) consulta prévia é o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar.” e “ (...) 2 - O ajuste direto é o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta.”. Os valores que permitem o recurso a um ou outro procedimento estão patentes no Quadro 3 acima referido.

194 O (novo) regime da divisão (artificial) de contratos em lotes separados, constante do Código dos Contratos Públicos, Actualidad Jurídica Uriá Menéndez, n.º 28, 2011, p. 5.

195 ALMEIDA, João Amaral, As Medidas ..., Cit., p. 20.

A tramitação destes procedimentos consta dos artigos 112.º a 129.º dos quais decorre duas configurações distintas.

Um procedimento sem qualquer competição, com convite a apenas um operador económico que, como ensina Cláudia Viana, é um (...) procedimento pré-contratual fechado, sem qualquer apelo à concorrência.”¹⁹⁶.

E, com a entrada em vigor da alteração ao CCP, operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, foi (re) introduzido o procedimento de consulta prévia, como medida de concretização da recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção de 07 de janeiro de 2015, sobre a prevenção de riscos de corrupção na contratação pública¹⁹⁷, que apela a concorrência com convite a, pelo menos, 3 entidades.

Esta alteração não pode ser vista apenas no prisma de um mero reajustamento de conceitos e/ou da obrigatoriedade das autarquias locais apelarem ao mercado. Há três implicações práticas muito relevantes: i) a redução substancial dos limiares nacionais que possibilitavam o recurso ao procedimento de ajuste direto para contratos de valor inferior a 75 000€ e 150 000€, consoante estivessemos perante aquisição de bens e serviços ou empreitadas de obras públicas, respectivamente, e que vigorou entre 29 de julho de 2008 e 31 de dezembro de 2017¹⁹⁸; ii) o desencadear de uma discussão infundável¹⁹⁹ sob a aplicação do artigo 113.º n.º 2

196 VIANA, Cláudia, O ajuste direto concorrencial e a vinculação da entidade adjudicante, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 103, janeiro/fevereiro, 2014, p. 21.

197 SOUSA, Luís Verde de, Ajuste Direto ..., Cit., p. 16.

198 Como demonstramos no Quadro 2 para as empreitadas de obras públicas só é permitido o recurso ao procedimento de ajuste direto para valores inferiores a 30.000€ e para aquisição de bens e serviços para valores inferiores a 20.000€.

199 Com a entrada em vigor das alterações produzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 de 31 de agosto, somos confrontados com dois procedimentos distintos mas com interligações entre eles: Consulta Prévia e o Ajuste Direto. Com base nessa alteração o regime da escolha dos operadores económicos a convidar previsto no artigo 113º do CCP determina os casos em que uma autarquia local pode, ou não, convidar apenas um determinado operador económico. Refere a atual redação desse artigo, no seu n.º 2, que: “(...) Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19º e alíneas c) e d) do n.º 1 do art. 20º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”. Tendo sido mantida a consideração dos contratos celebrados no “(...) ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores (...)” as autarquias locais confrontam-se com o seguinte dilema: Devem contabilizar os contratos celebrados em 2016 e 2017 para efeitos do cálculo dos limites atualmente previstos no n.º 2 do artigo 113º do CCP? A doutrina nacional tem entendido, posição que sufragamos, que não é obrigatória a contabilização dos contratos celebrados em 2016 e 2017. Com a entrada em vigor do novo regime (em 1 de janeiro de 2018) foi iniciado um novo ciclo para a contabilização do “(...) preço contratual acumulado (...)” para efeitos do disposto daquele artigo. Acresce que ao analisar a redação deste artigo antes e depois da revisão operada, resulta que a proibição de convidar passou a ter um alcance mais vasto porque o legislador optou por suprimir da letra da lei a identidade de prestações entre os contratos anteriormente celebrados e o contrato que a entidade adjudicante pretendesse vir a celebrar. Nesta data, o critério decisivo é a identidade do operador económico. Por outro lado, a proibição de convidar o mesmo operador económico passou a compreender quer o procedimento de ajuste direto, quer a consulta prévia. Pelo que, com base nestes argumentos, não deveria ser acumulado os valores de contratos celebrados nos anos económicos de 2016 e 2017, nem os que foram celebrados na sequência de procedimentos distintos, inclusivamente, sujeitos a diferentes limiares de aplicação. Este não foi o entendimento inicial do Instituto de Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, IP que, a 2 de fevereiro de 2018, emitiu a Orientação Técnica 01/CC/2018, na qual refere, a propósito da questão em análise, que “(...) “devem ser contabilizados os contratos celebrados na sequência de ajustes diretos ou de consultas anteriores a 1 de janeiro de 2018” e que recebeu uma ampla crítica por parte da doutrina nacional. Talvez por esse facto, posteriormente, através do esclarecimento sobre a Orientação Técnica 01/CC/2018, de 7 de março de 2018, veio estatuir que “(...) durante este período transitório de 2018 e 2019, sempre que não for possível cumprir a orientação aí vertida, podem não ser contabilizados os contratos celebrados em 2017 e 2016.” o que, no nosso entendimento, veio lançar novamente a incerteza com a aposição de uma expressão marcadamente discricionária como: “(...) sempre que for possível (...)”. Dada a limitação do tema objeto da presente tese não iremos abordar esta matéria de forma mais aprofundada que poderá ser melhor analisada em: GONÇALVES, Pedro, Direito dos Contratos Públicos, Volume I, Almedina, 2.ª Edição, 2018; ALMEIDA, João Amaral, O novo n.º 2 do Artigo

do CCP relativo à limitação dos convites a operadores económicos que tenham tido contratos adjudicados em 2016 e 2017; e iii) a articulação dos ajustes diretos com recurso a critérios materiais e o procedimento de consulta prévia nos termos do artigo 27.º A do CCP²⁰⁰.

Às questões acima identificadas podemos acrescentar alguma reserva quanto a obtenção de resultados positivos sobre a concorrência, o reduzido valor económico destes contratos e uma diminuição na eficácia da gestão pública que nos levam a concluir pela escassa utilidade do procedimento de consulta prévia, bem como pela necessidade de reverter ao regime em vigor até 31 de dezembro de 2017²⁰¹, ainda que com a possibilidade de fixar novos limiares para efeitos de recurso aos procedimentos de concurso público com publicidade nacional.

Uma autarquia local pode, ainda, utilizar o procedimento do ajuste direto independentemente do valor, nos termos dos artigos 24.º a 27.º do CCP. Se é certo que o enquadramento jurídico da contratação pública tem em vista a proteção da igualdade, quando perante a gestão de dinheiros públicos, e do mercado interno, não deixa de ser verdade que, em alguns casos, são atendíveis opções de política social, cultural ou de outra índole.

Para que seja possível adotar este procedimento é necessário que a autarquia local fundamente de forma clara e evidente, qual o critério material que suportou a escolha do ajuste direto pois, de acordo com a jurisprudência do TJUE²⁰², não basta invocar factos ou argumentos, é necessário apresentar, no momento da decisão da contratação, “(...) elementos de prova (...)” e cabe a autarquia local “(...) o ónus da prova de que se encontram efectivamente reunidas as circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se (...)” dando razão ao brocado latino *allegatio et non probatio quasi non allegatio*²⁰³.

Tem sido esse, também, o caminho percorrido pelo Tribunal de Contas²⁰⁴ quando refere que “(...) na formação dos contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o

113.º do Código dos Contratos Públicos: uma norma que continua a aplicar-se "consoante o caso", Revista dos Contratos Públicos, n.º 16, Almedina, 2018; ALMEIDA, Carlos Vaz, O artigo 113.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos: novo regime, nova era, Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 4, n.º 3, 2018, disponível em www.e-publica.pt.

200 Nesse sentido, SOUSA, Luís Verde de, Ajuste Direto ..., Cit., p. 17.

201 Neste sentido, ALMEIDA, João Amaral, Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos contratos Públicos, Cadernos Sérvulo, 2016, p. 34 e seguintes, disponível em www.servulo.com. Em sentido contrário, e defendendo a aplicação das soluções mais restritivas preconizadas pelo Reino Unido e pelo Reino de Espanha TELLES, Pedro, Direct Award and prior consultation: Everthing needs to change, so everything can stay the same, Revista Electrónica de Direito Público, Vol. 4, n.º 2, 2017, disponível em www.e-publica.pt

202 Acórdão Comissão Europeia/República Federal da Alemanha, 10 de abril de 2003 – Processo C-20/01 e C-28/01. Não bastou à República Federal da Alemanha, alegar, sem provar, que: i) um determinado tratamento térmico de resíduos e ii) a proximidade geográfica da adjudicatária, fossem motivos suficientes para recorrer “ (...) a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, quando, por motivos técnicos ou artísticos, ou ainda atinentes à protecção de direitos exclusivos, os serviços apenas possam ser executados por um prestador de serviços determinado.”

203 Alegação sem prova é como se não existisse alegação.

204 Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2010, 03 de março, publicado em Diário da República n.º 85/2011, Série II de 03 de maio, onde é avaliado, em sede de Fiscalização Prévia, um contrato de empreitada adjudicado com base numa norma constante do “(...) artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento Interno de Compras do Hospital de S. João, invocada para a aquisição directa ora efectuada, estende o conceito de

mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos neles interessados. O procedimento por ajuste direto constitui um procedimento fechado, que não integra qualquer nível de concorrência, pelo que só se deve aceitar a sua utilização quando se demonstre inviável qualquer outra solução procedimental que melhor salvaguarde a concorrência (...) Assim a decisão de subtrair um determinado contrato às regras da concorrência tem de ser efetuada em função das circunstâncias concretas de cada caso e fundamentada numa justificação clara e aceitável à luz dos princípios explicitados (...).”

1.5. Do Concurso Público

O concurso público é o procedimento concorrencial por excelência que, consoante o valor do contrato a ser celebrado, pode ter publicidade nacional por via do Diário da República ou uma maior amplitude com a publicação no Jornal Oficial quando o valor do contrato exceder os limiares da União Europeia.

O concurso público é também a regra da contratação pública, tanto mais que o seu regime é aplicado subsidiariamente aos concursos limitados por prévia qualificação, nos termos do artigo 162.º, n.º 1, ao procedimento por negociação, nos termos do artigo 193.º e ao diálogo concorrencial de acordo com o artigo 204.º, todos do CCP. Estamos perante um procedimento pré-contratual que garante uma ampla concorrência, permitindo o acesso de qualquer operador económico e a maior transparência possível, uma vez que qualquer interessado pode apresentar uma proposta.

Na formação dos contratos públicos deve-se, por regra, garantir o mais amplo acesso possível aos procedimentos, provocando-se o mercado para obter o maior número possível de propostas por parte dos operadores económicos. Este é um corolário do princípio da igualdade de tratamento de todos os operadores económicos que, como decorrência, protege a concorrência, a liberdade económica e o livre acesso aos procedimentos.

No âmbito da presente tese de dissertação, a publicidade assume uma particular importância²⁰⁵ enquanto uma das questões que mais tem preocupado a CE, como vimos, aquando da elaboração das diversas tabelas de “Correções Financeiras”.

aptidão técnica como fundamento de uma atribuição directa de um contrato público a todas as situações em que a entidade adjudicante considere estar perante motivos de aptidão técnica, sem explicitar verdadeiramente em que consiste essa exceção.”

205 Neste sentido, APARICIO, Emilio Jiménez, Comentarios a la legislación de contratación pública – Tomo II, 4.ª Edição, Lex Nova, 2016, p. 811.

Recordamos que, até a positivação do conceito de “Fraccionamento Artificial de Contratos” pelas Orientações 2013, a aplicação de “Correções Financeiras” nesta matéria tinha como base jurídica de suporte à violação das regras de publicidade constantes das diretivas.

Acresce que, também como vimos, no âmbito das Orientações 2013, a graduação percentual das “Correções Financeiras” aplicáveis ao “Fraccionamento Artificial de Contratos” varia consante o nível de publicidade exigido para o contrato público em causa.

1.6. Da “Divisão em Lotes”

Luís Verde de Sousa caracteriza “Divisão em Lotes” como “ (...) no âmbito de um mesmo procedimento, a entidade adjudicante divide o quid submetido à concorrência possibilitando que sobre cada uma das partes desse objeto incida uma adjudicação autónoma.”²⁰⁶. Neste sentido, refere a jurisprudência dos tribunais administrativos portugueses²⁰⁷ que essa possibilidade traduz o “ (...) o fraccionamento do procedimento, como que escalonado em partes em razão do objecto, rectius, em razão de cada lote, dando origem a tantas adjudicações e contratos quantos os lotes a que o procedimento respeita.”.

No direito nacional²⁰⁸, não diferindo muito do regime da União Europeia²⁰⁹, convém referir, duas versões no âmbito do CCP e que equivalem às duas epígrafes do mesmo artigo 22.º: a “Divisão em Lotes”²¹⁰ e a “Contratação de prestações do mesmo tipo em diferentes procedimentos”²¹¹.

Nos termos do artigo 22.º do CCP, com a redação aplicável aos procedimentos desencadeados até 31 de dezembro de 2017, era permitida a “Divisão em Lotes” de prestações do mesmo tipo, suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato, correspondendo cada um deles a um contrato autónomo, desde que o somatório dos preços base dos procedimentos

206 VERDE DE SOUSA, Luís, Algumas notas sobre a adjudicação por lotes, Revista Electrónica de Direito Público, Volume 4.º, 2017, p. 69, disponível em www.e-publica.pt.

207 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de dezembro de 2011, processo n.º 8163/11, disponível em www.dgsi.pt.

208 As normas relativas à contratação por lotes advêm dos sucessivos regimes de escolha de procedimentos concursais – a título de exemplo, o Decreto-Lei n.º 48234, de 31 de Janeiro de 1968, Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de julho, Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março, Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho e Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março – e de realização de despesa – a título de exemplo, o Decreto-Lei n.º 41375, de 19 de novembro de 1957, Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março e Decreto-Lei 197/99 de 8 de junho.

209 As normas relativas à contratação por lotes advêm dos sucessivos regimes de escolha de procedimentos concursais – a título de exemplo, Diretiva n.º 71/305/CEE, de 26 de julho de 1971, Diretiva n.º 77/62/CEE, de 21 de dezembro de 1976, Diretiva n.º 89/440/CEE, de 18 de junho, Diretiva n.º 2004/17/CE e Diretiva 2004/18/CE ambas de 31 de março de 2004, e a Diretiva 2014/25/EU e a Diretiva 2014/24/EU, ambas de 26 de fevereiro de 2014.

210 Com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho.

211 Alteração ao CCP pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

seja inferior ao limite do respetivo procedimento²¹², ou seja, o procedimento a escolher para cada lote deveria ser feito em função do valor global dos lotes cujos procedimentos são lançados em simultâneo ou em função do somatório dos preços contratuais de todos os contratos já celebrados e dos preços base de todos os procedimentos ainda em curso, quando a formação desses contratos ocorra ao longo do período de um ano a contar do início do primeiro procedimento.

O artigo citado, de análise complexa e não muito clara²¹³, apresentava dois conceitos²¹⁴ vagos e indeterminados de “prestações do mesmo tipo” e “suscetíveis de serem objeto de um único contrato”. Ou seja, parece que as prestações são do mesmo tipo quando compreendem elementos comuns e gozam de uma certa identidade no fim a que se destinam.

Miguel Nogueira de Brito, nesta matéria, avançava com um paralelismo com a expressão repetição de serviços similares constante dos artigos 24.º, n.º 1, alínea a) e 27.º, n.º 1, alínea a) do CCP, do artigo 31.º, n.º 4, alínea b) da Diretiva 18/2004 e do artigo 32.º, n.º 5 da Diretiva 2014/24/UE. Assim, “ (...) o novo contrato a celebrar terá de ser relativo a (...) serviços, ou a bens móveis novos que não consistam na repetição de ... serviços ou bens similares confiados à entidade adjudicatária de um contrato anterior celebrado com a mesma entidade adjudicante.”²¹⁵. Para Cláudia Viana²¹⁶, “ (...) as entidades adjudicantes poderão recorrer a nomenclatura CPV (...) ” para perceber quando estamos perante prestações “ (...) do mesmo tipo ou idênticas (...) ”.

De acordo com o Guia do Vocabulário Comum para Contratos Públicos²¹⁷, o CPV tem diversas funções, como sejam, uniformização do conteúdo dos anúncios e facilitar a identificação e descrição do objeto dos contratos públicos de molde a garantir, também por esta via, a igualdade entre os operadores económicos.

A regulamentação²¹⁸ estabelece um sistema único de classificação aplicável aos contratos públicos, com o objetivo de normalizar as referências que as autoridades e entidades adjudicantes utilizam para caracterizar o objeto dos seus contratos públicos. O vocabulário principal assenta

212 ANDRADE SILVA, Jorge, Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado, Almedina, 2013, 4.ª Edição, p. 98 e seguintes, TAVARES, Gonçalo Guerra, e MONTEIRO DENTE, Nuno, Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública – Comentado, Volume I, Almedina, 2009, p. 155 e OLIVEIRA, Mário Esteves de, Concursos..., Cit., 2011, p. 1022.

213 Nesse sentido OLIVEIRA, Mário Esteves de, Concursos..., Cit., 2011, p. 1028.

214 Estes conceitos não foram fornecidos pelas diretivas designadamente não são referidos nos artigos 17.º e 9.º das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, nem faziam parte do léxico relativo à contratação pública nacional que, por exemplo, no âmbito do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março, no seu artigo 28.º sob “Divisão em Lotes” referia-se à “(...) aquisição ou o fornecimento de serviços e bens idênticos ou homogêneos”.

215 BRITO, Miguel Nogueira de, Ajuste Directo, (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume II, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 323.

216 VIANA, Cláudia, Revista de Direito Regional e Local, n.º 6, abril/junho, 2009, p.15.

217 EUROPEAN, Commission, Public Procurement in the European Union. Guide to the Common Procurement Vocabulary, p. 3 e seguintes disponível em <https://simap.ted.europa.eu>.

218 Regulamento (CE) n.º 2195/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de novembro, que, por sua vez, foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2151/2003, da Comissão, de 16 de dezembro e pelo Regulamento (CE) n.º 213/2008, da Comissão, de 28 de novembro de 2007;

numa estrutura de códigos em árvore, até nove algarismos, aos quais corresponde uma designação que descreve os fornecimentos, as obras ou os serviços objeto do contrato.

O código numérico comporta 8 algarismos e subdivide-se em: divisões, identificadas pelos dois primeiros algarismos do código, grupos, identificados pelos três primeiros algarismos do código, classes, identificadas pelos quatro primeiros algarismos do código, categorias, identificadas pelos cinco primeiros algarismos do código.

Fazer um raciocínio com base nas divisões poderia criar situações incongruentes como considerar que mobiliário escolar [39160000-1] seria igual a cobertores elétricos [39143114-8] por isso a doutrina portuguesa propõe que “(...) prestações do mesmo tipo ou idênticas seriam aquelas que, pertencentes à mesma categoria, identificada pelos cinco primeiros algarismos (...) tivessem em comum um sexto algarismo subsequente (...)”.²¹⁹

Já para João Diogo Stoffel o conceito de “prestações do mesmo tipo” refere-se ao tipo contratual²²⁰ e dá como exemplo uma empreitada de obra pública onde a entidade adjudicante não considerasse o valor dos fornecimentos para o somatório do valor do contrato. Ou seja, não estariam incluídos “(...) os bens móveis necessários a sua execução e os bens que a entidade adjudicante ponha à disposição do adjudicatário”. Assim, a suscetibilidade de se constituir objeto de um único contrato teria de ser aferida em relação: i) ao critério “função económica e técnica” no caso das empreitadas de obras públicas; ii) nos “fornecimentos similares”²²¹ no caso das aquisições de bens e de serviços; e iii) quanto à mesma “categoria”²²² no caso de prestações de serviços.

Por sua vez, Mário Esteves de Oliveira²²³, coloca o acento tónico na necessidade de impedir “ (...) um expediente que permitiria à entidade adjudicante furtar-se às regras do Código (e, dependendo do caso, à regras comunitárias) (...) ” sendo que o artigo 22.º refere-se aos “ (...) casos de contratos homogéneos, com prestações do mesmo tipo e cindíveis, cuja realização seja dividida em vários lotes, demandando-se a celebração de um contrato para cada um deles”.

Em complemento à tese de Mário Esteves de Oliveira, e na senda do defendido por João Amaral e Almeida²²⁴, refere Jorge Andrade Silva que “O valor determinante de toda a estrutura do

219 Entre outros, BRITO, Miguel Nogueira de, *Ajuste Directo...*, Cit., p. 324, e, no mesmo sentido, PIRES, Miguel Lucas, *Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste direto*, Cedipre, 2010, página 12 disponível em <https://www.fd.uc.pt/cedipre>.

220 O (novo) regime ..., Cit., p. 52.

221 Alinea b) do n.º 5 do artigo 9.º da Diretiva 2004/18/CE e alínea b) do n.º 6 do artigo 17.º da Diretiva 2004/17/CE.

222 Alinea d) do n.º 1 do artigo 1.º das Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.

223 *Concursos...*, Cit., 2011, p. 1022.

224 *Temas de Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2011, p. 339.

regime da escolha dos procedimentos adjudicatórios é o da concorrência, pelo que a determinação do tipo de prestações deverá ser orientada pelo que sobre esta matéria a concorrência ditar e for compatível com as exigências de ordem técnica. Isto é, duas ou mais prestações contratuais serão da mesma natureza se se integrarem no mesmo sector de mercado. Por outro lado, serão suscetíveis de integrar o objeto de um único contrato exatamente porque são prestações do mesmo tipo e, por via disso, para além da possibilidade jurídica de unidade contratual, essa fusão é técnica e economicamente viável.”.

Parece que os caminhos de compartimentação propostos por João Diogo Stoffel serão importantes para aferir da existência de “Fraccionamento Artificial de Contratos”. Todavia, a principal preocupação que uma autarquia local deverá ter nesta matéria será de perceber se a sua conduta pode ferir o princípio da igualdade. O recurso a “Divisão em Lotes”, além das vantagens técnicas, económicas, financeiras, geográficas, temporais que possam carrear tem de potenciar que o mercado apresente as melhores propostas.

Parece que foi esse o caminho escolhido pelas diretivas e pelo legislador nacional aquando da revisão do CCP com a alteração da epígrafe do artigo 22.º para “Contratação de prestações do mesmo tipo em diferentes procedimentos” e com a introdução do artigo 46.º - A denominado “Divisão em Lotes”.

Cada uma destas alterações teve a sua importância quer no caso da clarificação que o “novo” artigo 22.º dá as situações em que devem ser tido em linha de conta o valor dos contratos a serem celebrados – designadamente o valor global dos contratos do mesmo tipo a celebrar no prazo de um ano – quer, sobretudo, no acompanhamento da interpretação acima defendida quando ao respeito pelo princípio da igualdade, com a consagração do artigo 46.º - A.

Esta norma, como defende Vasco Moura Ramos²²⁵, tem um alcance muito significativo pois visa “ (...) induzir as Entidades Adjudicantes a dividir os contratos em lotes diversos (...) ” com um conjunto de regras inovadoras que pretendem facilitar a participação de pequenas e médias empresas nos mercados públicos e, na nossa perspetiva, sufragando a necessidade que as autarquias locais têm de olhar para o mercado das compras públicas como uma oportunidade de desenvolvimento económico.

Mas, é necessário ter em atenção o reverso da medalha nesta intenção de facilitar o acesso aos mercados públicos por parte da PME's. Haverá um aumento dos custos

225 Divisão em Lotes, Relatório de Análise e Reflexão Crítica sobre o Ante Projeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos, CEDIPRE, 2016, p. 48 e seguintes, disponível em www.fd.uc.pt/cedipre/

administrativos, terá, necessariamente, de existir um maior controlo por parte dos serviços internos, poderá existir uma perda de efeito de escala e um abandono dos mecanismos de centralização de compras públicas que poderá levar a um desencorajamento²²⁶ na sua utilização por parte das autarquias locais.

Talvez tenha sido este outro dos motivos que levou a CE a recomendar aos seus Estados membros o reforço e apoio na capacitação profissional de todos os que trabalham com a contratação pública de modo a “(...) refletir a melhoria geral de toda a gama de conhecimentos e de competências profissionais e a experiência das pessoas que realizam as tarefas ligadas à contratação pública ou nelas participam. Abrange igualmente as ferramentas, o apoio concedido, bem como a estrutura institucional necessária para realizar o trabalho de forma eficaz e produzir resultados.”²²⁷.

Todavia, o legislador da União Europeia, não teve qualquer dúvida em consagrar, no artigo 46.º da Diretiva 2014/24 e 65.º da Diretiva 2014/25, a “Divisão em Lotes”, que podemos caracterizar em cinco aspetos fundamentais com relevância para as autarquias locais e restantes entidades adjudicantes: i) podem utilizar este procedimento e determinar a dimensão e objeto dos seus lotes; ii) não devem estar sujeitas a qualquer controlo judicial ou administrativa na sua opção²²⁸; iii) ficam obrigadas a justificar porque razão não subdividem em lotes²²⁹; iv) podem fixar números máximos de lotes a serem adjudicados a cada operador económico; e v) podem substituir a adjudicação por lotes por contratos que os combinem se chegarem a conclusão que as soluções iniciais seriam menos vantajosas.

Embora a presente dissertação, dado a amostra escolhida, não analise nenhum procedimento que tenha sido desencadeado ao abrigo da atual versão do CCP é importante ter em conta o dever de fundamentação que recai nesta matéria e pode conter pistas relevantes para afastar, ou não, a densificação do “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

226 Entre outros, ARROWSMITH, Sue EU, Public Procurement Law, An Introduction, EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010, p. 104, GRAELLS, Albert Sánchez, Public Procurement Rules and the EU Competition Rules, 2.ª Edição, Hart Publishing, 2015, p. 245.

227 Recommendation on the professionalisation of public procurement - Building an architecture for the professionalisation of public procurement, 2017/1805, 3 of October 2017.

228 Considerando que esta sugestão tem de ser devidamente rececionada pelos ordenamentos jurídicos nacionais GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 348.

229 GIVORD, Laurent, L'allotissement et les nouvelles directives européennes, Contrats Publics, n.º 155, 2015, p. 56 segundo o qual “(...) A economia de uma tal disposição será impor, pura e simplesmente, o recurso a divisão em lotes; caso contrário, não se vislumbra qual o objetivo em obrigar as entidades adjudicantes a justificarem-se quando recorrem a um mercado global (...)” disponível em <http://moniteurjuris.fr/contratspublics/>

O artigo 36.º do CCP, na sua versão inicial, referia que qualquer procedimento para a formação de um contrato público tinha início com a decisão de contratar, cabendo a mesma ao órgão competente para autorizar a despesa.

Para Miguel Assis Raimundo a decisão de contratar deve apenas identificar os traços essenciais do futuro procedimento²³⁰ e José Duarte Coimbra considera que “(...) não parece que tenha de ser na decisão de contratar que essa opção de estruturação do procedimento se manifeste (...)”²³¹.

Recordamos que o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, enquanto potenciador de medidas de transparência e de boa gestão pública, veio exigir a necessidade de fundamentar essa mesma decisão - sendo que esse dever, no nosso entendimento, já decorria do regime geral do dever de fundamentação dos atos administrativos previsto quer no artigo 268.º n.º 3 da CRP, quer no artigo 125.º do CPA – bem como da necessidade de justificar o cálculo do preço base, nos termos do artigo 47.º do CCP.

Acolhemos o entendimento de Pedro Gonçalves²³² - que considera os procedimentos de formação de contratos públicos como complexos e agregadores de vários subprocedimentos – no sentido de que deve ser logo na decisão de contratar que deve ficar expressa a opção de contratar em lotes.

Também para Servúlo Correia a fundamentação, no momento da abertura do procedimento, revela a “(...) da apreciação de um ou mais interesses públicos cuja prossecução represente a atribuição da pessoa coletiva pública e a escolha da realização de um contrato com uma certa causa função como o meio mais idóneo para atingir aquele ou aqueles fins”²³³.

Por isso, deve ser logo na decisão de contratar que deverá ficar expressa que a tramitação daquele procedimento adjudicatório não seguirá a regra de um procedimento, uma adjudicação e um contrato mas sim um procedimento, várias adjudicações e vários contratos.

Na atual versão do CCP, o n.º 2 do artigo 46.º -A, refere que “(...) Na formação de contratos públicos de aquisição (ou locação) de bens (...) de valor superior a (euro) 135 000 (...) a decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada (...)”. Isto ocorre por imposição da evolução das diretivas que pretendem, como vimos, expandir os mercados públicos e permitir uma maior

230 A Formação ..., Cit., p. 773.

231 A adjudicação por lotes no CCP revisto, Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª Edição, 2018, p. 291, infra 8.

232 GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, Volume I, Almedina, 2.ª Edição, 2018, p. .

233 CORREIA, José Manuel Sérulo, Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Almedina, 1987, p. 657.

concorrência entre pequenas e médias empresas²³⁴. Todavia, esse mesmo número prevê na sua alínea a) que “(...) Quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incindíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante (...)” é possível não desencadear um procedimento por lotes.

A fundamentação, no momento da abertura do procedimento assume, com a revisão do CCP, uma importância ainda maior uma vez que, como refere Jose Duarte Coimbra²³⁵(...) só perante os elementos de facto que rodeiam cada entidade adjudicante, cada procedimento, cada mercado, cada universo potencial de concorrentes, entre outras variáveis, é que se poderá apreciar concludentemente que razões servem para explicar o não desdobramento em lotes (...)”.

Pelo que, desde logo, incumbe um dever de fundamentação reforçado à entidade adjudicante que deve justificar, ou não, a incidibilidade técnica ou funcional das prestações que fazem parte do objeto do contrato e que a sua separação pode criar um grave inconveniente à entidade adjudicante.

Até porque, como refere o mesmo autor, “(...) exige-se que esteja em causa uma circunstância que, verdadeiramente, impeça, em termos estruturais, o desdobramento – a não adjudicação por lotes não será por isso determinada por nenhuma “escolha” da entidade adjudicante, mas sim pré-determinada pelas características endógenas do bem, serviço ou obra a adquirir.”²³⁶. Para tanto, a doutrina²³⁷ já avança com alguns exemplos de fundamentação como “ (...) pode a entidade adjudicante demonstrar que não seria possível (...) ou excessivamente oneroso, obter uma solução eficiente em termos de gestão do contrato, se existisse mais do que um cocontratante para aquele projeto global (...) Poderá ser o caso, por exemplo, se a entidade adjudicante comprovar que seria impossível ou excessivamente difícil alocar responsabilidades individuais por incumprimento contratual (...)” ou “ (...) num procedimento de formação de um contrato de aquisição de um único equipamento, tecnicamente complexo, acompanhado dos correspondentes materiais de apoio (v.g. um aparelho de tomografia computadorizada), a incidibilidade das prestações parece impor-se por si mesma.”²³⁸.

Também com interesse para o objeto da presente dissertação, ainda que de forma incidental e não exaustiva, é necessário referir que a “Divisão em Lotes” é uma forma adicional

234 RAMOS, Vasco Moura, Relatório ..., Cit., p. 48 e PEREIRA, Matias Pereira, A Promoção das PME na contratação públicas – as novas diretivas, Boletim de Ciências Económicas, lviii, Coimbra, 2015, p. 264.

235 COIMBRA, José Duarte, Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, AAFDL, 2018, p. 359.

236 COIMBRA, José Duarte, Comentários ... Cit., p. 360.

237 RAIMUNDO, Miguel Assis, a Adjudicação por Lotes, Revista Eletrónica de Direito Público, Volume 4, 2017, p. 41.

238 COIMBRA, José Duarte, Comentários..., Cit., p. 361

de desdobrar o procedimento que não se deve confundir com: i) adjudicação unitária; ii) adjudicação parcial; iii) adjudicação plural; e iv) “Fraccionamento Artificial dos Contratos”.

A adjudicação unitária é o sistema clássico de adjudicação ao qual nos referimos anteriormente. Um procedimento, uma adjudicação e um contrato. Neste caso, o objeto do procedimento engloba toda a pretensão aquisitiva da autarquia local que seleciona uma proposta por parte de um operador económico ou de um agrupamento de operadores económicos nos termos do artigo 54.º do CCP. Mesmo neste caso, em que existe um conjunto de operadores económicos, só há um adjudicatário e um único contrato e sob “(...) pena da perda da respectiva identidade, para efeitos do concurso, a proposta apresentada não é divisível em quatro, separadas e parcelares, correspondentes às prestações individuais de cada uma das sociedades.”²³⁹ que integram o agrupamento.

A adjudicação parcial surge quando, e embora o procedimento não esteja desdobrado em Lotes, o objeto de cada um dos contratos a ser celebrados pelos cocontratantes, incide apenas sobre uma parte “(...) numericamente divisível ou materialmente decomponível (...)”²⁴⁰ e não a totalidade da pretensão aquisitiva da autarquia local. Veja-se o exemplo de uma autarquia local que pretende comprar 6.000 Fichas de Avaliação Escolar para os alunos do Ensino Básico mas, dado o número de inscrições, acaba por adjudicar apenas 5.500. No âmbito do regime anterior ao CCP esta possibilidade era admitida²⁴¹ desde que prevista nas peças de procedimento²⁴². Com a entrada em vigor do CCP, Mario Esteves de Oliveira levanta diversas reservas sob a legalidade da mesma quando prevista nas peças de procedimento recomendando a que “(...) no mínimo se ponderem, caso a caso, os interesses envolvidos (...)” e recusava a mesma quando fosse omissa a referência a essa possibilidade uma vez que “(...) quanto à posição do adjudicatário, sim, é que a adjudicação parcial bole com os interesses de maior valor concorrencial, por atentar contra os próprios pressupostos da proposta apresentada.”²⁴³

Parece mais consentâneo com o enquadramento sistemático do CCP a opinião de Bernardo Azevedo segundo o qual “ (...) merece a nossa inteira concordância (...) que a generalidade das cláusulas de não adjudicação (...) devem ser interpretadas não enquanto

239 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 20 de setembro de 2011, processo n.º 556/11, disponível em www.dgsi.pt e na doutrina nacional OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Agrupamento de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública*, (Coord. Pedro GONÇALVES) *Estudos de Contratação Pública – Volume I*, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 149 e seguintes.

240 OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Concursos ...*, Cit., p. 1024.

241 CABRAL, Margarida Olazabal, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1997, p. 203.

242 OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa – das Fontes às Garantias*, Almedina, 1998, p. 560 e, do mesmo autor, *Concursos ...* Cit., p. 1025.

243 OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Concursos ...*, Cit., p. 1027.

consagração de um dever estrito de não adjudicação a que se encontra adstrita a entidade adjudicante mas antes como a consignação de uma margem de livre apreciação, no contexto da qual, incumbe ao órgão competente para a decisão de contratar ponderar se deve, ou não, optar definitivamente pela adjudicação (...) ”²⁴⁴ permitindo assim a consagração da figura da adjudicação parcial²⁴⁵ e cujo entendimento será de seguir já na atual configuração do CCP.

Já a adjudicação plural surge no caso dos Acordos Quadro previstos pelo artigo 251.º e seguintes do CCP, em que a entidade adjudicante pretende praticar tantos atos de adjudicação quanto o número de propostas apresentadas e de acordo com o que tiver sido definido nas peças do procedimento.

Como iremos ver no presente estudo, “Fraccionamento Artificial de Contratos” distingue-se da “Divisão em Lotes” porque esta surge como uma solução, legalmente admitida, para obviar algumas situações em que possa existir a intenção de subtrair um determinado contrato a um procedimento mais exigente. Mesmo nos casos em que haja necessidade de fracionar a execução de uma determinada componente no âmbito do projeto, por motivos devidamente justificados (p.e. disponibilidade de terrenos, dificuldades orçamentais, execução de outras componentes associadas), este mecanismo obriga a que se siga o valor global do contrato.

2. Entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia, da contratação pública

No âmbito da proteção dos interesses financeiros da União Europeia, decorre uma responsabilidade primária dos PO's, pela prevenção, deteção e correção de irregularidades. Mas, para além desse controlo, existem auditorias externas por parte de entidades cuja finalidade é de avaliar se os contratos públicos financiados respeitam, ou não, o enquadramento jurídico da contratação pública.

Estas auditorias provem das mais variadas entidades com os seguintes objetivos: i) sindicar as interpretações feitas ao nível do enquadramento jurídico, da União Europeia e nacional, da contratação pública; ii) propor, quando for caso disso, a aplicação de “Correções Financeiras”; e iii) promover a recuperação dos montantes indevidamente financiados. Por esse motivo, os

244 AZEVEDO, Bernardo, (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume II, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 240, infra 19.

245 Com o mesmo entendimento sob a posição do autor, COIMBRA, José Duarte, A adjudicação por lotes no CCP revisto, Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª Edição, 2018, p. 294, infra 13.

resultados dessas auditorias, e as interpretações jurídicas em que assentam, são relevantes para as autarquias locais caso pretendam evitar cortes no financiamento FEDER atribuído.

Organismo de Luta Anti – Fraude - É um organismo que funciona na dependência da CE que pretende criar uma cooperação estreita e regular com os Estados membros com vista a proteger os interesses financeiros da União Europeia contra a fraude, corrupção e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos seus interesses financeiros. A sua ação é efetuada por via de inquéritos administrativos externos ou internos consoante a entidade a ser auditada. No termo de qualquer inquérito, é realizado um relatório onde são indicadas a base jurídica, as etapas processuais, os factos comprovados, a sua qualificação jurídica preliminar, o impacto financeiro estimado dos factos comprovados, o respeito das garantias processuais, as conclusões do inquérito e, se for caso disso, as medidas administrativas com os montantes estimados a recuperar.²⁴⁶

Inspeção Geral de Finanças - Exerce funções de autoridade de auditoria sendo o interlocutor privilegiado de Portugal com a CE nos domínios do controlo financeiro e da proteção dos interesses financeiros da União Europeia.²⁴⁷ Foi-lhe atribuída a qualidade de Serviço de Coordenação Antifraude em território nacional para realizar auditorias com o objetivo de recuperar os montantes indevidamente pagos, bem como promover o tratamento de denúncias, com o objetivo de contribuir para a prevenção e correção de casos de fraude e outras atividades ilegais lesivas do orçamento nacional ou da União Europeia²⁴⁸.

Agência para o Desenvolvimento e Coesão, IP²⁴⁹ – É o instituto público que substituiu o Instituto Financeiro para o Desenvolvimento Regional, IP²⁵⁰ e tem por missão auxiliar a execução das políticas de desenvolvimento regional. É responsável pela verificação da despesa a ser apresentada à CE – enquanto autoridade de certificação, de pagamento e de controlo das intervenções do FEDER - e realiza auditorias com o objetivo de promover

246 Nos termos previstos pelo Regulamento n.º 883/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de setembro.

247 Nos termos conjugados do Decreto-Lei n.º 96/2012, de 23 de abril e Decreto-Lei n.º 117/2011, de 15 de dezembro.

248 Por despacho ministerial n.º 07/14/MEF, de 10 de janeiro.

249 Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2013, de 14 de junho, Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de outubro e Portaria n.º 351/2013, de 4 de dezembro, doravante designada por ADC.

250 Nos termos conjugados do Decreto-Lei n.º 312/2007, de 17 de setembro, Decreto-Lei n.º 125/2012, de 20 de junho e Portaria n.º 366/2012, de 5 de novembro.

a recuperação financeira de montantes indevidamente atribuídos por via da aplicação de “Correções Financeiras”.

Direção-Geral da Política Regional e Urbana – Direção Geral, dentro da CE, responsável por elaborar e executar políticas no âmbito do desenvolvimento regional da União Europeia. Desenvolveu, especialmente no QREN, auditorias para garantir o funcionamento dos sistemas de gestão através de revisão do trabalho das autoridades de auditoria nacionais²⁵¹.

Tribunal de Contas Europeu – é um órgão independente de controlo externo e, embora não detenha poder jurisdicional próprio, tem poderes de auditoria sobre as despesas da União Europeia, designadamente para verificar se os fundos são corretamente aplicados, contribuindo para uma melhoria da gestão do orçamento plurianual da CE²⁵².

251 Nos termos do artigo 72.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1083/2006, do Conselho e do artigo 75.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1303/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de setembro.
252 Artigos 275.º e seguintes do TFUE.

PARTE II

A APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO RELATIVO AO FUNDO EUROPEU DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL AOS CONTRATOS PÚBLICOS CELEBRADOS PELAS AUTARQUIAS LOCAIS

I - ENQUADRAMENTO PRÉVIO

1.1. O Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional

O FEDER, enquanto fundo, é um instrumento financeiro da CE, que tem como objetivo principal ajudar no desenvolvimento económico das regiões mais “deprimidas” da União Europeia através da atribuição de subvenções a fundo perdido as quais são geridas pelas administrações públicas dos Estados membros.

Nos termos do artigo 176.º do TFUE, o FEDER estabelece a promoção da redução das disparidades entre os níveis de desenvolvimento das várias regiões, dos atrasos das regiões menos favorecidas na União Europeia e dão especial atenção a zonas com desvantagens em termos naturais, demográficos e ambientais.

A criação do FEDER ocorre à 18 de março de 1975, com o valor de 1.3 milhões de unidades de conta, com uma vigência de três anos, e cujo objetivo principal seria de financiar o crescimento das regiões mais desfavorecidas da União Europeia, promover alterações industriais e combater o desemprego em territórios como, por exemplo, o sul de Itália, a Irlanda ou zonas de fronteira com a, então, Alemanha Oriental.

Entre 1986 e 2013, Portugal usufruiu de diversos Quadros Comunitários de Apoio: i) Ajudas Pré-Adesão para os anos de 1986 a 1988; ii) Quadro Comunitário de Apoio (QCAI) para o período de programação 1989-1993; iii) Quadro Comunitário de Apoio (QCAII) para o período de programação 1994-1999;²⁵³ iv) Quadro Comunitário de Apoio (QCAIII) para o período de programação 2000-2006;²⁵⁴ e v) Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) para o período de programação 2007-2013²⁵⁵.

253 Decreto-Lei n.º 99/94, de 19 de abril.

254 Decreto-Lei n.º 54-A/2000, de 7 de abril.

255 Decreto-Lei n.º 312/2007, de 17 de setembro.

Alias, se não contabilizarmos as ajudas no âmbito da Pré-Adesão, e outros apoios providos, diretamente, dos orçamentos da União Europeia, Portugal terá recebido mais de 100 mil milhões de euros durante às últimas décadas²⁵⁶.

Nos diversos Quadros Comunitários de Apoio, a média FEDER tem rondando os 50%, sendo que esse valor tem progressivamente vindo a diminuir: 71% (QCAI), 65% (QCAII), 65% (QCAIII), 45% (QREN) e 42% (QCA 2020). Se adicionarmos aos valores relativos ao FEDER e ao Fundo de Coesão, entre 1986 e 2013, chegamos à conclusão que perto de 13.482,6M€, cerca de 30% do valor total, são absorvidos pela administração local.

Sendo que, a região norte, entre 1986 e 2013, foi a que maior volume de investimento apoiado por FEDER terá obtido nas últimas décadas com um valor global de 30M€ representado cerca de 31% do valor global²⁵⁷.

Por esse motivo, e na senda do que é defendido pela ADC “(...) as instituições comunitárias têm constituído fonte de indução de profundas alterações nas políticas domésticas, nos mais diversos setores da ação governativa.”²⁵⁸.

Pelo que, conclui a ADC, “Tal indução conduziu a um claro processo de europeização de políticas públicas portuguesas, tanto na sua componente substantiva, como nas geometrias institucionais encontradas para a sua operacionalização.”²⁵⁹.

Isto ficou particularmente claro no QCA 2020, em que as Instituições Europeias determinaram que os FEEI ²⁶⁰, seriam compostos, entre outros, pelo FEDER, tendo o Conselho Europeu, em reunião de fevereiro de 2013, firmado o Acordo de Parceria com o Governo português que consagrou cinco PO's correspondentes aos territórios de cada NUTS II.

O Regulamento (UE) n.º 1301/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, estabelece as disposições específicas relativas ao objetivo de investimento no crescimento e no emprego que o FEDER pretende obter.

256 Valores apresentados no âmbito do XXIII Congresso da Associação Nacional de Municípios Portugueses em 09 de dezembro de 2017;

257 Os valores constantes deste quadro foram apresentados no âmbito da Resolução aprovada no XXIII Congresso da Associação Nacional de Municípios Portugueses, em 09 de dezembro de 2017, e englobam, além do FEDER, os valores relativos ao Fundo de Coesão. Na ausência de valores desagregados e relativos, apenas, às autarquias locais, os valores apresentados neste quadro são referentes à administração local que engloba autarquias locais, associações de municípios e de freguesias regularmente constituídas, áreas metropolitanas e comunidades intermunicipais.

258 RAMOS, António Sampaio, Governança Multinível em Portugal: Descentralização Sub-Regional e Local e Papel dos Fundos Europeus, Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P., 2018, p. 11.

259 RAMOS, António Sampaio, Governança ..., Cit. p.11.

260 O Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, veio estabelecer as medidas comuns ao FEDER, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas.

Para que exista oferta FEDER é necessário, desde logo, que os Estados membros da União Europeia entrem em consenso quanto aos diversos domínios estratégicos de intervenção que enquadram os quadros financeiros plurianuais.

Os Estados membros devem apresentar estratégias de desenvolvimento²⁶¹ que, dentro dos domínios propostos, consigam os melhores resultados na execução das políticas da União Europeia.

O FEDER tem sido gerido, nos diversos Quadros Comunitários de Apoio, pelos PO's, cujo envelope financeiro é resultante de um processo longo²⁶² de negociação que envolveu as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, IP, diversos organismos públicos e os principais atores regionais, representados nos Conselhos Regionais²⁶³, procurando-se delimitar as fronteiras com as intervenções de âmbito nacional e a estratégia de desenvolvimento daquelas regiões.

Para essa delimitação, contribuiu a territorialização das políticas públicas enquanto desafio para o qual devem ser chamadas as autarquias locais enquanto entidades mais próximas das populações e das suas necessidades. Esta proximidade é um fator importante na gestão dos processos de redução de assimetrias regionais e deve estar interligado com todas as hipóteses de financiamento que possam surgir.

A importância destes fundos, para as autarquias locais, advém não apenas da sua qualidade enquanto beneficiárias mas também enquanto gestoras do mesmo, uma vez que pelo menos 5 % dos recursos do FEDER atribuídos a nível nacional foram alocados às Ações Integradas de Desenvolvimento Urbano Sustentado, via Pactos para o Desenvolvimento e Coesão Territorial, a que acrescem às intervenções especificamente dirigidas à regeneração e revitalização urbanas em centros urbanos de nível superior, com Planos Estratégicos de Desenvolvimento Urbano, e para os centros urbanos complementares, com Planos de Ação de Revitalização Urbana²⁶⁴.

Os Planos Estratégicos de Desenvolvimento Urbano englobaram três áreas prioritárias para o desenvolvimento urbano sustentável permitindo a apresentação de projetos²⁶⁵ no âmbito das seguintes Prioridades de Investimento (PI): mobilidade urbana (prioridade 4.5), reabilitação urbana (prioridade 6.5) e integração de comunidades desfavorecidas (prioridade 9.8) o que, para a Região

261 Por exemplo ver a Resolução do Conselho de Ministros n.º 98/2012, de 26 de novembro, foram estabelecidos os vetores estratégicos que orientaram a aplicação dos fundos, em Portugal, para o período 2014-2020.

262 Resolução do Conselho de Ministros n.º 98/2012, de 8 de novembro.

263 Decreto-Lei n.º 228/2012, de 25 de outubro.

264 Nos termos dos n.ºs 4 do artigo 7.º do Regulamento (UE) n.º 1301/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013.

265 Podemos apresentar como exemplos de projetos: 4.5 – ciclovias, bilhética integrada e interfaces transporte público; 6.5 - reabilitação de edifícios e/ou espaço público; 9.8 - reabilitação de conjuntos habitacionais municipais.

Norte, representou um valor de 384.754.583,00€²⁶⁶. Os Planos de Ação de Revitalização Urbana, embora dirigidos, especificamente à Prioridade de Investimento 6.5, envolveram um valor de 94.349.504,00€²⁶⁷.

Enquanto beneficiárias, as autarquias locais, puderam apresentar candidaturas em diversas PI que aqui enunciamos a título meramente exemplificativo:

- **PI 2 - Competitividade das Pequenas e Médias Empresas** - Promover o empreendedorismo qualificado e criativo - Incubação e aceleração de empresas: infraestruturas de incubação e aceleração de empresas de base tecnológica, alinhadas com a estratégia de especialização inteligente (regional e nacional).
- **PI 6 - Emprego e Mobilidade dos Trabalhadores** - Inserção de inativos e de desempregados no mercado de trabalho - Estágios profissionais na Administração Local.
- **PI 7 - Inclusão Social e Pobreza** - Contratos de Emprego Inserção” (CEI) com beneficiários de subsídio de desemprego ou do Rendimento Social de Inserção, inscritos no serviço público de emprego, para a realização de trabalho socialmente necessário, de cariz local e em entidades públicas (em particular autarquias locais) ou privadas sem fins lucrativos.
- **PI 8 - Educação e Aprendizagem ao Longo da Vida** - Prosseguir a requalificação/modernização das instalações da educação sob tutela das autarquias locais.
- **PI 3 - Economia de Baixo Teor de Carbono** - Aumentar a eficiência energética nas infraestruturas públicas da administração local, apoiando a implementação de medidas integradas de promoção da eficiência energética e racionalizando os consumos. Aumentar a eficiência energética no sector da habitação social, apoiando a implementação de medidas integradas de promoção da eficiência energética e racionalizando os consumos. Apoio a investimentos integrados em eficiência energética nas infraestruturas públicas e no parque habitacional social, através de: i) ações de realização de auditorias energéticas e apoio à elaboração de Planos de Racionalização dos Consumos de Energia (PREN), desde que consubstanciada a implementação das

266 Valores disponíveis para consulta em <http://www.norte2020.pt/49611/planos-estrategicos-de-desenvolvimento-urbano>.

267 Valores disponíveis para consulta em <http://www.norte2020.pt/49612/planos-de-acao-de-regeneracao-urbana>.

medidas de eficiência energética decorrentes desses mesmos planos; ii) investimentos para a reabilitação energética dos edifícios e equipamentos da Administração Local e Sub-regional, através de realização dos investimentos como integração de água quente solar, incorporação de microgeração, sistemas de iluminação, aquecimentos, ventilação e ar condicionado (AVAC), intervenções nas fachadas e cobertura dos edifícios); iii) criação de redes urbanas de energia térmica desde que exclusivamente dirigidas ao abastecimento de *clusters* de edifícios públicos maiores consumidores de calor e de frio; iv) investimentos em equipamento para a melhoria de eficiência energética da iluminação pública.

- **PI 4 - Qualidade Ambiental** - Promover a valorização da excelência do património cultural e natural no contexto de estratégias regionais distintivas de desenvolvimento turístico. Promover a qualidade ambiental, urbanística e paisagística dos territórios de baixa densidade e de ocupação dispersa enquanto fator de diferenciação e afirmação regional.²⁶⁸

O enquadramento das candidaturas das autarquias locais às PI acima referidas e respetiva atribuição de subvenção FEDER é feita de forma conjugada com os Regulamentos (UE) n.º 1301 e 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro e Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro, Avisos de Abertura de Concurso, Orientações dos PO's e, ainda, com base em seguinte regulamentação específica que aqui enunciamos de forma não exaustiva: i) Regulamento Específico do Domínio da Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos²⁶⁹; ii) Regulamento Específico do Domínio da Competitividade e Internacionalização²⁷⁰; iii) Regulamento Específico Capital Humano²⁷¹; ou iv) Regulamento Específico Inclusão Social e Emprego²⁷².

268 Embora a taxa de aprovação de projetos do QCA 2020, de acordo com informações da ADC, seja elevada, foi, durante o ano de 2018, aprovado um exercício de reprogramação dos FEEI de forma a otimizar os recursos financeiros existentes e colocá-los em áreas prioritárias em linha com o já citado Programa Nacional de Reformas.

269 Portaria n.º 57 - B/2015, de 27 de fevereiro, doravante designado por RESEUR.

270 Portaria n.º 57-A/2015, de 27 de fevereiro, doravante designado por RECI.

271 Portaria n.º 60-B/2015, de 2 de março, doravante designado por RECH.

272 Portaria n.º 97-A/2015, de 30 de março, doravante designado por REISE.

1.2 – A influência do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional na autonomia financeira das Autarquias Locais

A Carta Europeia de Autonomia Local²⁷³ no seu artigo 3.º, define o conceito de autonomia como o “(...) direito e a capacidade efetiva de as autarquias locais regulamentarem e gerirem, nos termos da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das respetivas populações uma parte importante dos assuntos públicos.” consagrando as prerrogativas supra referidas nos restantes artigos que a complementam e materializam²⁷⁴.

A CRP, no seu artigo 6.º, revela que “O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública”. O enquadramento jurídico interno, em concreto, o constitucional, consagra o princípio da autonomia local desde 1976, em respeito pela unicidade e indivisibilidade da soberania do Estado português²⁷⁵ e desenvolvido pela CRP nos artigos 235.º e seguintes.

As autarquias locais, nos termos do artigo 238.º da CRP, têm património e finanças próprios, sendo a sua gestão assegurada pelos seus órgãos representativos²⁷⁶ com total respeito por este princípio que lhes reconhece atribuições, competências, personalidade jurídica, possibilidade de eleição dos seus órgãos, poder decisório e um conjunto de prerrogativas, a saber: i) Autonomia Normadora²⁷⁷: Sempre de acordo com os princípios da prevalência, precedência e reserva de lei, as autarquias locais têm a possibilidade de produzir normas jurídicas de natureza regulamentar; e ii) Autonomia Administrativa²⁷⁸: as autarquias locais detêm poderes para praticar atos administrativos e que possam produzir efeitos jurídicos autónomos e imediatos; e iii)

273 A Carta Europeia de Autonomia Local foi adotada e aberta à assinatura em Estrasburgo, a 15 de outubro de 1985, e entrou em vigor na ordem internacional a 1 de setembro de 1988. Foi ratificada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 28/90, de 23 de outubro e pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/90, de 23 de outubro com entrada em vigor ao 1 de abril de 1991.

274 OLIVEIRA, António Cândido, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, 2013, p. 107 e seguintes.

275 Conferir o n.º 1 do art.º 3.º da CRP segundo o qual “a soberania é uma e indivisível, reside no povo que a exerce segundo as formas prevista na Constituição” e o art.º 108.º da CRP que “o poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição”.

276 Nos termos do artigo 6.º do Regime Financeiro das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 03/09 e com as alterações constantes do diploma retificativo n.º 46-B/2013, de 01/11, Lei n.º 82-D/2014, de 31/12, Lei n.º 69/2015, de 16/07, Lei n.º 132/2015, de 04/09, Lei n.º 7-A/2016, de 30/03 e Lei n.º 42/2016, de 28/12, doravante designado por RFAL.

277 Possibilidade conferida constitucionalmente pelos artigos 241.º segundo o qual “as autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar.” e pelo n.º 7 do art.º 112.º que dispõe “os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão”.

278 São exemplos dessa autonomia a aplicação de coimas, aprovação de licenciamentos ou da possibilidade de uma autarquia, em juízo, quando perante um processo jurisdicional relacionado com um dos seus atos tributários poder ser representada por si e não por um representante da Autoridade Tributária. Nesse sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional de 25 de outubro de 1994 proferido no âmbito do processo 94-0131 segundo o qual “(...) As autarquias locais [...] gozam de autonomia em face do poder central [...] Elemento essencial da autonomia local e o reconhecimento as autarquias locais de património e finanças próprias [...] isto é, da sua autonomia financeira. Esta constitui um pressuposto dos próprios poder e autonomia locais (...)”.

Autonomia Financeira: as autarquias locais têm património e finanças próprios²⁷⁹, sendo a gestão assegurada pelos órgãos respetivos que podem, nos termos do artigo 6.º do RFAL²⁸⁰ exercer os seguintes poderes: a) elaborar, aprovar e modificar as opções do plano, orçamentos e outros documentos previsionais, bem como elaborar e aprovar os correspondentes documentos de prestação de contas; b) gerir o seu património, bem como aquele que lhes seja afeto; c) exercer os poderes tributários que legalmente lhes estejam atribuídos; d) liquidar, arrecadar, cobrar e dispor das receitas que por lei lhes sejam destinadas; e) ordenar e processar as despesas legalmente autorizadas; f) aceder ao crédito, nas situações previstas na lei.

A autonomia financeira é a autodeterminação que permite às autarquias locais não ficarem dependentes do Estado²⁸¹ sendo que poderá definir-se em “(...) contraposição à situação do Estado, como a medida de liberdade outorgada a certas entidades públicas infraestaduais em matéria de finanças públicas”²⁸².

As receitas das autarquias locais podem ser classificadas como receitas originárias se destinada *ab initio* às autarquias locais (por exemplo, impostos, taxas, rendimentos de propriedade e da venda de bens e prestações de serviços), e receitas derivadas quando resultam da redistribuição de receitas que estavam, inicialmente, destinadas a outras entidades ²⁸³ (por exemplo, transferências do Orçamento de Estado, a título de participação nos impostos do Estado e no âmbito da Cooperação Técnica e Financeira entre a administração central e a administração local, o FEDER e os empréstimos obtidos).

Para a presente dissertação, interessa abordar o valor das receitas do FEDER que, conjuntamente com os valores do OE, (...) entre 2006 e 2013 representaram, em média, 44% da receita total dos municípios evidenciando a considerável dependência financeira destes, em relação às mesmas (...)”²⁸⁴.

De acordo com os dados provenientes do Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses²⁸⁵, “(...) As transferências provenientes dos Fundos Comunitários que baixaram extraordinariamente em 2013 e 2014, respetivamente -25,1% e -32,6%, em 2015 continuaram a

279 Conferir o art.º 238.º da CRP segundo a qual “(...) as autarquias locais têm [...] finanças próprias” e que “as receitas próprias das autarquias locais incluem obrigatoriamente as provenientes da gestão do seu património e as cobradas pela utilização dos seus serviços (...)”.

280 Lei n.º 73/2013, de 03 de setembro, doravante designada por RFAL

281 CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, II, Coimbra, Coimbra Editora, p. 374.

282 De acordo com FERREIRA, Eduardo Paz, in *As Finanças Regionais*, Instituto Nacional Casa da Moeda, 1985, p. 266 e, no mesmo sentido, FRANCO, António Sousa, in *Finanças do Sector Público: introdução aos sectores institucionais*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003, p. 493 e seguintes.

283 ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local*, Coimbra Editora, 2013, p. 173.

284 CARVALHO, João Baptista, in *Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses - 2015*, Ordem dos Contabilistas Certificados, 2016, p. 67, disponível in www.occ.pt.

285 CARVALHO, João Baptista, in *Anuário...*, 2016, p. 67.

baixar, embora a uma taxa muito inferior (-0,7%). Em relação a esta matéria verificou-se que a média de transferências anuais para as autarquias, em pleno desenvolvimento dos quadros de apoio comunitário, têm sido superiores a 550 milhões de euros, pelo que, anualmente o sector autárquico encontra-se a perder mais de 220 milhões de euros por falta da completa ativação do novo quadro comunitário de apoio. Assim, só nos anos 2014 e 2015 os municípios, por condicionalismos estranhos à sua vontade perderam na totalidade mais de 440 milhões de euros.”. Em 2016, (...) os municípios tiveram a menor receita de fundos comunitários desde 2006, totalizando apenas 196 milhões de euros contra 355 milhões em 2015 e 708 milhões de euros em 2012”²⁸⁶.

A diminuição deste tipo de receitas derivadas tem de ser devidamente contextualizada com fatores como a: i) alteração do paradigma de apoio dos FEEI; ii) encerramento do QREN; iii) Entrada em vigor do FEEI; e a iv) Operacionalização e execução dos FEEI a nível nacional. Mesmo com estes constrangimentos, os valores disponibilizados pelo Sistema Integrado de Informação das Autarquias Locais demonstram a forte relevância do FEDER na autonomia financeira das autarquias locais.

1.3 - As autarquias locais enquanto beneficiárias do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional

Tendo concluído, na Parte I, que as autarquias locais são entidades adjudicantes pertencentes ao sector público tradicional²⁸⁷ e demonstrada a importância que o FEDER tem para a sua atividade, é importante, embora de forma superficial, demonstrar de que forma as autarquias locais podem ser beneficiárias deste fundo.

O artigo 10.º do Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, define beneficiário²⁸⁸ como “(...) um organismo público ou privado (...)”.

Por seu turno, o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro, refere que é uma “(...) qualquer entidade, singular ou coletiva, do setor público, cooperativo ou privado, com ou sem fins lucrativos, que preencha as condições previstas no presente Decreto - Lei, bem como as entidades previstas na regulamentação específica aplicável (...)”. Sendo que o artigo 12.º do

286 CARVALHO, João Baptista, in Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses - 2016, Ordem dos Contabilistas Certificados, 2017, p. 64.

287 AZEVEDO, Bernardo, Organismo ..., Cit., p. 52.

288 Alinea 10.º do artigo 2.º do.

Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro, estende essa delimitação aos (...) avisos para apresentação de candidaturas (...)” uma vez que estes “(...) podem fixar regras mais restritivas de elegibilidade (...)”²⁸⁹.

Ou seja, será através dos Avisos de Abertura de Concurso que se consegue verificar a tipologia dos beneficiários previstos na regulamentação específica²⁹⁰ e que se podem candidatar num determinado concurso desencadeado pelos PO's que gerem FEDER.

No âmbito da regulamentação específica encontramos designações tão diversas como: i) Pessoas Coletivas de Direito Público²⁹¹; ii) Pessoas Coletivas da Administração Local²⁹²; iii) Pessoas Coletivas de Direito Público da Administração Local²⁹³; iv) Administração Local;²⁹⁴ v) Autarquias Locais²⁹⁵ e Freguesias de Direito Público²⁹⁶; vi) Administração Pública Local²⁹⁷; vii) Municípios²⁹⁸ e viii) outros níveis da Administração ou outras entidades públicas ao abrigo de protocolos celebrados com a Administração Local²⁹⁹.

Será que o legislador nacional quando utilizou expressões tão díspares como as referidas estaria a afastar, por exemplo, o sector empresarial local e as entidades participadas? ³⁰⁰ Será que apenas se refere às autarquias locais mas dentro destas afasta as freguesias? Ou quererá englobar, também, as entidades intermunicipais?

A regulamentação específica deveria ter optado, sempre, pela utilização do conceito de “Administração Local” e numa fase posterior de depuração, seja em Aviso de Abertura de Concurso ou ainda em regulamentação específica, utilizar categorias mais restritas consoante as atribuições e competências de cada entidade e os objetivos que o FEDER pretende atingir.

Ao nível da CRP, o conceito de “Administração Local” surge apenas para referir que aos funcionários e agentes da administração local será aplicável o regime dos funcionários e agentes do Estado³⁰¹. No Regime Jurídico das Autarquias Locais³⁰² este conceito surge diversas vezes para balizar o que se entende como “ (...) perímetro da administração local (...) ” em questões ligadas

289 Artigo 15.º, n.º 11, do Decreto-Lei 159/14, de 27 de outubro.

290 Artigo 16.º, n.º 6, alínea b), do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro.

291 Artigo 31.º n.º 1 alínea b) do RECH.

292 Artigo 31.º n.º 1 alínea f) do RECH.

293 Artigo 31.º, n.º 1, alínea k), do RECH e artigos 41.º, n.º 1 alínea a), 117.º, 125.º, 145.º, 159.º, 175.º, 179.º, 185.º, 188.º, 191.º e 194.º do REISE.

294 Artigo 39.º n.º 1 alínea a) e b) e n.º 2 do RECH e artigo 85.º do RECI.

295 Artigo 79.º n.º 3 e artigo 263.º do REISE, artigos 37.º, 71.º, 77.º, 89.º, 96.º, 102.º e 122.º do RESEUR e artigo 130.º do RECI.

296 Artigo 25.º n.º 1 alínea c) do REISE.

297 Artigo 50.º do RESEUR.

298 Artigos 64.º, 83.º, 120.º do RESEUR.

299 Artigos 85.º do RECI.

300 Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto

301 Artigo 243.º n.º 2 da CRP.

302 Lei 75/2013, de 12 de setembro, alterada pelas Lei n.º 25/2015, de 30 de março, Lei n.º 69/2015, de 16 de julho, Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro e Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, doravante designada por RJAL.

ao sector das finanças locais ³⁰³. Não é um conceito estranho à regulamentação específica que propõe como definição “(...) além das autarquias locais, inclui associações de municípios e de freguesias regularmente constituídas, áreas metropolitanas e comunidades intermunicipais de direito público.”³⁰⁴.

No RFAL, artigo 2.º alínea c), o conceito de “Administração Local” atinge uma maior amplitude quando refere o “(...) o conjunto de entidades incluídas no subsector da administração local das administrações públicas no âmbito do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais, nas últimas contas sectoriais publicadas pela autoridade estatística nacional”.

Este é um conceito mais amplo que, do nosso ponto de vista, engloba as autarquias locais³⁰⁵ - municípios e freguesias - as entidades intermunicipais, o sector empresarial local e entidades participadas e que deveria ter sido usado em toda a regulamentação jurídica nacional do FEDER, evitando-se com a sua utilização dúvidas de interpretação e dificuldades de aplicação.

Entre outros exemplos, quando a regulamentação específica utiliza definições como pessoas coletivas de direito público ou pessoas coletivas de direito público da administração local, parece querer afastar o sector empresarial local e as entidades participadas.

Ora, Pedro Gonçalves ³⁰⁶ entende que o sector empresarial local é materialmente público dado que são entidades instrumentais da administração local que servem para a realização de atribuições que lhe estão cometidas, com base num critério de melhor prossecução do interesse público e que apenas podem ter como objeto a gestão de tarefas municipais ou supramunicipais.

Contudo, estas entidades são sociedades de direito comercial (pessoas coletivas de direito privado), nas quais o (s) município (s) – no caso de empresa municipal -, a associação de municípios – no caso de empresa intermunicipal – ou a área metropolitana – no caso de empresa metropolitana – nos termos conjugados dos artigos 7.º e 19.º do Decreto-Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, exerçam, de forma direta ou indireta, uma influência dominante (a qual se traduz na detenção da maioria do capital social ou no direito de designar e destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou de fiscalização ou qualquer outra forma de controlo da gestão).

Quando o RECH refere que podem ser beneficiários³⁰⁷ pessoas coletivas de direito público para promover programas de promoção da inclusão, do sucesso educativo e prevenção do

303 Artigos 25.º n.º 2, 56.º n.º 3, 71.º n.º 1 alíneas e) e q), 76.º n.º 1 alínea l), 90.º n.º 1 alínea g) da Lei 75/2013, de 12 de setembro.

304 Alínea d) do artigo 2.º do RECI.

305 A CRP no seu artigo 236.º enuncia as seguintes categorias de autarquias locais: “(...) freguesias, os municípios e as regiões administrativas (...)”.

306 Nesse sentido, GONÇALVES, Pedro Costa, Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local, Almedina, 2012, página 30 e seguintes.

307 Artigo 31.º n.º 1 alínea b) do RECH.

abandono escolar ou no âmbito dos artigos 39.^o³⁰⁸ e seguintes do REISE, para ações relativas à igualdade de género e indicam pessoas coletivas de direito público pertencentes à administração local refere-se, do nosso ponto de vista, a entidades que não integram o sector empresarial local ou as entidades participadas.

Estas entidades até podem ter atribuições e competências nesta matéria, mas são pessoas coletivas privadas. Tal já não acontecerá quando a regulamentação específica refere que as pessoas coletivas da administração local podem ser beneficiárias para desenvolver ações de formação de docentes e outros agentes de educação e formação³⁰⁹ não fazendo distinção quanto a sua natureza pública ou privada.

Para Freitas do Amaral, a designação pessoa coletiva de direito público está ultrapassada ao nível do enquadramento jurídico-administrativo nacional³¹⁰. Tendo sido utilizada na legislação administrativa anterior à CRP de 1976, foi abandonada por esta e, hodiernamente, é utilizada a definição pessoa coletiva pública.

A regulamentação específica ao utilizar este conceito devia ter tido mais atenção ao facto deste abarcar autarquias locais, entidades metropolitanas ou intermunicipais. Sendo que, nos casos acima referidos, em princípio, as freguesias, enquanto pessoas coletivas públicas não terão, em princípio, atribuições, competências ou alcance territorial para atingir os resultados propostos naquelas matérias.

O mesmo se passa quando a regulamentação utiliza a definição de autarquias locais sem fazer o devido enquadramento com as suas atribuições e competências. Quando é previsto que as “(...) autarquias locais (...)” e as “(...) freguesias de direito público (...)” podem ser beneficiárias do Programa de Estágios Profissionais na Administração Local³¹¹ parece que a regulamentação específica é redundante pois não existem freguesias de direito privado e o conceito de autarquia local já as engloba.

Esta separação pode, inclusivamente, ser pernicioso ao promover uma orientação de que estas só podem ser beneficiárias quando expressamente estiver previsto.

308 O mesmo raciocínio poderá ser aplicado às tipologias previstas no REISE para: Capacitação para a Inclusão; Cultura para Todos; Sensibilização e (in) formação de suporte às reformas nos serviços sociais e de saúde; Projeto de mediadores municipais interculturais; Modelos de apoio à vida independente; Rede de cuidadores de proximidade; Idade Mais; Cuidados especializados; Qualificação do sistema nacional de intervenção precoce na infância; ou apoio à parentalidade positiva.

309 Artigo 30.º n.º 1 alínea f) do RECH.

310 AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, Volume I, Reimpressão da 4.ª Edição de 2015, Almedina, 2018, páginas 581.

311 Artigo 25.º, n.º 1, alínea c) do REISE, doravante designado por PEPAL.

Assim sucede no âmbito do PEPAL porque lá estão designadas em concreto. Mas, já não poderiam concorrer a outras ações, para as quais tem atribuições e competências, na medida em que a definição utilizada é mais ampla.

Veja-se que, por exemplo, a definição de autarquia local é utilizada para designar os beneficiários para operações relativas à conservação, proteção, promoção e desenvolvimento do património natural e cultural³¹². Se seguirmos o entendimento acima exposto, e uma vez que o conceito de freguesia não foi individualizado na categoria de beneficiário, então não obstante elas terem atribuições e competências nesta matéria, não poderiam apresentar candidaturas.

O Sistema de Apoio a Ações Coletivas³¹³, que foi pensado como uma forma de potenciar resultados na economia, com a disponibilização de bens públicos capazes de alavancar dimensões como a promoção do espírito empresarial, da internacionalização e da qualificação, é um bom exemplo do impacto da falta de uniformização de conceitos.

Questionava-se, neste âmbito, se as autarquias locais podiam entrar neste pacote de beneficiários uma vez que, nos termos do n.º 4 do artigo 130.º do RECI “(...) a participação de autarquias locais, associações de municípios ou outras entidades com participação de municípios (...)” só estava prevista para candidaturas para a realização de estudos com vista à qualificação e valorização de bens e serviços de base local.

Estará assim vedada a apresentação de candidaturas, nas tipologias supra referidas, pois estas não seriam “Agências e entidades públicas, incluindo de natureza associativa, com competências nos domínios da valorização do conhecimento, da promoção do empreendedorismo e de redes colaborativas, do desenvolvimento empresarial, da internacionalização e do turismo enquanto entidade pública”³¹⁴.

Em 21 de julho de 2015, pela Associação Nacional de Municípios Portugueses³¹⁵ foi emitido ofício³¹⁶ que, reconhecendo que os conceitos utilizados suscitavam dúvidas na subsunção das autarquias locais, veio sublinhar que o espírito da negociação do artigo 130.º do RECI foi de incluir às autarquias locais tendo em conta as “(...) atribuições e competências (...) a par da exigida natureza pública e associativa (...)”.

312 O mesmo raciocínio poderá ser aplicado no caso de outras tipologias previstas no RESEUR como, a título meramente exemplificativo, o apoio à eficiência energética, à gestão inteligente da energia e à utilização das energias renováveis nas infraestruturas públicas da Administração Local.

313 Nos termos dos artigos 126.º e seguintes do RECI.

314 Nos termos do artigo 130.º n.º 3 alínea c) do RECI.

315 Doravante designada por ANMP.

316 Ofício n.º 730/2015/JF.

Este entendimento foi corroborado pela ADC, em 12 de agosto de 2015, num parecer em que se conclui “Na sequência da análise aprofundada sobre a questão suscitada, somos a informar que é entendimento da ADC que da leitura conjugada do n.º 3 e n.º 4 do artigo 130.º do RECI, resulta inequívoco que as “autarquias locais (...)” constituem Entidades Beneficiárias do SIAC 2020 (...) com enquadramento na alínea c) do n.º 3 do artigo 130.º desde que demonstrem ter competências nos domínios em causa (...)”³¹⁷.

Retira-se deste exemplo que o conceito de “Administração Local”, para este efeito, é mais abrangente e resulta com mais clareza quando aplicado na regulamentação específica. E, como acima afirmamos, numa fase ulterior, utilizar categorias mais restritas consoante as atribuições e competências de cada autarquia local.

Veja-se ainda o exemplo das intervenções infraestruturais nas escolas ao nível do ensino pré-escolar, do 1.º 2.º e 3.º ciclo do ensino básico e do ensino secundário, com protocolo com o Ministério da Educação e Ciência, onde o apoio à modernização e capacitação da administração pública³¹⁸ podem ser candidatas³¹⁹ por entidades da administração local com competências nesta matéria.

Neste caso, poderiam apresentar candidaturas os municípios, freguesias³²⁰ bem como outras entidades da administração local, como por exemplo, sociedades comerciais, cooperativas, fundações, associações ou outras entidades, com atribuições e competências nesta matéria.

317 Parecer Agência para o Desenvolvimento e Coesão de 12 de agosto de 2015.

318 Nos termos do artigo 85.º do RECI.

319 Nos termos do artigo 39.º, n.º 1 alíneas a) e b) e n.º 2 do RECH.

320 No caso específico das intervenções infraestruturais, e nos termos do artigo 16.º n.º 1 alínea mm) do RJAL, as freguesias só podem “Fornecer material de limpeza e de expediente às escolas do 1.º ciclo do ensino básico e aos estabelecimentos de educação pré-escolar” mas nos termos do artigo 132.º n.º 1 alínea e) e f) do RJAL podem, no âmbito de um acordo de execução outorgado com a câmara municipal respetiva, “Assegurar a realização de pequenas reparações nos estabelecimentos de educação pré-escolar e do primeiro ciclo do ensino básico” e “promover a manutenção dos espaços envolventes (...)” daqueles estabelecimentos.

II – METODOLOGIA

Como dissemos na Introdução, a presente dissertação de mestrado tem por objetivo contribuir para a análise do enquadramento jurídico do “Fraccionamento Artificial de Contratos” nos contratos públicos das autarquias locais cofinanciados pelo FEDER.

Assim, nesta segunda Parte, iremos restringir aos procedimentos desencadeados após a entrada em vigor do CCP, sob pena de termos de invocar legislação anterior o que, para além das limitações deste trabalho, seria inútil por manifesta desactualização, o que nos limita, temporalmente, a avaliar 43 contratos públicos de autarquias locais financiados na vigência do QREN e FEEL.

Desses, 29 são procedimentos de Concurso Público com publicidade nacional, dos quais 28 seguem o regime geral e 1 foi desencadeado com urgência ao abrigo das normas excecionais constantes da Lei de Orçamento de Estado em vigor à data dos fatos.

Esta amostra inclui ainda 24 Ajustes Diretos, sendo 19 tramitados pelo regime geral e 5 pelo regime excecional do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de fevereiro.

Os objetos contratuais relativos aos procedimentos selecionados estão divididos em 40 empreitadas de obras públicas e 3 prestações de serviços. Desse universo de contratos públicos mais de 50% são relativos a procedimentos aos quais foram aplicadas “Correções Financeiras”, com base na verificação de “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

Considerando a sensibilidade da informação consultada foi omitida a identidade das autarquias locais, não relevando a mesma para o resultado final da presente dissertação.

Da mesma forma, iremos proceder relativamente a identidade das entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia da contratação pública. Alguns dos casos analisados continuam ativos, e a ser alvo de discussão em diversas instâncias, não sendo os relatórios constitutivos dos procedimentos administrativos considerados de acesso público.

Acresce ainda que, o ora mestrando, tem especiais deveres de reserva e sigilo, positivadas em Códigos de Conduta, em virtude do exercício da sua atividade profissional no âmbito de diversos PO's.

Tendo ainda em linha de conta a limitação de tempo que nos é imposta pela presente dissertação, não iremos abordar, de forma exaustiva, todas as questões, embora pertinentes, mas iremos focar apenas num conjunto de aspectos considerados relevantes.

III – O “FRACCIONAMENTO ARTIFICIAL DOS CONTRATOS”

1. Introdução

As autarquias locais, salvo quando estejam perante realidades suscetíveis de justificar um ajuste direto por critérios materiais, têm de adequar as suas compras ao valor do contrato que pretendem celebrar e nos termos constantes do CCP.

Quando esse contrato é financiado pelo FEDER, às habituais cautelas jurídicas nacionais acrescentamos o respeito pelo enquadramento jurídico da União Europeia aplicável.

Não podemos esquecer que as autarquias locais, enquanto beneficiários do FEDER, têm de adotar comportamentos que respeitem os princípios da igualdade, concorrência e da boa gestão dos dinheiros públicos³²¹, sendo os procedimentos relativos aos seus contratos públicos analisados na fase de seleção e aprovação da operação ou na fase de execução aquando da apresentação do primeiro pedido de pagamento.

Os PO's³²² procedem à verificação da conformidade das despesas, apresentadas pelas autarquias locais, tendo em conta o direito da União Europeia e o direito nacional em matéria de contratação pública, de forma a garantir a eficácia na aplicação do FEDER e, em especial, para que da aplicação deste não resultem vantagens indevidas, aplicando-se “Correções Financeiras”, caso sejam detetadas as vulgarmente designadas irregularidades.³²³

A título de exemplo, considere-se que uma autarquia local pretende: i) pintar um edifício com dez salas e adjudicar, separadamente, o serviço de pintura por sala³²⁴; ii) não calculou, de forma conveniente, as renovações dos contratos públicos de fornecimento ou de serviços³²⁵; iii) criou vários lotes com montantes ligeiramente inferiores aos previstos nas diretivas³²⁶; iv) desencadeou um ajuste direto, com base no regime excecional do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 06 de fevereiro, com convite a seis entidades, e, posteriormente, desencadeia um concurso público urgente para corrigir alguns aspetos do projeto inicial; v) desencadeia através de

321 Considerando 65 do Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, da alínea k) do n.º 1, artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro que estabelece as regras gerais de aplicação dos programas operacionais e dos PO's financiados pelos fundos europeus estruturais e de investimento, para o período de programação 2014-2020 em Portugal.

322 Considerando 64 do Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, do artigo 27.º n.º 1 alínea i) do Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro que estabelece o modelo de governação dos fundos europeus estruturais e de investimento para o período de 2014-2020 em Portugal.

323 Considerando 72 do Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, da alínea g) do n.º 2 do artigo 23.º do Decreto-Lei 159/2014, de 27 de outubro.

324 EUROPEAN, Commission, Guidance for practitioners on the avoidance of the most common errors in public procurement of projects funded by the European Structural and Investment Funds, 2018, p. 21.

325 EUROPEAN, Commission, Guidance ..., Cit., p. 21.

326 EUROPEAN, Commission, Guidance ..., Cit., p. 21.

procedimentos de concurso público e ajuste direto, quinze empreitadas de obras públicas, adjudicadas entre 2007 e 2010, localizadas em áreas geográficas distintas mas dentro do mesmo território; vi) adjudica à mesma empresa a construção de diversos centros escolares situados no seu território mas em freguesias distintas; vii) relativamente à mesma empreitada de obra pública, e com diferença de 3 meses, desencadeia um procedimento de consulta prévia a cinco entidades – estes ainda nos termos do Decreto-Lei 197/99, de 08 de junho - e um concurso público para adjudicar um contrato de prestação de serviços para elaboração de um projeto de arquitetura e de um projeto de especialidade com valor conjunto superior aos limiares; viii) adjudicou duas empreitadas de obras públicas, por via de concurso público com publicidade nacional, com base no mesmo CPV, mas cujo somatório dos preços base era superior aos limiares.

Para uma autarquia local é essencial inculcar boas práticas na sua gestão de forma a promover uma boa preparação e planeamento com a solidez necessária que permita evitar irregularidades e cortes nas despesas financiadas pela União Europeia.

É necessário identificar e avaliar as necessidades³²⁷, ver as opções existentes, a capacidade financeira, a exequibilidade, elaborar estudos de mercados e admitir a participação de intervenientes externos³²⁸, desde que não comprometam a imparcialidade no processo de tomada de decisão.

No final desta fase de planeamento, deverão ter sido recolhidos elementos que permitam quantificar, elaborar e aprovar um caderno de encargos e procedimento de concurso, especificar quais os elementos essenciais e acessórios, do objeto do contrato, qual a estimativa, realista, dos benefícios económicos a serem auferidos pela entidade beneficiária e avaliar possíveis propostas.

A consagração de diligências de planeamento veio a ser intensificada na Diretiva 2014/24/EU, com algumas linhas de força no sentido de promover a eficiência na contratação e a promoção da transparência, reforçando-se os mecanismos do anúncio prévio indicativo, agora consagrado no artigo 48.º, e de um novo mecanismo de consulta preliminar do mercado nos termos dos seus artigos 40.º e seguintes.

Terá sido essa uma das forças motrizes que levou à inserção, no anteprojeto de revisão do CCP³²⁹ de uma proposta de artigo 35.º - A com a epígrafe “Planeamento da Contratação” que

327 Sob a importância de um planeamento adequado ao nível dos procedimentos de contratação pública consultar Relatório de Auditoria n.º 18/2016 – Orientado à procedimentos de contratação pública de unidades de saúde do sector empresarial do estado – da 2.ª Seção do Tribunal de Contas disponível em www.tcontas.pt e Nota Jurídica do Núcleo de Contratação Pública e Auxílios de Estado - Boas práticas a observar no procedimento de ajuste direto - de 5 de dezembro de 2014, da ADC disponível em www.portugal2020.pt

328 Artigos 40.º e 41.º da Diretiva 2014/24/UE e artigo 35.º - A do CCP.

329 Este regime não estava previsto nas diretivas e não foi vertido pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto na revisão final do CCP.

instituiu um regime de planeamento bienal de contratação de “(...) natureza meramente indicativa (...) orientador da planificação, lançamento atempado e gestão eficiente dos contratos públicos (...)” e que pode ter sido impulsionado pelas entidades de auditoria como uma boa prática para as entidades adjudicantes.

Esta fase de planeamento é importante para definir: i) o objeto do contrato público; ii) se estamos perante uma obra única nos termos estabelecidos pelas diretivas tal como interpretado pela jurisprudência do TJUE; e iii) qual o valor do contrato.

Essas premissas vão ser importantes para nos debruçarmos sob a existência de “Fraccionamento Artificial dos Contratos” enquanto “ (...) a divisão por vários contratos de um conjunto de prestações que, legalmente, podia ser objeto de um único contrato ”³³⁰ ou a “ (...) divisão artificial em vários procedimentos, que dão origem a vários contratos, de um objeto contratual unitário, com a consequência de levar a que não seja aplicável qualquer regra – máxime de escolha do procedimento – que de outro modo o seria plenamente.”³³¹.

2. Breve enquadramento histórico

Em Portugal, desde o início do século XX, que a legislação das autarquias locais afirma a proibição da divisão de contratos com o objetivo de o retirar da concorrência. Veja-se o parágrafo 3.º do artigo 18.º da Lei 621, de 23 de junho de 1916, segundo o qual “(...) não poderão fazer-se desdobramentos de contratos de empreitadas ou fornecimentos que no conjunto atinjam verba superior à fixada (...)” pelos limiares constantes daquele diploma.

Esta norma seria inscrita, anos mais tarde, no Código Administrativo de 1936 tendo a mesma perdurado, até aos dias de hoje, através do Decreto-Lei 197/99, de 19 de junho que com o seu artigo 16.º, ainda em vigor, refere “1 - Para efeitos do presente diploma, a despesa a considerar é a do custo total da locação ou da aquisição de bens ou serviços. 2 - É proibido o fraccionamento da despesa com a intenção de a subtrair ao regime previsto no presente diploma.”.

Solução paralela foi consagrada no artigo 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas³³² que refere, no seu n.º 1, que são as Leis do Orçamento de Estado³³³ que fixam

330 ANDRADE, Jorge, Dicionário dos Contratos Públicos, 2010, Almedina, página 225;

331 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação..., Cit., p. 743.

332 Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

333 O limiar para este efeito está estabilizado nos 350.000,00€, como o valor abaixo do qual ou contratos/atos estão dispensados de fiscalização prévia, nos termos do artigo n.º 255.º, da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2019, do artigo n.º 164.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2018, do artigo n.º 130.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017, do artigo n.º 103.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, que

em cada ano orçamental o valor abaixo do qual os contratos públicos estão dispensados de fiscalização prévia.

Todavia, o n.º 2 desse artigo refere que “(...), considera-se o valor global dos atos e contratos que estejam ou aparentem estar relacionados entre si.”. Ou seja, caso existam diversos contratos cujo valor global seja superior a esse limiar, embora de forma isolada os mesmos se situem abaixo, têm de ser submetidos à fiscalização preventiva daquele órgão.

Para esse feito, a mais recente jurisprudência do Tribunal de Contas³³⁴ considera que “(...) são sinais fortes do relacionamento entre atos e contratos, passíveis de legitimar a eventual e referida contabilização agregada de preços contratuais, a conexão objetiva, subjetiva e teleológica entre instrumentos contratuais concretamente considerados, constituindo, ainda, a complementaridade das prestações a estas correspondentes sintoma relevante da interligação entre os mesmos.”, sendo que para a densificação desse critério sustentou que “ (...) tais instrumentos contratuais foram celebrados pelos mesmos outorgantes e em igual data, a respetiva outorga apoia-se em autorização concedida pelo mesmo órgão autárquico [Assembleia Municipal da Nazaré], o correspondente período de vigência é coincidente, as atividades ali previstas recaem sob a mesma empresa local e, por último, mas de indiscutível relevância, tais contratos “(...) espelham orientações estratégicas para um determinado período temporal.”.

O mesmo se diga quanto à solução encontrada nos termos do Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio, que regula a emissão de um parecer prévio relativo à aquisição de bens e à prestação de serviços no domínio das tecnologias de informação e comunicação.

Pretendeu-se criar um processo de avaliação prévia com natureza vinculativa, de forma a garantir que apenas são financiados projetos que tenham um contributo eficaz na modernização da administração pública.

No âmbito do artigo 2.º, n.º 2 do citado diploma, a obrigatoriedade de requerer um parecer prévio à Agência para a Modernização Administrativa, I. P, aplica-se a todos os órgãos e serviços da administração direta e indireta do Estado e setor empresarial, que pretenda adquirir bens e serviços cujo valor contratual seja igual ou superior a 10 mil euros.

aprovou o Orçamento de Estado para 2016, do artigo 145.º da Lei n.º 82-B/2014 de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2015, do artigo 144.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro que aprovou o Orçamento de Estado para 2014.

334 O Acórdão n.º 3/2017, de 23 de fevereiro, proferido no recurso ordinário n.º 06/2017, apresentado pela Câmara Municipal da Nazaré no âmbito dos procedimentos de fiscalização prévia n.º 2392, 2393, 2395 e 2397, todos de 2015, demonstra a importância deste tema mesmo fora dos condicionalismos exigidos pelo FEDER. No caso sub iudice o Tribunal de Contas considerou que dos 4 Contratos Programas outorgados com a Nazaré Qualifica, EM, e sujeitos a fiscalização daquele tribunal - i) gestão do Centro de Alto Rendimento de Surf; ii) organização de tempos livres para crianças; iii) prestação de atividades de educação e iv) desenvolvimento de atividades culturais – apenas “(...) os contratos – programa dirigidos à prestação de serviços no domínio das atividades dos tempos livres para crianças e no âmbito da educação são, manifestamente, relacionáveis entre si.”.

Pelo que, caso se proceda a um qualquer tipo de cisão do valor dos contratos para evitar o recurso ao parecer prévio, nos termos do artigo 8.º, do citado diploma, tais contratos devem ser considerados como nulos, incorrendo o titular ou os titulares do órgão respetivo, em responsabilidade, nos termos gerais.

Com as novas alterações do CCP o regime que veio a ser consagrado no n.º 8 do artigo 17.º, expressamente refere que o “ (...) valor do contrato não pode ser fracionado com o intuito de o excluir do cumprimento de quaisquer exigências legais, designadamente, das constantes do presente Código”³³⁵, dando cumprimento as recomendações do Tribunal de Contas³³⁶, da jurisprudência nacional³³⁷ e do TJUE e dessa forma desencorajando situações que possam desencadear qualquer tipo de “Fracionamento Artificial de Contratos” com intenção de evitar um procedimento concursal mais amigo da concorrência.

Essa é, também, a tendência dos diversos PO's do atual período de programação, quando referem nas respectivas orientações de contratação pública que devem ser evitadas “ (...) situações que iniciem Fracionamento de despesa (...) ”³³⁸; que “ (...) decorre o princípio da proibição do fracionamento da despesa (...) ”³³⁹; que é preciso “ (...) evitar fracionamento de despesa (...) ”³⁴⁰; e “ (...) há que evitar situações que iniciem Fracionamento de despesa com intenção de a subtrair a determinado procedimento mais exigente. Mesmo nos casos em que haja necessidade de fracionar a execução de uma determinada componente (lotes) no âmbito do projeto, por motivos devidamente justificados (p.e. disponibilidade de terrenos, dificuldades orçamentais, execução de outras componentes associadas), deve optar-se pelo procedimento que resultaria da sua execução global.”³⁴¹.

335 Sob a falta de precisão conceitual ver ALMEIDA, João Amaral e, Comentários..., Cit., p.42, segundo o qual não se fraciona o valor do contrato mas sim o valor do preço base sendo a inserção deste número irrelevante face ao artigo 22.º do CCP. Em sentido contrário, defendendo a pertinência da inclusão deste artigo para as situações de fracionamento interno definidas pelo autor como aquela em que ocorrem diversos procedimentos mas apenas uma vontade aquisitiva, ver COIMBRA, José Duarte, Comentários ... Cit., p. 298, infra 20.

336 De acordo com os já citados acórdãos do Tribunal de Contas n.º 39/2010, de 03.11.2010, n.º 3/2017, de 23 de fevereiro e os Relatórios de Auditoria das n.ºs 9/2012- FS/SRMTC, 16/2012 e 06/2015-FS/SRATC.

337 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11.07.2013, proferido no processo n.º 06341/10 ou do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03.11.2005 proferido no processo n.º 01377/03.

338 Orientação de Contratação Pública também refere que disponível em <http://poise.portugal2020.pt>

339 Orientação 2/2016 do CENTRO 2020, disponível em <http://centro2020.pt>

340 Orientação 3/2016 do PRORURAL+ e a Orientação 1/2015 do AÇORES 2020 disponível em <http://proruralmais.azores.gov.pt> e <http://poacores2020.azores.gov.pt>

341 Norma de Gestão n.º 2/NORTE2020/2015 – “Cumprimento das regras associadas à contratação pública” disponível em www.norte2020.pt.

3. Unidade da Despesa versus Objeto Contratual

Uma das questões que se coloca neste tema é a sua inserção no âmbito do estudo do Direito Administrativo e, em concreto, na relação existente entre Direito Financeiro e Direito da Contratação Pública³⁴².

Como já tivemos a oportunidade de referir, a contratação pública é uma matéria que entrecruza saberes de diversas áreas, engenharia, economia, finanças públicas, gestão e direito, com um impacto económico na criação de emprego e de potenciação do investimento que a torna suscetível às alterações na sociedade europeia e nacional.

Mário Esteves de Oliveira defende que ³⁴³ a distinção entre o regime da realização da despesa e o regime da contratação pública é necessária para balizar a resolução de diversas questões.

Do nosso ponto de vista, o que interessa é que a realidade contratual e a financeira sejam devidamente entrecruzadas para que não exista qualquer fraude, mas tendo sempre como base a definição do objeto do contrato. Para sabermos, em concreto, se estamos ou não perante um “Fracionamento Artificial de Contratos”, devemos analisar o fator “Unidade da Despesa”, mas o que é verdadeiramente importante e crucial é perceber qual é o “Objeto Contratual”.

Há que entender que a análise de “(...) cada caso de adjudicação de uma empreitada deve ser apreciado em função do seu contexto e das suas particularidades (...)”³⁴⁴. Mais do que o valor dos contratos, o que interessa são as circunstâncias de facto, relativas ao objeto do contrato.

O CCP determinou que, ao contrário de ser a despesa a determinar qual o tipo de procedimento a ser seguido, deveria ser a escolha do procedimento a determinar qual o valor máximo que poderá uma entidade adjudicante, como uma autarquia local, pagar pelo objeto do contrato.³⁴⁵

Esta é a exigência legal constante do artigo 17.º do CCP segundo o qual “(...) o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto”.

342 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação ..., Cit., p. 735.

343 ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, Concursos ... Cit., 1998, p. 40.

344 No Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 estavam em causa diversas irregularidades em 37 contratos de empreitadas de obras públicas com um valor conjunto superior a 185.000.000,00€.

345 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação ..., Cit., p. 730 e SILVA, Jorge Andrade da, Código..., Cit., 2013, p.89.

Esta opção do legislador é também demonstrativa do que acima foi referido quanto à metodologia a adotar perante a análise de casos de “Fracionamento Artificial de Contratos”, pois devemos analisar o fator despesa mas o que é verdadeiramente importante e crucial é perceber qual o objeto contratual pois “ (...) é o valor real do contrato que é finalmente condicionado pela escolha do procedimento e não o inverso”³⁴⁶.

Para perceber o que se pode entender como “Unidade da Despesa” é necessário aferir a mesma em relação a dois níveis³⁴⁷. O da “Unidade Funcional” que é a relação de adequação entre a utilidade do que se pretende adquirir e as necessidades públicas que se visam satisfazer e a “Unidade Estrutural da Despesa”, que advém das atribuições de uma autarquia local e a forma como o mercado responde as solicitações efetuadas.

Também aqui fica demonstrado que é sempre necessário avaliar de forma concreta o objeto para perceber se estamos, ou não, perante um “Fracionamento Artificial de Contratos”.

Por esse motivo, a jurisprudência portuguesa refere que “O princípio da unidade da despesa e a proibição de fracionamento tem precisamente como propósito que as adjudicações levadas a cabo pelas entidades adjudicantes tenham lugar mediante o recurso aos respectivos procedimentos de formação que se mostrem adequados, em função do valor contratual. Daí que, se o objecto contratual em causa pode ser adjudicado, no âmbito de um único procedimento contratual, constituirá uma ilegalidade o seu fracionamento por vários procedimentos formativos.”³⁴⁸.

Para a análise da “Unidade da Despesa”, parece ser relevante seguir as indicações do Tribunal de Contas Europeu³⁴⁹ de forma a saber: i) se a entidade adjudicante identificou o valor total do contrato, opções e renovações; ii) se a estimativa do valor do contrato estava de acordo com a diretiva; iii) se há alguma evidência da empreitada de obra pública ter sido subdividida para ficar abaixo do valor da autorização da despesa e do procedimento; e iv) se o valor do contrato está baseado em preços realísticos e atuais.

Contudo, o que se revela central quando falamos de “Fracionamento Artificial de Contratos” é a suscetibilidade dos objetos de vários contratos celebrados constituírem objeto de um único contrato.

346 ALMEIDA, João Amaral e , Comentários ao ..., Cit., p. 42.

347 LORENA DE SÉVES, António, Contratação de Bens e Serviços – Guia de Aplicação, Direção Geral do Desenvolvimento Regional, 2003, página 20.

348 No âmbito do processo n.º 6341/10, de 11 de julho de 2013, o Tribunal Central Administrativo Sul apreciou a legalidade da despesa, no valor de 2.560.000€, apresentada ao Programa Operacional Sociedade do Conhecimento, no âmbito do QCA III, por uma entidade que desencadeou diversos procedimentos de ajuste direto por critérios materiais, sem justificação para tal e com o mesmo objeto contratual.

349 Checklists for financial and compliance audit of public procurement, 2017, página 19.

Tem de ser feita uma verdadeira análise global de toda a factualidade, com a avaliação de diversos conceitos, para não cairmos em algumas situações que não têm correspondência com a mente, letra e vontade do legislador nacional e da União Europeia.

Pelo que se impõe uma pergunta: que fatores devem ser analisados para aferir se, num determinado caso, a divisão por vários contratos de um conjunto de prestações que deveriam ter sido agregados num único, consubstancia um “Fraccionamento Artificial de Contratos?” Sendo que a resposta, do nosso ponto de vista, deverá passar pela análise de fatores técnicos ou económicos, temporais, geográficos e quanto à intenção de fraude.

4. Os fatores técnicos ou económicos, temporais e geográficos

4.1. Fator Técnico ou Económico

O Acórdão do TJUE Comissão/França, de 5 de outubro de 2000, proferido no âmbito do Processo C -16/98, analisou diversas irregularidades em 37 contratos de empreitadas de obras públicas para a realização de trabalhos de eletrificação e de iluminação pública, com um valor conjunto superior a 185.000.000,00€.

A entidade adjudicante promoveu a publicidade nacional dos 37 contratos mas a publicidade internacional no Jornal Oficial foi restrita apenas a seis das maiores empreitadas de obras públicas, não cumprindo com as normas das diretivas.

Neste Acórdão, o TJUE considerou que quanto à rede de distribuição de electricidade e uma vez que ela “ (...) destina-se, do ponto de vista técnico, a iluminar locais públicos utilizando, para o efeito, a energia eléctrica facultada pela rede de distribuição de electricidade. A autoridade assegura a iluminação junto da população beneficiada sem calcular os montantes exigidos em função da utilidade que o serviço apresenta para as pessoas em causa. Daqui resulta que uma rede de distribuição de electricidade e uma rede de iluminação pública têm funções económicas e técnicas diferentes.”. Contudo, tal raciocínio já não seria aplicável no caso das empreitadas de obras públicas referentes aos trabalhos e eletrificação em que dada as circunstâncias de tempo, unidade de quadro geográfico, anúncios dos procedimentos e o facto de terem sido desencadeadas pela mesma autoridade adjudicante obrigaría à agregação dos procedimentos.

Como refere Sue Arrowsmith, este Acórdão veio demonstrar que a pedra de toque nesta matéria deveria ser a “ (...) conexão técnica (...) ”³⁵⁰ entre as obras efetuadas no âmbito das circunscrições geográficas das diversas autoridades locais corroborando a tese de Cláudia Viana segundo a qual “ (...) os critérios – técnico e económico – a que o tribunal recorreu constituem um precioso auxiliar para a devida aplicação das regras em causa a outros contratos.”³⁵¹.

É importante saber se os objetos dos contratos desempenham a mesma função económica ou técnica (dito de outro modo, se participam entre si no cumprimento dessa função económica ou técnica). Não é uma *nuance* sem importância concluir que vários contratos se destinam a realizar uma determinada função técnica ou económica, para a realização desta, ou dizer que os vários contratos se destinam a realizar similares funções técnicas ou económicas mas distintas entre si.

Este entendimento provindo da jurisprudência citada do TJUE teve ressonância direta nos artigos 1.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva 2004/18/CE e 1.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24/UE que referem “Obra” como o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinados a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica.

Tendo o mesmo sido aplicado pelo TJUE às prestações de serviço no seu Acórdão Comissão Europeia/ República Federal da Alemanha, de 15 de março de 2012, emitido no âmbito do processo C-574/10 em que era analisada a adjudicação a um mesmo operador económico, por uma autarquia local alemã, de vários contratos de arquitetura relativas ao mesmo projeto de construção, com um valor agregado e aproximado superior a 273.000,00€, sem publicidade internacional no JOUE.

Por recurso a este ensinamento poderíamos concluir que estamos perante um “Fracionamento Artificial de Contratos” quando o objeto do procedimento diz respeito a uma parte de obra ou serviço, não sendo apto, de *per si*, a desempenhar uma função económica ou técnica autónoma. Contrariamente, estaremos perante uma obra ou serviço, e não uma mera parte de outra artificialmente fracionada, quando o seu objeto encaixa no âmbito da aplicação objetiva da diretiva.³⁵²

350 ARROWSMITH, Sue, EU Public ..., Cit., p. 107.

351 VIANA, Cláudia, Os Princípios ..., Cit. p. 515.

352 Neste sentido, STOFFEL, João Diogo, O (novo) regime da divisão ... Cit., p. 5.

Refere o TJUE que para o resultado de diversas obras ou serviços possam ser considerados como apenas uma, basta que tenham a mesma função económica ou a mesma função técnica, sendo estes critérios alternativos e não cumulativos.³⁵³

O exemplo acima fornecido da pintura de diversas salas de um mesmo edifício público permite, de forma simplista, perceber o alcance deste conceito. Bastaria um mesmo contrato para abarcar a pintura de todas as salas daquele edifício. Não estamos perante objetos contratuais com uma função técnica ou económica díspar entre si.

Contudo, esta distinção pode não ser tão clara à primeira vista se pensarmos, por exemplo, em empreitadas de obras públicas relativas à rede elétrica³⁵⁴, saneamento e distribuição de águas³⁵⁵ ou de reparação de rede viárias³⁵⁶ em que, de acordo com o TJUE, há uma unidade técnica ou económica em todos estes casos pois a “ (...) a função das obras objeto dos contratos públicos em causa consiste (...) em levar um bem de utilidade pública a uma zona geográfica concreta (...) ”³⁵⁷.

4.2. Fator Geográfico

Ainda no âmbito do Acórdão Comissão/França³⁵⁸, e como acima referido, foram apresentados diversos elementos que devem ser vistos como “(...) indícios adicionais (...) ”³⁵⁹ na análise do “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

Um desses elementos prende-se com a localização geográfica dos diversos procedimentos numa mesma “ (...) unidade do quadro geográfico (...) ” ou “ (...) única zona geográfica (...) ”³⁶⁰ levando, inclusivamente, o POSEUR³⁶¹ a referir que a “ (...) localização geográfica, só por si, não é aceite como fundamento para a não existência de Fraccionamento de contratos/despesa.”.

Do nosso ponto de vista, em tese, até porque estamos perante um mero indício que deve ser tido em conta com as circunstâncias concretas do caso, não significa que o preenchimento

353 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/Itália, de 27 de outubro de 2005 - Processos C-187/04 e 188/04 e Acórdão do Tribunal de Justiça Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 - Processo T-384/10.

354 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

355 Acórdão do Tribunal de Justiça Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 - Processo T-384/10.

356 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/Itália, de 27 de outubro de 2005 - Processos C-187/04 e 188/04.

357 Acórdão do Tribunal de Justiça Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 - Processo T-384/10.

358 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

359 GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 213.

360 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

361 Orientações sobre Contratação Pública, 2016, disponível em <http://poseur.portugal2020.pt>

dos conceitos acima referidos, automaticamente, leve a um “Fracionamento Artificial de Contrato”.

Caso contrário, qualquer procedimento que uma autarquia local desencadeie dentro do seu território seria, automaticamente, alvo de contabilização.

Voltamos a sublinhar que TFUE considera que a constatação de uma mesma função técnica ou económica é decisiva para a aferição do fracionamento sendo que os restantes fatores são “ (...) indícios que militam a favor de considerar esses contratos (...) como (...) uma obra única.”³⁶².

Esses indícios, como já vimos a propósito da aplicação dos princípios jurídicos, no âmbito dos acórdãos do TJUE *Ecoservice Projektai* e *Evigilio*, obrigam a um “ (...) papel ativo às entidades adjudicantes na aplicação dos princípios (...) ” que estão obrigadas a “ (...) tomar as medidas adequadas para evitar, detetar e remediar (...) ” situações de potencial irregularidade face ao enquadramento jurídico da contratação pública.³⁶³

Por esse motivo, voltamos a sublinhar, é que o TJUE³⁶⁴ exige que “ (...) a prova de uma violação do direito da concorrência da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que sejam objetivos e concordantes”.

4.3. Fator Temporal

Nem todas as autarquias locais, por razões económicas, orçamentais, disponibilidade de terrenos ou de prossecução das suas atribuições podem agregar as suas pretensões contratuais numa única despesa de grandes dimensões.

Além de ser nocivo para a concorrência, especialmente para as micro, pequenas e médias empresas, pode colocar em causa outras atividades e prestações, até de índole social, que são também suas atribuições para prosseguir.

Parece que o período de referência em causa neste tema será de 12 meses. São as balizas constantes dos documentos de programação de receita e despesa e, de alguma forma, derivam do CCP³⁶⁵.

362 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

363 Este ponto já tinha sido afirmado pelo Acórdão *Evigilio*, de 12 de março de 2015 – Processo C – 538/13.

364 Acórdão *Eturas*, de 21 de janeiro de 2016 – Processo C – 74/14.

365 Artigos 22.º, 40.º e 48.º.

Uma das grandes questões que a referenciação no prazo de 12 meses pode trazer a uma autarquia local advém do facto do valor agregado da despesa poder colidir com a falta de recursos financeiros para avançar com a obra.

As restrições motivadas pelo cálculo dos fundos disponíveis na Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso³⁶⁶ e do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho³⁶⁷, diplomas legais que têm como objetivos regularizar as dívidas passadas e impedir a imprudente assunção de compromissos e a acumulação de novos pagamentos em atraso, bem como, responsabilizar e sancionar os dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade, pela inobservância da lei, nomeadamente de assumirem compromissos sem fundos disponíveis e aumentarem os pagamentos em atraso, são uma importante ferramenta para perceber se estamos ou não perante um “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

A ANMP e a Associação Nacional de Freguesias³⁶⁸ têm vindo, desde 2012, a criticar a aplicação da LCPA às autarquias locais e proposto uma maior flexibilização do cálculo dos fundos disponíveis para os contratos com financiamento FEDER tendo sido esta proposta acolhida pelos orçamentos de estado de 2017³⁶⁹ e 2018l.

Os fundos disponíveis são as verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do DL 127/2012, as transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos FEDER.

Quanto a esta matéria aqueles Orçamentos de Estado estatuíram que a assunção de compromissos que excedessem os fundos disponíveis não era fator impeditivo de candidaturas a projetos com financiamento, não relevando a contrapartida nacional de projetos cofinanciados para o cumprimento das obrigações legais estabelecidas quanto ao apuramento dos pagamentos em atraso e cálculo dos fundos disponíveis e estatuinto uma nova forma de cálculo para a determinação desses mesmos fundos quando perante projetos cofinanciados.

366 A LCPA foi aprovada pela Lei n.º 8/2012, de 21/02 e alterada pelas Leis n.º 20/2012, de 14/05, 64/2012, de 20/12, 66-B/2012, de 31/12, 22/2015, de 17.03, 7-A/2016, de 30/03 e 42/2016, de 28/12, doravante designada por LCPA.

367 O diploma regulamentar da LCPA foi aprovado pelo Decreto Lei 127/2012, de 21/06 e alterado pelas Leis n.º 64/2012, de 20/12, 66-B/2012, de 31/12, 99/2015, de 17.03, 7-A/2016, de 30/03 e 42/2016, de 28/12, doravante designada por DL 127/2012.

368 Nos relatórios de apreciação daquelas entidades apresentadas na fase de análise e discussão dos diversos projetos de Orçamentos de Estado.

369 Aprovado pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

Esta é foi uma forma de impulsionar o investimento público e acelerar a execução do QCA 2020³⁷⁰ paralelamente às iniciativas promovidas pela ADC e Ministério das Infraestruturas e Planeamento.

Pelo que a decisão de uma autarquia local em avançar, em 2017 ou em 2018, com um único procedimento, em vez de dois ou três devidamente agregado num concurso público, terá de ser visto à luz dessa possibilidade de forma a percebermos se a conexão temporal traz, ou não, algum indício de “Fraccionamento Artificial de Contratos”.

5. Fraude

No âmbito do conceito de “Fraccionamento Artificial de Contratos” há um elemento subjetivo que define a intencionalidade da entidade adjudicante e que determina a existência de Fraude.

Para Cláudia Viana, “(...) o fraccionamento do objeto do contrato será considerado fraudulento sempre que feito com intenção de subtrair um dado contrato à regulamentação comunitária”³⁷¹ secundada por Miguel Assis Raimundo quando escreve “ (...) o problema do Fraccionamento indevido é um problema de fraude à lei (...)”³⁷².

Esta perspetiva obriga a averiguar se a divisão do objeto contratual foi feita de forma artificial e com intuito fraudulento³⁷³ que, como refere Sue Arrowsmith³⁷⁴, é de difícil prova e fiscalização e, para Albert Graells³⁷⁵, “(...) virtualmente impossível (...)”.

O Advogado Geral A.G. Jacobs defendeu, no âmbito do já citado Acórdão Comissão/França³⁷⁶, que para que possa existir violação do direito da União Europeia nesta matéria é “ (...) necessário verificar uma intenção de se subtrair às disposições da diretiva, eventualmente, com base num afastamento daquilo que, seria a prática sem essa intenção.”. Por outro lado, a Advogada Geral A.G. Trstenjak³⁷⁷ defendeu que “(...) não é possível presumir, sem mais, essa intenção de contornar as diretivas. Cada adjudicação de um contrato cindido deve ser apreciada

370 Para mais informações sobre as Medidas de Aceleração do Investimento Público para 2017 consultar www.portugal2020.pt

371 VIANA, Cláudia, Os Princípios ... Cit., p. 513.

372 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação ... , Cit., p. 754.

373 Tal como exigido pelo Reino de Espanha no Acórdão do Tribunal de Justiça Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-

384/10 quando alega que “(...) a Comissão tinha de ter demonstrado a intenção das autoridades espanholas de contornarem, mediante esse fracionamento, a aplicação da referida diretiva aos contratos públicos em causa.”.

374 EU Public Procurement Law..., Cit., p.107;

375 GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 211.

376 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

377 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão /Alemanha, 15 de julho de 2010 - Processo C-271/08.

segundo o seu contexto e as suas particularidades, devendo controlar-se, em especial, se existem motivos sérios a favor ou contra a cisão em causa.”.

Para Sue Arrowsmith, o Acórdão Comissão/França³⁷⁸ terá adotado um critério interpretativo que prescindiu da intenção fraudulenta face a verificação de critérios objetivos para defender a agregação de contratos³⁷⁹.

Esse terá sido o caminho seguido pela CE³⁸⁰ e pelo TJUE quando, por exemplo, aplicou uma correção de 25% nos projetos: i) «Abastecimento de água a populações residentes na bacia hidrográfica do Guadiana: região de Andevalo»; ii) «Saneamento e estação de tratamento da bacia do Guadalquivir: Guadaira, Aljarafe e EE NN PP do Guadalquivir»; e iii) «Abastecimento de água aos sistemas intermunicipais das províncias de Granada e de Málaga».

Em causa estavam irregularidades, à luz das Orientações 2007, no âmbito da existência de fraccionamento, falta de publicidade, utilização indevida do procedimento de negociação e aplicação de critérios de adjudicação ilegais, num valor conjunto de quase 12.000.000,00€ repartido por 13 contratos de empreitadas de obras públicas.

Nesse Acórdão o TJUE considerou que seria “ (...) irrelevante que a violação resulte ou não da vontade do Estado-Membro ao qual é imputável a sua negligência ou ainda dificuldades técnicas com as quais se tenha deparado (...) ”³⁸¹ nem válido o argumento de que o facto da jurisprudência não referir este requisito é suficiente para não o utilizar³⁸².

Todavia, parece avisada a opinião da República Federal da Alemanha que, face a um outro arresto comunitário, demonstra que esta posição poderá não ser maioritária quando refere que o “Fraccionamento Artificial de Contratos” “(...) pressupõe uma intenção subjectiva para evitar a aplicação das regras desta diretiva. No presente caso (...), a Comissão não demonstrou a existência de tal intenção (...)” ³⁸³.

Não podemos esquecer que: i) nem toda a jurisprudência comunitária parece ser unânime quanto a recusa da necessidade de confirmar a intenção fraudulenta³⁸⁴; ii) a jurisprudência comunitária utilizada para justificar a dispensa da concretização deste elemento subjetivo falha

378 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

379 ARROWSMITH, Sue, EU Public ... , Cit., p. 107 e 227.

380 Decisão C (2010) 4147 da CE, de 30 de junho de 2010.

381 Acórdão do Tribunal de Justiça Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

382 Acórdão do Tribunal de Justiça Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10 sobre a não indicação deste requisito por parte dos acórdãos Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Auroux, de 18 de janeiro de 2007 – C-220/05.

383 Acórdão Felix Swoboda, de 15 de fevereiro de 2002 – C-411/00 citado pela República Federal da Alemanha no Acórdão Comissão Europeia/ República Federal da Alemanha, de 15 de março de 2012 – C-574/10.

384 Acórdão Felix Swoboda, de 15 de fevereiro de 2002 – C-411/00 citado pela República Federal da Alemanha no Acórdão Comissão Europeia/ República Federal da Alemanha, de 15 de março de 2012 – C-574/10.

em perceber que os instrumentos previstos para aplicação de “Correções Financeiras” não definem com clareza qual a sua verdadeira natureza; iii) o Regulamento 2988/95, de 18 de dezembro, obriga a que este elemento subjetivo seja devidamente avaliado para aplicar “Correções Financeiras”, seja a coberto de uma medida administrativa, seja a coberto de uma sanção administrativa; e iv) a análise deste conceito é vital para perceber se a autarquia local que tenha sido alvo de uma aplicação dessa correção num contrato financiado pelo FEDER pode, ou não, reutilizar aquele valor.

Referindo-se, de forma global, à necessidade de concretizar o elemento subjetivo no âmbito do artigo 18.º da Diretiva 2014/24, Albert Graells faz algumas considerações sob a questão da intenção no âmbito do “Fraccionamento Artificial de Contratos”³⁸⁵.

Para este autor se o propósito é de preservar este elemento subjetivo então esta tarefa obriga a que se estabeleçam parâmetros objetivos e concretos de avaliação da mesma a partir dos quais se possa inferir a existência, ou não, de intenção fraudulenta. Partindo da jurisprudência do TJUE³⁸⁶, e sempre em articulação com artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, Albert Graells defende que a entidade adjudicante deve fundamentar as razões objetivas, legítimas e proporcionais, sob as quais baseou a sua decisão de fracionamento, avaliadas com base num critério de *bónus pater familiae*.

Comungamos da opinião de Albert Graells no sentido de que a avaliação deste elemento subjetivo é muito complexa tendo em conta os sistemas nacionais para avaliação do mesmo – designadamente processos contraordenacionais ou de foro criminal – e que não se coaduna com a forma de funcionamento das instituições europeias³⁸⁷.

Contudo, a ineficiência dos sistemas existentes não pode colocar em causa as garantias jurisdicionais das autarquias locais quando são confrontadas com “Correções Financeiras” no âmbito de um contrato financiado pelo FEDER.

Até porque, no QCA 2020, diversos PO's exigem a constatação deste critério subjetivo: i) Programa Operacional Inclusão Social e Emprego “ (...) há que evitar situações que iniciem Fraccionamento de despesa com intenção de evitar um procedimento contratual mais exigente (...) ”³⁸⁸; ii) Programa Operacional Centro 20202 “ (...) decorre o princípio da proibição do

385 GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 210 e seguintes e Some Reflections on the Artificial Narrowing of Competition as a check on executive discretions in public procurement, 2018, p. 11 e seguintes disponível in <https://papers.ssrn.com>

386 O autor cita os Acórdão do Tribunal de Justiça Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10, Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Auroux, de 18 de janeiro de 2007 – C-220/05.

387 GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 211 e seguintes e Some Reflections ... p. 11

388 Orientação de Contratação Pública disponível em <http://poise.portugal2020.pt>

fracionamento da despesa com intenção de a subtrair a procedimentos pré-contratuais mais exigentes, (...) ”³⁸⁹; iii) PO’s PRORURAL+ e Açores 2020 que, em ambos os casos, referem a necessidade de evitar situações em que possa ocorrer “ (...) fracionamento de despesa com intenção de a subtrair a determinado procedimento mais exigente.”³⁹⁰.

6. A Natureza Jurídica das “Correções Financeiras” por “Fraccionamento Artificial de Contratos”

Refere Marcelo Prates que nos casos em que a sanção seja aplicada por uma autoridade administrativa mas cuja consequência não seja uma sanção contraordenacional, esta não estará sujeita ao regime do Decreto-Lei 433/82, de 27 de outubro³⁹¹. Sendo que dentro deste grupo de sanções administrativas, que não são de natureza contraordenacional é necessário perceber se todas tem essa natureza de sanção administrativa ou se algumas podem ser consideradas como medidas administrativas pois, de acordo com a doutrina³⁹², estas são “ (...) ações administrativas de definição unilateral do direito aplicável a uma situação concreta que, de maneira legítima, afetam direitos dos administrados.”.

A descoberta da resposta sobre se, no caso de “Correções Financeiras”, estamos perante uma sanção administrativa ou uma medida administrativa é importante para decidir da aplicação de princípios garantísticos do direito sancionatório público.

Como vimos anteriormente, o Regulamento 2988/95, de 18 de dezembro prevê que uma mesma conduta pode ser objeto de aplicação de uma medida administrativa – artigo 4.º – ou de uma sanção administrativa – artigo 5.º n.º 1 alíneas c) e d) - com o mesmo objetivo, a restituição de uma quantia indevida.

Neste caso vemos que os seus efeitos imediatos (restituição) e a autoridade (PO’s) são exatamente os mesmos, mas a finalidade e as condições de aplicabilidade é que podem, e devem, ser diferenciados.

389 Orientação 2/2016 disponível em <http://centro.portugal2020.pt> .

390 Respectivamente Orientações 1/2015 e 3/2016 disponíveis em <http://proruralmais.azores.gov.pt> e <http://poacores2020.azores.gov.pt> .

391 A punição administrativa entre a sanção contra-ordenacional e a “Sanção Administrativa”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 68, 2008, p. 4.

392 PRATES, Marcelo Madureira, “Sanção Administrativa” Geral: Anatomia e Autonomia, Almedina, 2005.

Se, como vimos, as medidas administrativas têm uma função meramente reintegrativa ou reconstitutiva do orçamento da União Europeia, as sanções administrativas têm uma finalidade punitiva.³⁹³

Parece ser esse o sentido do TJUE quando refere “Constituindo a falsa declaração referida no artigo 9.º n.º 2 a 4, do Regulamento n.º 3887/92 uma irregularidade na aceção do artigo 1.º n.º 2, do Regulamento n.º 2988/95 e a privação das ajudas às culturas uma “Sanção Administrativa” (...)”³⁹⁴ ou quando defende que “ Na medida em que resulta expressamente do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2052/88 que as acções financiadas pelo orçamento da União devem ser realizadas no respeito total das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, a violação pelo beneficiário de uma subvenção da União, na sua qualidade de entidade adjudicante, das regras previstas pela Directiva 92/50 com vista à realização da operação objecto dessa subvenção constitui uma irregularidade como a prevista no artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento n.º 4253/88 e o comportamento desse beneficiário deve ser qualificado, consoante o caso, de «abuso» ou de «negligência», na aceção desta disposição”³⁹⁵.

Isto não quer dizer que qualquer ato de restituição seria uma sanção administrativa³⁹⁶ mas que perante “(...) circunstâncias como as em causa no processo principal (...)”³⁹⁷ poderia ser equacionado esse enquadramento em vez de uma mera medida administrativa.

Como sublinha Marcelo Prates³⁹⁸, “Perante uma situação concreta, a autoridade administrativa não poderá, sob pena de agir com desvio de poder, substituir a medida desfavorável formalmente devida por outra medida similar, mesmo que tenha competência para a imposição de ambas, e que os efeitos finais dela decorrentes sejam semelhantes.” pelo que, sufragamos, “ (...) a delimitação possibilitará, de uma face, clarificar as medidas desfavoráveis à disposição da Administração, para que ela possa pautar as suas escolhas concretas pelas condições de fato e de direito existentes em cada situação que se lhe apresente, e, desse modo, para que ela possa atender da melhor forma os interesses públicos presentes, sem descuidar os direitos e os interesses privados igualmente em questão.”.

Ao enquadrar as “Correções Financeiras” relativas ao “Fraccionamento Artificial de Contratos” como medida ou sanção administrativa devemos ter em linha de conta que: i) O

393 Nesse sentido acompanhamos MESQUITA, Maria José Rangel de, O poder ..., Cit., p. 344.

394 Acórdão do Tribunal de Justiça National Farmers' Union, de 17 de julho de 1997 - Processo C-354/95

395 Acórdão do Tribunal de Justiça Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, de 21 de dezembro de 2011 – Processo C-465/10.

396 Em sentido contrário, PEREIRA, Pedro Matias, PEREIRA, Pedro Matias, A aplicação ... Cit., p. 19.

397 Acórdão do Tribunal de Justiça National Farmers' Union de 17 de julho de 1997 - Processo C-354/95.

398 PRATES, Marcelo Madureira, Sanção Administrativa ..., Cit., p.169.

controlo jurisdicional terá de ser variável consoante estejamos perante uma sanção administrativa ou de uma medida administrativa pois esta caberá aos tribunais administrativos enquanto a primeira, até tendo em conta as suas finalidades repressivas/punitivas, terá de seguir o procedimento comum e acautelar os mais elementares princípios de defesa das autarquias locais; e ii) A possibilidade de existir reutilização de fundos, pois só no caso em que a finalidade do mesmo é meramente ressarcitória é que podem ser utilizados novamente os valores objeto de correção pois, caso as “Correções Financeiras” tenha finalidade punitiva então, nesse caso, aquele valor não poderá ser reutilizado.

Assim, a entidade administrativa perante a possibilidade de aplicação de “Correções Financeiras” com base em “Fraccionamento Artificial de Contratos” tem de aferir da possibilidade da existência, ou não, de “Culpa” para definir qual a finalidade que pretende imputar e, de acordo com a mesma, aplicar o regime mais adequado a defesa dos mais elementares princípios de defesa das autarquias locais em detrimento da recuperação do FEDER indevidamente atribuído.

IV - ESTUDO DE CASO

Como vimos ao longo desta dissertação, existem diversas entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia, da contratação pública³⁹⁹ com a finalidade de avaliar se os contratos públicos financiados pelo FEDER respeitam, ou não, esse regime.

Para o FEDER não é possível aplicar a disciplina da contratação pública sem conhecer as fontes do direito da União Europeia. Não apenas o que referem as diretivas, os regulamentos e a *Soft Law* mas à cada vez mais importante jurisprudência do TJUE.

O recurso ao financiamento pelo FEDER exige a: i) “(...) aplicação efetiva da legislação da União em matéria de contratos públicos no domínio dos FEEI.”; ii) “(...) aplicação efetiva das regras da União em matéria de contratos públicos através dos mecanismos adequados;” e que iii) “(...) garantam a transparência dos processos de adjudicação dos contratos;”⁴⁰⁰ e tal só é conseguido com uma verdadeira adequação dos princípios gerais a realidade concreta das autarquias locais.

O Acórdão *Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, de 6 de dezembro de 2017, proferido pelo TJUE no Processo C – 408/16 veio cimentar esse entendimento. Nesse procedimento foi analisada a aplicação de “Correções Financeiras” de 10% no contrato de empreitada de obra pública da autoestrada *Arad – Timisoara-Lugoj*, na Roménia, financiado pelo FEDER e que teve como base um concurso limitado com pré-seleção.

Afirmou o TJUE nesse acórdão que “(...) os fundos europeus apenas se destinam a financiar as operações conforme as disposições do tratado e dos atos adotados ao abrigo do mesmo.” e, sublinhando o papel interventivo das autoridades de gestão dos programas operacionais nesta matéria, adverte que estas devem “(...) assegurar que as operações selecionadas para financiamento europeu cumprem as regras da União e nacionais aplicáveis, durante todo o processo de execução.”.

Esta exigência tem, na opinião do TJUE, o objetivo de garantir a boa gestão do FEDER e a proteção dos seus interesses financeiros⁴⁰¹ assegurando que só sejam financiadas “(...) ações desenvolvidas em total conformidade com o direito da União, incluindo as regras aplicáveis em matéria de contratos públicos.”⁴⁰².

399 Para melhor compreensão dos casos analisados no presente capítulo IV iremos denominar estas entidades como entidades de auditoria.

400 Regulamento (UE) n.º 1301/2013 e 1303/2013, ambos do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro.

401 Igual entendimento, a título meramente exemplificativo, tinha já sido suportado pelos Acórdãos: *Judetul Neamt e Judetul Bacau*, de 26 de maio de 2016 – Processos C – 260/14 e 261/14 e *Wroclaw – Miasto*, de 14 de julho de 2016 - Processo – C – 406/14.

402 Acórdão *Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, de 6 de dezembro de 2017 - Processo C – 408/16.

Repare-se que a existência de um quadro de princípios gerais para os contratos públicos das autarquias locais financiados pelo FEDER tem uma aplicação prática fundamental. Obrigam as autarquias locais a redobram a sua atenção quando pretendem colocar a financiamento um determinado contrato público.

Estas não podem ficar apenas por uma mera análise do enquadramento jurídico nacional uma vez que as entidades que auditam este financiamento têm uma especial sensibilidade para avaliar a evolução da jurisprudência “principalista” do TJUE.

Esse é também o entendimento da CE quando refere, nas orientações dirigidas aos programas operacionais que gerem FEDER, que as “(...) verificações em matéria de contratos públicos devem ter como objetivo garantir que tanto as regras nacionais como da União em matéria de contratos são cumpridas e que os princípios de igualdade de tratamento, não discriminação, transparência, livre circulação e concorrência foram respeitados durante todo o processo.”⁴⁰³.

Por esse motivo, as verificações efetuadas pelas entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia, da contratação pública, são um manancial de informação relevante para aferir da atuação das autarquias locais, enquanto entidades adjudicante, no âmbito do conceito do “Fracionamento Artificial de Contratos”.

De forma generalizada e meramente exemplificativa, iremos agora dar conta de alguns exemplos práticos em contratos públicos, desencadeados por autarquias locais que obtiveram financiamento FEDER.

Mais uma vez se refere que a sensibilidade da informação consultada justifica a omissão da identidade das autarquias locais e das entidades que verificam este enquadramento sobre as quais se promove total reserva.

A limitação de tempo que nos é imposta pela presente dissertação impede de abordar, de forma exaustiva, todas as questões, embora pertinentes, sobre o objeto do nosso trabalho, sendo que iremos focar aqueles aspectos que se afigurem de mais relevantes.

403 *Guidance Management Verifications*, EGESIF 14_0012_02, 2015, p. 20;

1. Caso – Empreitadas de Centros Escolares

1.1. Três Centros Autônomos de Custos

Uma autarquia local adjudicou, por via de concurso público com publicidade nacional a 3 (três) operadores económicos distintos, 3 (três) empreitadas de centros escolares situados no seu território mas em 3 (três) freguesias distintas.

Na ausência de um tipo legal de “Fraccionamento Artificial de Contratos”, em relatório preliminar, a entidade de auditoria propôs a aplicação de uma correção de 25%, de acordo com o ponto 21 das Orientações de 2007 por incumprimento de um grau adequado de publicidade e de transparência.

A entidade de auditoria considerou, em relatório preliminar, que existiria “Fraccionamento Artificial de Contratos”, pois além de estar dentro do mesmo território, os procedimentos foram desencadeados com os mesmos CPV’s, no prazo de um ano, com um valor global superior aos limiares da União Europeia em vigor à data dos factos e com o mesmo objeto contratual.

A autarquia local, em sede de contestação, invocou diversos argumentos: i) dispersidade geográfica dos centros escolares por diversas freguesias; ii) a indisponibilidade de terrenos; iii) razões orçamentais; iv) e que cada centro escolar era um centro autónomo de custos.

A entidade de auditoria terá seguido o entendimento do TFUE considerando que a constatação de uma mesma função técnica ou económica é decisiva para a aferição de “Fraccionamento Artificial de Contrato” sendo que os restantes fatores são “(...) indícios que militam a favor de considerar esses contratos (...) como (...) uma obra única.”⁴⁰⁴.

Esses indícios, como já vimos a propósito da aplicação dos princípios jurídicos, no âmbito dos acórdãos do TJUE *Ecoservice Projekta*⁴⁰⁵ e *Evigilio*⁴⁰⁶, sempre obrigariam a um “ (...) papel ativo às entidades adjudicantes na aplicação dos princípios (...) ” que estão obrigadas a “ (...) tomar as medidas adequadas para evitar, detetar e remediar (...) ” situações de potencial irregularidade face ao enquadramento jurídico da contratação pública. Pelo que conclui o TJUE ⁴⁰⁷ que a “ (...) prova de uma violação do direito da concorrência da União possa ser feita não apenas

404 Acórdão Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

405 Acórdão *Ecoservice Projekta*, de 17 de maio de 2018 - Processo C-531/16.

406 Acórdão *Evigilio*, de 12 de março de 2015 – Processo C – 538/13.

407 Acórdão *Eturas*, de 21 de janeiro de 2016 – Processo C – 74/14.

através de provas diretas mas também através de indícios, desde que sejam objetivos e concordantes”.

Efetivamente, os elementos recolhidos eram objetivos e concordantes, quer no âmbito dos CPV's atribuídos, quer quanto ao prazo utilizado para desencadear os procedimentos – um ano – quer quanto ao valor global das 3 (três) empreitadas de obras públicas.

A argumentação aduzida pela autarquia local foi relevante uma vez que esta não se cingiu a rebater o argumento da “(...) unidade do quadro geográfico (...)” ou da “(...) única zona geográfica (...)”⁴⁰⁸ com base na localização, em 3 (três) freguesias diferentes, das empreitadas de obras públicas. Até porque, corroboramos o entendimento do POSEUR⁴⁰⁹ quando refere que a “(...) localização geográfica, só por si, não é aceite como fundamento para a não existência de Fraccionamento de contratos/despesa”.

Ao juntar à discussão os argumentos atinentes à indisponibilidade de terrenos e de razões orçamentais, a autarquia local apresenta um argumento valido – legitimidade para intervir no imóvel – e outro inadequado – pois, como vimos, o ano orçamental é composto por 12 meses sendo o cálculo dos fundos disponíveis efetuado com base nesse período temporal – sendo ambos suscetíveis de rebate por falta de planeamento.

O planeamento das compras públicas é uma boa prática de gestão que identifica e avalia às necessidades, compara as opções existentes, a capacidade financeira e a exequibilidade das empreitadas de obras públicas. Embora leve tempo e necessite de antecipação por parte dos gestores públicos, é uma forma evitar irregularidades e cortes nas despesas financiadas pelo FEDER.

Por essa razão, as diligências de planeamento vieram a ser intensificadas pela Diretiva 2014/24/UE com os mecanismos do anúncio prévio indicativo, agora consagrado no artigo 48.º, e de um novo mecanismo de consulta preliminar do mercado nos termos dos seus artigos 40.º e seguintes.

Não obstante, o argumento decisivo apresentado pela autarquia local poderá ter sido o de que cada centro escolar era um centro autónomo de custos. A entidade que avaliou o cumprimento do enquadramento jurídico da contratação pública aceitou que as empreitadas de obras públicas, embora com o mesmo objeto, uma vez que eram relativas à construção de 3 (três) centros

408 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

409 Orientações sobre Contratação Pública, 2016, disponível em <http://poseur.portugal2020.pt>

escolares, tiveram execução técnica e funções económicas distintas uma vez que estaríamos perante 3 (três) centros de custos autónomos.

Vejam-se os artigos 1.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva 2004/18/CE e 1.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24/UE que referem “Obra” como o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinados a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica.

Por recurso a esta definição, poderíamos concluir que estaríamos perante um “Fraccionamento Artificial de Contratos” se o objeto do procedimento da empreitada de obra pública relativa a um determinado centro escolar fosse uma parte de obra, sem função económica ou técnica autónoma, que não poderia entrar em funcionamento sem as restantes.

É verdade que o TJUE entende que para que o resultado de diversas obras possa ser considerado como apenas uma, basta que tenham a mesma função económica ou a mesma função técnica ⁴¹⁰. No limite, todos os centros escolares contribuem para o cumprimento da mesma atribuição daquela autarquia local quanto à educação. Mas, como acima referimos, e de acordo com o entendimento de Sue Arrowsmith⁴¹¹, não podemos esquecer que os objetos dos contratos não desempenhavam a mesma função económica ou técnica uma vez que não participavam entre si no cumprimento de um mesmo objetivo.

Embora não tenha sido analisado pela entidade de auditoria, nem argumentado pela autarquia local, e na falta de outros elementos de fato e de direito que nos pudessem auxiliar, parece importante referir que, neste caso, não terá existido violação do Princípio da Igualdade e de uma das suas emanações, o Princípio da Concorrência.

Cláudia Viana refere que o concurso público é “(...) o procedimento onde se alcança, na sua máxima expressão, o princípio da igualdade, enquanto igualdade de oportunidades para todos os operadores económicos interessados em contratar.”⁴¹² sendo este o procedimento regra quer nas diretivas, quer no CCP e que foi utilizado nos três procedimentos.

Poderia ser argumentado que o valor agregado dos procedimentos exigiria um concurso público com publicidade internacional, devidamente dividido em lotes, até porque as exigências de planeamento e de promoção dos mercados públicos junto de operadores económicos mais pequenos, são prerrogativas das atuais diretivas como forma de avaliar se existiu algum prejuízo para a concorrência.

410 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/Itália, de 27 de outubro de 2005 - Processos C-187/04 e 188/04 e Acórdão do Tribunal de Justiça Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 - Processo T-384/10.

411 ARROWSMITH, Sue, EU Public ..., Cit., p. 107.

412 VIANA, Cláudia, Os Princípios ..., Cit., p.119.

Não podemos esquecer que a Diretiva 2014/24/UE, como vimos, estabelece o princípio da concorrência como um garante de que, nos termos da segunda parte do n.º 1 do artigo 18.º “Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”.

Os procedimentos concursais em análise são anteriores à Diretiva 2014/24/UE e à atual versão do CCP. Contudo, com o argumento supra explanado em mente, devemos avaliar se houve, ou não, algum prejuízo para a concorrência.

Para Pedro Gonçalves⁴¹³, o “(...) princípio da concorrência funciona (...) como critério normativo que, em respeito pelo princípio da igualdade, adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos, que confirmam a todos os operadores interessados iguais condições de acesso (...)”.

Como vimos, a concorrência é essencial para a contratação pública de forma a assegurar a igualdade de tratamento entre os operadores económicos. Salvaguarda-se e protege-se o mercado contra atitudes de favorecimento que se possam revelar: i) na potenciação de compras nacionais/concelhias em detrimento da abertura do mercado; ii) dupla participação de um operador económico no mesmo procedimento concursal; ou iii) no “Fraccionamento Artificial de Contratos” de forma a promover um único adjudicatário.

No caso concreto, não se terá verificado qualquer favorecimento até porque as empreitadas de obras públicas foram adjudicadas a três operadores económicos distintos sendo que não parece ter existido qualquer irregularidade que justificasse a aplicação de “Correções Financeiras”.

Tendo em mente o que supra foi referido quanto ao somatório dos preços base ultrapassar os limiares da União Europeia, às exigências de planeamento, de boa gestão pública e de eficácia e correção na aplicação dos valores provindos do FEDER, sempre se poderia, naquele espaço de 12 meses, ter optado por um único procedimento de concurso público, com publicidade internacional, dividido em 3 (três) lotes.

413 GONÇALVES, Pedro Costa, Direito... Cit., p. 130.

1.2. Erro sob os pressupostos

Num outro caso, em que uma autarquia local – no âmbito do Decreto-Lei 34/2009, de 6 de fevereiro - desencadeou 5 (cinco) procedimentos de ajuste direto para empreitadas de ampliação de centros escolares com o valor conjunto de 5.900.000€, uma das entidades supra referidas aplicou uma correção de 100% nos termos do ponto 2 das Orientações de 2013.

Como vimos, as Orientações 2013, tipificam, pela primeira vez, o “Fraccionamento Artificial de Contratos”, enquanto violação das diretivas da contratação pública definindo-a da seguinte forma: “Um projeto de execução de obras ou relativo à aquisição de uma determinada quantidade de fornecimentos e/ou de serviços é fracionado, deixando dessa forma de estar abrangido pelo âmbito de aplicação das diretivas, isto é, deixando de estar sujeito à obrigação de publicação no JOUE para a totalidade das obras, serviços ou fornecimentos em causa.”.

Considerou a entidade de auditoria que o valor agregado dos procedimentos obrigaria a um concurso público, com publicidade internacional, tendo a autarquia local respondido que (...) os limiares da contratação pública à data, nomeadamente os definidos no artigo 5.º n.º 1, e que à data se entendiam ser de 6.242.000,00€, isto é, o limite que perante o diploma habilitante era permitido adotar o procedimento por ajuste direto, e que, pela diretiva comunitária, só acima do qual era obrigatória a publicação no JOUE (...)”.

A argumentação apresentada pela autarquia local baseou-se numa análise literal do artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 06 de fevereiro que referia: “A escolha do ajuste directo nos termos do n.º 2 do artigo 1.º permite a celebração de contratos de empreitada de obras públicas de valor inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.”.

Efetivamente, o valor constante da primeira versão daquela diretiva era de 6.242.000€. Contudo, à data da abertura dos procedimentos - fevereiro a maio de 2009 - o limiar em vigor, nos termos do Regulamento n.º 1422/2007, de 04 de dezembro, era de 5.150.000€.

Neste caso em concreto, e tal como vimos noutro exemplo, aquando da prática dos factos que se consubstancia na abertura dos procedimentos entre fevereiro de maio de 2009, o tipo legal de “Fraccionamento Artificial de Contratos” ainda não existia pois, nessa data, estavam em vigor as Orientações 2007.

Com a agravante das Orientações 2013, no respeito pelo princípio da proporcionalidade, terem consagrado o tratamento mais favorável do beneficiário nos seguintes termos: “Estas

orientações devem ser aplicadas quando perante correções financeiras relacionadas com irregularidades detectadas depois da data da sua adoção (...) quando o procedimento de contraditório não esteja encerrado na data de adoção destas orientações, a Comissão aplicará as orientações anteriores (...) ou estas assegurando que a taxa de correção financeira é a mais favorável para o Estado Membro”⁴¹⁴.

Mas mesmo que assim não se entendesse, o que só por mera hipótese académica colocamos, teríamos de analisar o tratamento a dar a este caso face à argumentação aduzida pela autarquia local.

Considerando o carácter essencial do elemento Fraude para a concretização do conceito de “Fraccionamento Artificial de Contrato”, as “Correções Financeiras” a serem aplicadas têm de ser enquadradas como sanções administrativas em que o conceito de “Culpa” deve ser verificado. Até porque, não podemos esquecer, que nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea c) do Regulamento 2988/95, de 18 de dezembro a constatação de uma irregularidade intencional ou negligente dá origem a uma sanção administrativa de privação total ou parcial da vantagem concedida.

Para os casos, como o agora analisado, Pedro Matias Pereira defende⁴¹⁵ que existindo um erro sob os pressupostos de facto ou de direito, sempre estaríamos perante uma medida administrativa.

Se o único pressuposto, naquele caso, fosse um erro sob os limiares em vigor à data da abertura do procedimento, poderíamos subscrever essa posição. Contudo, como sempre temos afirmado ao longo da presente dissertação, no caso do “Fraccionamento Artificial dos Contratos”, é necessário olhar para as circunstâncias do caso concreto.

Neste caso, a entidade de auditoria aplicou uma correção de 100% nos termos do citado ponto 2 das Orientações 2013 considerando que, entre outros argumentos, “(...) as operações decorrem em imóveis que distam curtas distâncias entre si (...) ” e que o valor agregado dos procedimentos obrigaria a um concurso público com publicidade internacional.

Não obstante a autarquia local ter alegado que a localização dos imóveis pela sua distância não permitiria a instalação de estaleiro de obra conjunto ou que os projetos de arquitetura são distintos entre si, apresentando conceitos de construção e de tipologias diferentes, possuindo projetistas, também diferentes, e, portanto, métodos de construção específicos, os argumentos não foram suficientes para demover a proposta de correção de 100%

414 Orientações 2013, p. 4.

415 PEREIRA, Pedro Matias, A aplicação de Correções Financeiras por Incumprimento das Regras de Contratação Pública nos Contratos Financiados por Fundos da União Europeia, Liber Amicorum Manuel Simas Santos, Reis dos Livros, 2016, p. 17.

A entidade baseou a sua convicção no facto dos procedimentos terem sido desencadeados num curto espaço de tempo – entre abril e maio do mesmo ano – na utilização dos mesmos CPV's e no facto do valor agregado ser superior aos limiares em vigor à data dos factos.

Considerando o que temos vindo a defender e tendo a entidade recolhidos indícios da prática de “Fraccionamento Artificial de Contratos” então não deveria ter enquadrado esta irregularidade com uma medida administrativa, mas sim como uma sanção administrativa e, dessa forma, garantir à autarquia local todos os direitos de defesa inerentes.

2. Caso – Empreitada de Edifícios Culturais e Artísticos

Num caso similar, uma autarquia local adjudicou duas empreitadas – com diferença de três meses entre as datas de abertura dos procedimentos respetivos - por via de concurso público com publicidade nacional – cujos preços base eram de 2.500.000€ e 2.900.000€ respetivamente - com base no mesmo CPV – 45212300/9 - Construção de edifícios para usos culturais e artísticos - e cujo somatório dos preços base era superior aos limiares da União Europeia em vigor na altura.

No relatório preliminar a entidade de auditoria propôs a aplicação de uma taxa de correção de 25% com base no ponto 2 das Orientações 2013 recorrendo ao conceito de “Fraccionamento Artificial de Contrato”.

A autarquia local veio referir, em sede de contraditório, que deveria ser utilizado o conceito de “Obra” proposto pelas diretivas de forma a perceber se estamos perante um conjunto de trabalhos com uma mesma função económica e técnica.

Referiu ainda que embora as empreitadas de obras públicas tenham ocorrido num mesmo espaço físico – antigas instalações fabris e industriais – não tinham a mesma função económica e técnica pois: i) não são referentes ao mesmo imóvel, ambos são autónomos, física e juridicamente, com artigos matriciais na Autoridade Tributária e descrição na Conservatória do Registo Predial distintos, com certificação energética pela ADENE - Agência para a Energia e vistoria da Autoridade Nacional de Proteção Civil com requisitos distintos entre si; ii) com planos de investimento e de financiamento FEDER específicos; iii) com objetivos de gestão e exploração díspares; e iv) destinados a públicos diversos.

A entidade de auditoria aceitou os argumentos apresentados e não considerou que estivéssemos perante a mesma função técnica ou económica.

Corroboramos esse entendimento até porque os Avisos de Abertura de Concurso, aos quais foram apresentadas as candidaturas, tinham exigências e motivações diferentes. Contudo, e ao contrário do exemplo que antecedeu, estamos céticos quanto ao respeito pelos princípios da igualdade e da concorrência.

O valor agregado dos procedimentos exigia um concurso público, com publicidade internacional, podendo, caso assim fosse intenção, ser o mesmo dividido em lotes.

Desconhecemos se, nos termos do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, “(...) a concorrência foi artificialmente reduzida (...) no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”. Todavia, não podemos desconhecer que o resultado final, em ambos os procedimentos, foi a contratação do mesmo operador económico.

Se temos defendido que a concorrência é essencial de forma a assegurar a igualdade de tratamento entre os operadores económicos, aqui também temos de defender a proteção do mercado contra atitudes que o queiram restringir. Até porque, como refere o TJUE ⁴¹⁶ a “(...) prova de uma violação do direito da concorrência da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios (...)”.

3. Caso - Empreitadas com Fins Diversos

Uma entidade verificou, em sede de auditoria, que um conjunto de empreitadas de obras públicas com objetos contratuais diversos como: i) requalificação viária; ii) passadiços; iii) estacionamento; entre outros, estavam adstritas a uma determinada faixa do território de uma autarquia local. Por esse motivo, aquela entidade, sem imputar a existência de “Fracionamento Artificial de Contratos”, questionou a autarquia local sob a necessidade de desencadear procedimentos de concurso público e procedimentos de ajustes direto distintos.

De acordo com a sua análise, expressa em relatório preliminar, teria sido mais adequado efetuar um único concurso público, dada a semelhança das obras empreendidas e a proximidade física dos diferentes locais de construção. O contrato relativo a um único concurso público ascenderia a cerca de 8 000 000 euros, o que teria obrigado a uma publicação à escala da União Europeia.

A autarquia local defendeu, em alegações, que a análise efetuada não tinha em linha de conta a existência não de 1 (um) grupo de empreitadas de obras públicas mas de 4 (quatro)

416 Acórdão Eturas, de 21 de janeiro de 2016 – Processo C – 74/14.

grandes grupos que poderiam ser divididos em: parque de estacionamento, passadiços, requalificação paisagística e outras empreitadas de obras públicas.

Para esse efeito, e não obstante reconhecerem que a execução das mesmas decorriam dentro da mesma parcela de território gerida por si, socorreram-se dos CPV's, da diferente técnica e materiais utilizados para justificar a diferença dos objetos contratuais e que cada um dos grupos de empreitadas de obras públicas não ultrapassava os limiares da União Europeia à data, pelo que sempre teria sido adequada a utilização de diversos concursos públicos.

A argumentação expendida pela autarquia local teve acolhimento e não foi aplicada qualquer correção. Repare-se que esta atitude, por parte da entidade de auditoria, traduz o entendimento de que devemos analisar o fator despesa mas é crucial perceber qual é o objeto contratual.

Se, nos termos do artigo 17.º do CCP, "(...) o valor do contrato é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto" é necessário perceber se todas essas prestações fazem parte da mesma Unidade da Despesa

Pelo que é sempre necessário avaliar o "Objeto Contratual" para perceber se estamos, ou não, perante um Fracionamento Artificial de Contratos até porque, e retornando ao já citado Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul⁴¹⁷ só quando concluirmos que "(...) o objecto contratual em causa pode ser adjudicado no âmbito de um único procedimento contratual (...) " é que faz sentido falarmos em irregularidades.

Neste aspecto a entidade de auditoria deveria ter iniciado a sua análise com as orientações do Tribunal de Contas Europeu que, como vimos, obriga a questionar "(...) se há alguma evidência da empreitada ter sido subdividida para ficar abaixo do valor da autorização da despesa e do procedimento.". Só se os indícios forem objetivos e concordantes, nos termos da jurisprudência do TFUE, é que podemos concluir pela existência da irregularidade.

4. Caso - Empreitadas de Requalificação de Rede Viária

Uma outra verificação teve como alvo um conjunto de mais de vinte contratos de empreitadas para requalificação da rede viária, tendo a entidade concluído que estavam perante:

417 Proferido no processo n.º 6341/10, de 11 de julho de 2013.

i) prestações do mesmo tipo com funções técnicas idênticas; ii) localizadas em áreas geográficas distintas (freguesias) conexas entre si e dentro do território da autarquia local; e iii) desencadeados ao longo de um período inferior a 12 meses.

Concluiu a entidade de auditoria que não deveriam ter sido desencadeados procedimentos de ajuste direto mas um concurso público dividido por lotes, tendo em conta o valor agregado dos mesmos, uma vez que o preço base presumível se situaria no intervalo de valor entre os limiares nacionais e os da União Europeia.

Para esse efeito, e na ausência de um tipo legal de “Fraccionamento Artificial de Contratos”, a entidade propôs a aplicação de uma correção de 25%, nos termos do ponto 21 das Orientações de 2007 por incumprimento de um grau adequado de publicidade e de transparência.

A autarquia local alegou que i) os locais onde as empreitadas de obras públicas foram executadas eram próximos e não contíguos; ii) o intervalo temporal deveu-se a exigências de gestão e de concurso ao FEDER; e, acrescentou que, iii) não existiu intuito deliberado de escapar ao regime jurídico.

Esses argumentos não foram de índole a alterar o posicionamento da entidade de auditoria que, no seu relatório final, manteve a proposta pois, sem analisar ou considerar o argumento relativo ao intuito fraudulento da autarquia local, considerou que as empreitadas de obras públicas foram desencadeadas pela mesma entidade administrativa⁴¹⁸, num período de 12 meses, tinham similitude técnica e estavam circunscritas a uma extensão de 27km².

Acresce ainda que essa entidade de auditoria não analisou, nem sequer referiu no seu relatório final, a alegação de inexistência de fraude por parte da autarquia local.

Para a entidade, o critério da unicidade do território foi um indício a partir do qual, e com a análise dos procedimentos desencadeados, levou a vislumbrar conexões de ordem técnica entre as empreitadas de obras públicas, identidade de adjudicatários em alguns procedimentos, proximidade das datas de abertura dos procedimentos – em alguns casos inferiores a 3 meses – sempre dentro do mesmo território e desencadeado por uma mesma entidade adjudicante.

No caso concreto da proximidade geográfica, a autarquia local alegou, em sede de contestação ao relatório preliminar, que a localização das intervenções não permitiria a instalação de um estaleiro de obra conjunto de forma a cumprir com o Decreto-Lei n.º 155/95, de 1 de julho, com as alterações propostas pelo Decreto-Lei n.º 273/2003, de 29 de outubro, e que estabelece

418 Por limitação de tempo e espaço não iremos aprofundar a relevância do fator organizatório para o tema do “Fraccionamento Artificial de Contratos”. Com interesse para a Administração Pública Central poderá ser consultado RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação..., Cit., p. 747.

as regras gerais de planeamento, organização e coordenação para promover a segurança, higiene e saúde no trabalho em estaleiros da construção.

A entidade de auditoria parece ter seguido o sentido da jurisprudência do TJUE que tem referido que mesmo que os contratos públicos possam abranger populações diferentes em locais diferentes isso “(...) não elimina a possibilidade de serem considerados uma mesma obra. É o que acontece quando essas operações são efetuadas na mesma zona geográfica (...)”⁴¹⁹.

Temos de referir, e por remissão para o caso concreto, que a delimitação de uma zona geográfica de níveis inferiores a NUT III – neste caso freguesia - está prevista no Regulamento (CE) n.º 1059/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, relativo à instituição de uma Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas (NUTS).

A questão que se pode colocar, considerando a descrição constante do n.º 1 do artigo 3.º deste regulamento, é que a definição de Unidade Administrativa é de “(...) zona geográfica à qual corresponde uma administração competente para tomar decisões administrativas ou políticas relativas a essa zona, no âmbito do quadro jurídico e institucional do Estado-Membro.”.

Ou seja, considerando que estas intervenções foram desencadeadas pelo Município, enquanto entidade “(...) competente para tomar decisões administrativas ou políticas relativas a essa zona (...)” cai por terra, pelo menos para a entidade, o argumento apresentado pela autarquia local que as intervenções tiveram como palco freguesias distintas e contíguas.

Essa autarquia local alegou que as intervenções foram efetuadas sempre em locais distintos, com objetivos distintos, planos de investimento e orçamentos distintos e programados de forma diferenciada.

Recordando o que acima se disse sob a necessidade de verificar os circunstancialismos do caso concreto, não podemos esquecer que as intervenções em redes viárias colocam diversos problemas de ordem operacional que têm de ser devidamente avaliados. Essa avaliação, como também foi defendido ao longo desta dissertação, devia ter sido devidamente fundamentada e avaliada em sede de planeamento prévio no qual se identificam as intervenções, os seus objetivos, os planos de investimento, os orçamentos previstos e os possíveis constrangimentos que possam surgir.

Como argumentos adicionais, nesse momento de planeamento prévio, poderia ter sido defendido que a junção dos diversos objetos contratuais, num único mega procedimento de

419 Acórdão Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10 e que cita as conclusões do Advogado Geral F.G. Jacobs no Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

concurso público, poderia ter repercussões ao nível da concorrência e, sobretudo, colocado em causa a capacidade financeira da autarquia.

Mesmo que a entidade de auditoria argumentasse com a necessidade de um concurso público dividido por lotes, a autarquia sempre poderia ter defendido, com base num planeamento prévio, que o valor agregado dos preços bases dos lotes poderia impedir ou provocar sérios constrangimentos quanto à capacidade financeira para concretizar as empreitadas de obras públicas. Este argumento, como vimos, tem a sua influência diminuída quando, pelo menos entre 2017 e 2018, existiram orientações para acelerar a execução do QCA 2020 em detrimento das obrigações constantes da LCPA.

Acresce ainda, e apenas ao nível de uma breve referência, que o argumento da autarquia local que a proximidade temporal da abertura dos procedimentos estava relacionada com a necessidade de concorrer ao FEDER, não é aceite por inúmeras decisões dos tribunais nacionais que, em diversas sedes e pelos mais diversos motivos, têm recusado o argumento da necessidade de apresentação de candidaturas⁴²⁰ a financiamento da União Europeia.

A intervenção ou requalificação da rede viária tem suscitado muitas questões às autarquias locais e tem levado ao aparecimento de diversos procedimentos de concurso público, com publicidade nacional, para a concretização de Acordos Quadro com aquele fim ⁴²¹.

A opção de um município por esta via tem suscitado diversas questões especialmente quando perante procedimentos em que os cadernos de encargos ou os programas de concurso não determinam as quantidades exigíveis ou a rede viária que possa vir a ser intervencionadas. Até porque, e para salvaguarda do princípio da igualdade, deveriam ser apresentados os limites mínimos ou máximos de quantidades, ou a identificação de rede viária que pudesse vir a ser intervencionada, seja de forma direta ou por remissão para o plano plurianual de investimentos, nos termos do n.º 3 do artigo 42.º do CCP.

Para que um operador económico apresente uma proposta tem de saber, pelo menos de forma balizada, quais as quantidades – mínimas ou máximas - que tenha de dispor, quais as vias

420 Veja-se, como mero exemplo, o recente Acórdão do Tribunal de Contas n.º 04/2018, de 20 de março, proferido no âmbito dos processos n.º 3504/2017 e 3850/2017 sob o recurso a um concurso público urgente com base na falta de disponibilidade financeira e na necessidade de recorrer a um financiamento da União Europeia.

421 A título meramente de exemplo, e apenas na Região Norte, podemos elencar os seguintes: i) anúncio de concurso público para a celebração de Acordo Quadro para execução de obras na via pública no âmbito do projeto Stop Buracos, do município de Valongo, n.º 6160/2018, publicado na II série do Diário da República, de 30 de julho de 2018; ii) anúncio de concurso público para a celebração de Acordo Quadro para a execução de obras na via pública, no município de Braga, n.º 9550/2017, publicado na II série do Diário da República, de 21 de novembro de 2017; iii) anúncio de concurso público para a celebração de Acordo Quadro singular para a realização de obras na via pública, no município de Vila Nova de Gaia, n.º 4009/2016, publicado na II série do Diário da República de 01 de julho de 2016; ou iv) concurso público por prévia qualificação para a celebração de Acordo Quadro para a execução de obras na via pública no município do Porto, em vigor entre 2014 e 2018.

onde vá intervir ou de outros elementos que os ajudem nos seus cálculos financeiros de forma a apresentar a melhor proposta.

Até porque, e ao contrário do que possa parecer, nestes Acordos Quadro estamos perante empreitadas de obras públicas e não de um simples fornecimento de bens ou de serviços.

Os já citados artigos 1.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva 2004/18/CE e 1.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24/UE referem “Obra” como o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinados a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica” estando previsto, no regulamento relativo aos CPV’s, numeração específica para obras e trabalhos relativos às mesmas.

É este o entendimento absorvido pelo artigo 343.º do CCP quando define empreitada de obras públicas como “(...) contrato oneroso que tenha por objeto quer a execução quer, conjuntamente, a conceção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na atividade de construção.” considerando-se “ (...) obra pública o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público.”.

Por esse motivo, é que o artigo 43.º, n.º 1, do CCP exige que o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitadas de obras públicas inclua um projeto de execução.

É necessário ter em atenção que a preparação de uma candidatura, especialmente por operadores económicos de dimensão mais reduzida, leva tempo, obriga a afetação de recursos humanos e financeiros que se podem demonstrar infrutíferos ou com uma chance mínima de sucesso, se não tiver sido disponibilizada informação relevante.

Acresce a potencialidade de dissuasão para a apresentação de propostas por parte desses operadores económicos, cuja constatação é repudiada, pela Soft Law, com base no princípio da igualdade e da concorrência, quando refere que se o “(...) incumprimento em causa tiver um efeito dissuasor para os proponentes potenciais (...) trata-se de um forte indicador de que a irregularidade é grave.”⁴²².

A não apresentação destes dados, nem que fosse a título de previsão, poderá ter o mesmo efeito que teve, por exemplo, a fixação de prazos de 24h para apresentação de propostas em

422 Orientações 2013.

procedimentos urgentes que, como refere o Tribunal de Contas, seriam “ (...) suscetíveis de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, configurando-se a possibilidade de ter afastado do procedimento adjudicatório potenciais interessados em contratar e impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário.”⁴²³.

Concordamos com a avaliação de facto que foi feita pela entidade de auditoria neste procedimento mas temos reservas quanto à falta de avaliação do elemento Fraude.

Repare-se que esta correção parece ter sido enquadrada como uma medida administrativa em que a aplicação da lei no tempo foi feita de acordo com o princípio *tempus regit actum* no sentido de que “(...) os actos administrativos se regem pelas normas em vigor no momento em que são praticados, independentemente da natureza das situações a que se reportam e das circunstâncias que precederam a respectiva adopção”.⁴²⁴.

O resultado seria completamente diferente se ela tivesse sido enquadrada como uma sanção administrativa uma vez que o artigo 2.º, n.º 2 do Regulamento 2988/95, refere que “Não pode ser aplicada qualquer Sanção Administrativa que não tenha sido prevista num ato comunitário anterior à irregularidade”.

Não estava tipificado o conceito de “Fraccionamento Artificial de Contrato” nas Orientações 2007 pelo que não podia essa entidade ficcionar o mesmo ou aplicar por analogia o ponto 21 utilizando para esse efeito o enquadramento da correção como uma mera medida administrativa em violação do princípio da igualdade.

Ao contrário do que ocorre com as Orientações 2013 que referem “Na secção 2, descrevem-se os tipos de irregularidades mais frequentes. As outras irregularidades não indicadas nessa secção devem ser tratadas (...) por analogia com os tipos de irregularidades identificados nas presentes orientações” as Orientações 2007 nunca previram tal mecanismo.

Uma das manifestações do “Fraccionamento Artificial de Contratos”, poderá ser a falta de um grau adequado de publicidade mas, como vimos, não é o fator decisivo, nem sequer o único fator necessário para determinar a aplicação de “Correções Financeiras”.

O “Fraccionamento Artificial de Contratos” necessita de uma definição que articule diversos conceitos, entre outros, o elemento subjetivo da fraude que tem de ser devidamente avaliado pela entidade.

423 Decisão do Tribunal de Contas n.º 10/2016, proferida no âmbito do processo n.º 50/2016.

424 ALMEIDA, Mario Aroso de, Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes, Almedina, 2002, p. 706.

Se é certo que nem toda a jurisprudência do TJUE dispensa a aferição deste elemento, parece que, como vimos, o Regulamento 2988/95, obriga a que o mesmo seja devidamente avaliado para aplicar “Correções Financeiras”.

Pelo que deveria a entidade ter avaliado se, efetivamente, existiam indícios da existência desse elemento e, posteriormente, determinar qual o caminho a seguir. Contudo, neste caso em concreto – tal como em outros casos analisados – esta avaliação não se coaduna com a forma de funcionamento das instituições europeias⁴²⁵ e torna a recuperação financeira muito lenta ou, porventura, ineficaz.

Contudo, a ineficiência dos sistemas existentes não pode colocar em causa as garantias processuais das autarquias locais quando confrontadas com “Correções Financeiras” no âmbito de um contrato público financiado pelo FEDER.

5. Caso – Prestações de Serviço

Com base no tipo previsto no ponto 2 de “Fraccionamento Artificial de Contratos” das Orientações 2013, uma entidade de auditoria analisou dois procedimentos autónomos, um concurso limitado para elaboração de um projeto de arquitetura e arranjos exteriores e um concurso público para a elaboração do projeto de execução.

Em sede de relatório preliminar, considerou que o conjunto dos trabalhos apresentam funções técnicas idênticas, na medida em que respeitam ambos à prestação de serviços para elaboração de projetos, são semelhantes no plano económico, são tratados de forma idêntica e as aberturas dos procedimentos estão muito próximas temporalmente.

A autarquia local não colocou em crise os argumentos despendidos relativamente a idêntica função económica e técnica dos mesmos mas optou por alegar, na sua contestação que esta situação ocorreu em virtude de existir urgência em cumprir com os requisitos de admissão propostos no âmbito de um aviso de abertura de concurso FEDER.

Segundo a autarquia local era impossível dar resposta com os recursos humanos internos e que como a existência de um projeto de execução não era condição de admissibilidade imediata optaram por protelar no tempo a abertura do segundo procedimento que só seria desencadeado se existisse financiamento.

425 GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 211 e seguintes e Some Reflections ... p. 11

A pedra de toque da defesa desta autarquia local foi de que não existiu intenção de subtrair os procedimentos ao regime previsto para a contratação pública alegando: i) que os factos que motivaram a divisão dos contratos estão devidamente plasmados nos documentos de abertura dos procedimentos; ii) de que se fosse aberto um único procedimento para a elaboração de todos os projetos não teria sido possível a apresentação da candidatura; e iii) assim se evitou desperdício de recursos financeiros FEDER.

A entidade de auditoria aceitou a argumentação apresentada e, embora não se tenha pronunciado diretamente sob a concretização deste elemento subjetivo, não aplicou qualquer correção pois considerou que não foram recolhidos indícios da existência de intenção de subtrair às regras da contratação pública aqueles procedimentos.

Como vimos, o entendimento previsto no artigo 1.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24/UE, de que “Obra” é o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinados a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica, foi aplicado, pelo TJUE, às prestações de serviço⁴²⁶.

Recordando o que acima foi referido sob esta matéria, e citando João Amaral e Almeida⁴²⁷ “(...) a obrigação de recurso ao somatório do preço de todos os contratos para a escolha do tipo de procedimento pré-contratual a adotar é, pelo contrário, aplicável aos casos em que as prestações objeto dos diversos lotes são conexas e dirigidas ao mesmo segmento de mercado, provocando um potencial interesse em contratar no mesmo conjunto de operadores económicos”, e refere ainda que, nesse caso, as prestações contratuais são “(...) suscetíveis de constituírem objecto de um único contrato” não porque, em abstrato, fosse juridicamente possível que integrassem um contrato único (juridicamente sempre o seriam!), mas antes porque existe uma susceptibilidade funcional ou económica de reunir todas as prestações no mesmo contrato, sem que isso impeça ou dificulte a identificação de operadores económicos aptos a executar todas as prestações contratuais”.

Este foi o entendimento de uma entidade de auditoria que, num caso de “Fracionamento Artificial de Contratos” que envolvia cinco contratos públicos adjudicados, ao mesmo operador económico, por um organismo de direito público, referiu que “(...) todos os contratos foram antecedidos de procedimentos adotados (...) por ajuste direto”, as prestações “(...) contratuais são do mesmo tipo, i.e. reportam-se a serviços (...) tendo como objeto comum a sua conservação e

426 Acórdão Comissão Europeia/ República Federal da Alemanha, de 15 de março de 2012 - C-574/10

427 ALMEIDA, João Amaral e Pedro Fernández Sánchez, A divisão em lotes e o princípio da adequação na escolha do procedimento pré-contratual, temas de contratação pública, vol. I, Coimbra Editora, págs. 325 e seguintes.

restauro, ainda que em diversas vertentes (...)” sendo que “(...) atendendo a sua natureza, tais prestações suscitam interesse do mesmo segmento de mercado (...) tal como é atestado pelo fato de em todo os procedimentos terem sido consultadas às mesmas empresas (as quis se inserem nessa área de negócio)” e aplicou uma correção de 25% nos termos do ponto 2 das Orientações 2013.

Convém referir que no caso que agora analisamos e que envolve dois projetos de arquitetura, ambos tinham: i) o mesmo objeto mediato – um determinado imóvel; ii) o mesmo CPV; iii) datas de tramitação aproximadas; e iv) procedimentos sem concorrência.

Estes indícios, de acordo com o TJUE⁴²⁸, podem ser utilizados como prova uma vez que aquela jurisprudência tem defendido que a “(...) a prova de uma violação do direito da concorrência da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que sejam objetivos e concordantes” dispensando-se, inclusivamente, a prova do elemento subjetivo.

Para obviar a possibilidade de aplicação de “Correções Financeiras”, a entidade beneficiária deveria ter identificado e avaliado as suas necessidades, ponderado as opções existentes, a capacidade financeira e a exequibilidade das mesmas face à possibilidade de financiamento FEDER. No final dessa fase de planeamento teriam recolhidos elementos que permitam quantificar, elaborar e aprovar um caderno de encargos e procedimento de concurso, especificar quais os elementos essenciais e acessórios, do objeto do contrato, qual a estimativa, realista, dos benefícios económicos a serem auferidos pela entidade beneficiária e avaliar possíveis propostas.

A autarquia local, em abono da sua defesa, poderia ter alegado a existência de um interesse económico muito reduzido⁴²⁹ uma vez que os valores em causa poderiam não suscitar interesse por parte de operadores económicos de outros Estados membros.

Recordamos que a jurisprudência nacional⁴³⁰, na senda do que são as orientações da Comunicação 2006, tem vindo a referir que nos casos em que as diretivas não se apliquem, devem ser seguidos os princípios gerais mas apenas quando os contratos revistam um “Interesse Transfronteiriço”.

428 Acórdão Eturas, de 21 de janeiro de 2016 – Processo C – 74/14.

429 Acórdão Coname, de 21 de julho de 2005 – Processo n.º C-231/03

430 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo 1472/14, de 20 de outubro de 2016 e, em igual sentido, Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/11, de 12 de julho de 2011.

Para tal, e de acordo com os já citados acórdãos *Oftalma Hospital Srl* e *Tecnoedi Construzioni Srl contra Comune di Fossano* a aferição deste conceito tem de ser deduzida de determinados elementos concretos, objetivos e concordantes. Seria necessário analisar os objetos dos contratos, o seu valor, as particularidades do sector, a localização geográfica da execução dos contratos e, inclusivamente, apurar da existência de propostas, denúncias ou processos judiciais por parte de operadores económicos de outros Estados membros.

Se tivermos chegado à conclusão que existe um “Interesse Transfronteiriço” então é que poderíamos colocar a hipótese de se verificar uma situação de incumprimento.

Conclusões

- 1.** A matéria da contratação pública assume um papel crescente em vários domínios, que não apenas o jurídico, e reflete a importância da intervenção da União Europeia na atividade económica.
- 2.** Os contratos públicos são uma área fundamental do mercado interno, em particular, pela sua importância económica.,
- 3.** Para o funcionamento do mercado interno, é imprescindível que a contratação pública esteja exposta ao máximo de concorrência no espaço da União Europeia. Trará vantagens para os contribuintes, melhora a qualidade dos serviços públicos que se pretenda prestar e permite uma cada vez mais adequada e eficaz afetação dos recursos financeiros da União Europeia.
- 4.** Os princípios gerais da União Europeia e do direito nacional são aplicáveis em todas as fases dos procedimentos pré-contratuais bem como na execução dos contratos celebrados pelas autarquias locais.
- 5.** O Princípio da Igualdade assume uma particular relevância enquanto charneira para todo o enquadramento jurídico, da União Europeia e nacional, da contratação pública, sendo que os princípios mais relevantes para o nosso tema são suas emanações: o Princípio da Concorrência e o Princípio da Proporcionalidade.
- 6.** Os regulamentos, diretivas e *Soft Law*, emanados pelas Instituições da União Europeia, são muito relevantes no âmbito dos contratos públicos das autarquias locais financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional.
- 7.** O enquadramento jurídico da contratação pública, ao nível do direito nacional, está amplamente positivado e regulamentado pelo Código dos Contratos Públicos.
- 8.** Um contrato público financiado pelo Fundo Europeu do Desenvolvimento Regional pretende contribuir para a estratégia da União Europeia em promover um crescimento sustentável, exigindo que as autarquias locais adotem condutas de maior rigor, eficiência e eficácia.
- 9.** As autarquias locais estão sujeitas, na sua plenitude, a todas as dimensões normativas do Código dos Contratos Públicos, pelo que pretendem contratar uma prestação que esteja submetida à concorrência de mercado devem recorrer a um dos diversos procedimentos pré-contratuais nele elencados.

- 10.**A presente dissertação pretende, de forma não exaustiva, analisar algumas questões que devem ser acauteladas pelas autarquias locais quando perante várias intenções de aquisição de prestações suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato.
- 11.**No momento da abertura do procedimento, devem ser percecionadas quais as opções existentes para, de forma a evitar o “Fracionamento Artificial do Contrato”, determinar quais as prestações suscetíveis de constituir um único contrato e as que podem ser adjudicadas separadamente sem ferir o Princípio da Concorrência.
- 12.**O recurso à “Divisão em Lotes”, além das vantagens técnicas, económicas, financeiras, geográficas, temporais que possam advir, pode ampliar o campo da concorrência e provocar o mercado para que este apresente as melhores propostas.
- 13.**O legislador nacional, por influência das diretivas e aquando da revisão do Código dos Contratos Públicos, seguiu esse caminho com a alteração da epígrafe do artigo 22.º para “Contratação de prestações do mesmo tipo em diferentes procedimentos” e com a introdução do artigo 46.º - A, cuja epígrafe é “Divisão em Lotes”.
- 14.**A “Divisão em Lotes” não deve ser confundida com o “Fracionamento Artificial dos Contratos” pois aquela permite obviar a algumas situações em que possa existir a intenção de subtrair um determinado contrato a um procedimento pré-contratual mais exigente na protecção da concorrência.
- 15.**No âmbito da protecção dos interesses financeiros da União Europeia, decorre uma responsabilidade primária dos programas operacionais que atribuem o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional pela prevenção, deteção e correção de irregularidades na contratação pública.
- 16.**Para além desse controlo, são feitas auditorias externas por parte de diversas entidades com a finalidade de avaliar se os contratos públicos financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional respeitam, ou não, o enquadramento jurídico da contratação pública.
- 17.**Os resultados dessas auditorias são importantes para as autarquias locais, caso pretendam evitar cortes no financiamento atribuído pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional.
- 18.**Para as autarquias locais, um dos apoios financeiros mais importante que podem almejar a nível europeu advém precisamente do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional que, nos termos do artigo 176.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia,

estabelece a promoção da redução das disparidades entre os níveis de desenvolvimento das várias regiões.

- 19.** De acordo com os dados provenientes do Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses, desde 2013, que as transferências provenientes do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional para as autarquias locais têm tido diversas variações, mas mantêm-se como uma importante fonte de receita derivada.
- 20.** O “Fraccionamento Artificial dos Contratos” é a suscetibilidade dos objetos de vários contratos celebrados poderem constituir objeto de um único contrato, o que implica uma análise global de toda a factualidade, com a avaliação de diversos elementos - técnicos e económicos, geográficos, temporais e subjetivos.
- 21.** Quanto aos elementos técnicos e económicos, refere a jurisprudência comunitária que, para que o resultado de diversas obras ou serviços possam ser considerados como apenas uma ou um, basta que tenham a mesma função, sendo estes critérios alternativos e não cumulativos.
- 22.** Quanto ao elemento geográfico, o critério da unicidade do território é um indício para que, analisando-se os procedimentos desencadeados, possam ser reveladas conexões de ordem técnica entre as empreitadas de obras públicas, identidade de adjudicatários e proximidade das datas de abertura dos procedimentos por uma mesma autarquia local.
- 23.** Quanto ao elemento temporal, parece que o período de referência será de 12 meses, uma vez que são balizas constantes dos documentos de programação de receita e despesa e, de alguma forma, derivam do Código dos Contratos Públicos.
- 24.** O elemento subjetivo é o mais complexo, pois define a intencionalidade da autarquia local e as entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia, da contratação pública afastam a necessidade da sua comprovação.
- 25.** Devem estar patentes, na decisão de abertura do procedimento, as razões objetivas, legítimas e proporcionais, sobre as quais a autarquia local baseou a sua decisão de fracionamento, avaliadas com base num critério de *bónus pater familiae*.
- 26.** É necessário ressaltar que: i) nem toda a jurisprudência comunitária é unanime quanto ao afastamento do elemento subjetivo da equação; ii) os instrumentos previstos não definem, com clareza, qual a verdadeira natureza das “Correções financeiras”; iii) o Regulamento 2988/95, de 18 de dezembro, obriga a que este elemento subjetivo seja

devidamente avaliado; e iv) a análise deste conceito é vital para perceber se a autarquia local pode, ou não, reutilizar o valor corrigido.

27. Ao enquadrar as “Correções Financeiras” aplicadas em virtude de “Fracionamento Artificial de Contratos” como uma sanção administrativa, estamos a acautelar as garantias fundamentais das autarquias locais.

28. As entidades administrativas, perante essa possibilidade, devem aferir da existência, ou não, de “Culpa” para definir qual o regime que pretendem imputar às “Correções Financeiras” e, de acordo com a mesma, aplicar o regime mais adequado à defesa dos melhores interesses das autarquias locais.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Teresa, Critérios de Adjudicação – O (Novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa, in Revista de Contratos Públicos n.º 13 (Coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, 2016.

ALMEIDA, João Amaral e,

- As Medidas Excepcionais de Contratação Pública Para os Anos de 2009 e 2010, Coimbra Editora, 2009.

- Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos, Cadernos Sérvulo, 2016.

AMARAL, Diogo Freitas, Curso de Direito Administrativo, Volume I, Reimpressão da 4.ª Edição de 2015, Almedina, 2018.

ARROWSMITH, Sue,

- Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions, Cambridge University Press, 2009.

- EU Public Procurement Law, An Introduction, EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010.

AYMERICH CANO, Carlos, Normativa comunitária sobre coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos de subministração e obras, in Xornadas de Estudio sobre a Contratación Pública no Dereito Comunitario, Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, Junho de 1999.

AZEVEDO, Bernardo,

- Contratação Pública e Financiamento Comunitário, Volume I, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

- Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos, in AA.VV. (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume II, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009

- Organismo de Direito Público — Uma categoria jurídica autónoma de Direito Comunitário intencionalmente aberta e flexível, in AA.VV. (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume III, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010

BONI, Ana e CHORAZY, Pawel, Report on Goldplating HLG on Simplification of ESIF, High Level Group, European Commission, 2016.

BROWN, Adrian, Getting to Grips with Aggregation under the EC Public Procurement Rules, Public Procurement Law Review, 1993.

BRITO, Miguel Nogueira de,

- Ajuste Directo, (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume II, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

- Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concursais, Instituto de Ciências Jurídico Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011

CABRAL, Margarida Olazabal, O Concurso Público nos Contratos Administrativos, Almedina, 1997.

CAMPOS, João Mota de,

- Direito Comunitário – O Ordenamento Jurídico, II Volume, 4.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994;

- Manual de Direito Comunitário - O sistema institucional - A ordem jurídica - O ordenamento económico da União Europeia, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, João Baptista, Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses, Ordem dos Contabilistas Certificados, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa, Anotada, Coimbra Editora, 2014.

COELHO, David, A Divisão de Contratos em Lotes na Diretiva 2014/24/UE in Revista de Contratos Públicos n.º 13 (Coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, 2016.

COIMBRA, José Duarte, A adjudicação por lotes no CCP revisto, Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª Edição, 2018.

CORREIA, José Manuel Sérvulo,

- Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Almedina, 1987.

- Direito Constitucional das Coletividades Territoriais em Portugal, Questões Atuais de Direito Local, Associação de Estudos de Direito Regional e Local, n.º 11, Julho/Setembro, 2016.

DOHERTY, Gerard, Management Verifications in Structural Funds 2014-2020, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2014.

ESTRONINHO, Maria João, Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação sustentável, Almedina, 2012.

EUROPEAN, Commission,

- Public Procurement in the European Union. Guide to the Common Procurement Vocabulary (CPV), 2008;

- European Code of Best Practices Facilitating Access by SME's to Public Procurement Contracts, SEC (2008) 2193, 26 de junho 2008.

- Europe 2020 - A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, COM (2010), 3 de março de 2010;

- Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, SEC (2011) 853, 2011;

- Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market, COM (2011), 2011;

- North - ERDF/ESF Programme Description, 2014PT16M2OP001, 2014;

- Guidance Management Verifications, EGESIF 14_0012_02, 2015;

- Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, 2016;

- Recommendation on the professionalisation of public procurement - Building an architecture for the professionalisation of public procurement, 2017/1805, 3 of October 2017.

- Recommendation to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Making Public Procurement work in and for Europe, 2017/572, 3 of October 2017.

- Guidance for practitioners on the avoidance of the most common errors in public procurement of projects funded by the European Structural and Investment Funds, 2018.

GIVORD, Laurent, L'allotissement et les nouvelles directives européennes, Contrats Publics, n. ° 155, 2015

GOMES, Carla Amado, Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª Edição, 2018.

GOMES, Pedro Cerqueira,

- O Contencioso Pré Contratual Público Português – Proposta de Revisão à luz do Direito da União Europeia, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, Vol. I – Janeiro/Março, 2014.

- Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/EU – Objetivos sociais e ambientais, in Revista de Contratos Públicos n.º 11 (Coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, 2016.

GONÇALVES, Pedro Costa,

- Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local, Almedina, 2012.
- A regulação do mercado da contratação pública, Revista dos Contratos Públicos, Belo Horizonte, n.º 3, 2013.
- Direito dos Contratos Públicos, Volume I, Almedina, 2.ª Edição, 2018.
- Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da “New Public Governance”, Almedina, 2018.

GRAELLS, Albert Sánchez,

- Public Procurement Rules and the EU Competition Rules, 2.ª Edição, Hart Publishing, 2015;
- Some reflections on the artificial narrowing of competition as a check on executive discretions in public procurement, 2018.

LUIS de SOUSA, António Tavares, Qualidade da governação local em Portugal, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2018.

MEILAN GIL, José Luís, Categorías Jurídicas en el Derecho Administrativo, Escuela Gallega de Administración Pública /IUSTEL, 2011.

MESQUITA, Maria José Rangel de, O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias Sobre os Estados Membros, Tese de Doutoramento, Almedina, 2006.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, Princípios da Contratação Pública, in Revista de Contratos Públicos n.º 11 (Coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, 2016.

OLIVEIRA, António Cândido de, Direito das Autarquias Locais, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2013.

OLIVEIRA, Mário Esteves de,

- Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa – das Fontes às Garantias, Almedina 1998.
- Agrupamento de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública, (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume I, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, Os princípios gerais da contratação pública, in AA.VV. (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume II, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, Pedro Matias,

- O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português, *Revista dos Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n.º 5, 2014.

- A Promoção das PME na contratação públicas – as novas diretivas, *Boletim de Ciências Económicas*, lviii, Coimbra, 2015.

- A aplicação de Correções Financeiras por Incumprimento das Regras de Contratação Pública nos Contratos Financiados por Fundos da União Europeia, *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Reis dos Livros, 2016.

PIRES, Miguel Lucas, Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste direto, *Cedipre*, 2010.

PRATES, Marcelo Madureira,

- A punição administrativa entre a sanção contra-ordenacional e a “Sanção Administrativa”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 68, 2008;

- “Sanção Administrativa” Geral: Anatomia e Autonomia, *Almedina*, 2005.

RAIMUNDO, Miguel Assis,

- A Formação dos Contratos Públicos, Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público, *Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2013.

- Dever de Ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos, *Revista Electrónica de Direito Público*, Vol. 4, n.º 2, 2017.

RAMOS, António Sampaio, Governança Multinível em Portugal: Descentralização Sub-Regional e Local e Papel dos Fundos Europeus, *Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P.*, 2018.

RETORTILLO, Maria del Carmen Rodriguez Martín, Fraccionamiento del Contrato Y Division En Lotes, *Anuário da Faculdade de Dereito da Universidade da Corûna*, Vol. 21, 2017.

RODRIGUES, Nuno Cunha,

- A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica, *Almedina*, Reimpressão da edição de 2013, 2015;

- Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública, (Coord. Nuno Cunha RODRIGUES), *Universidade Lisboa*, 2017.

SANCHEZ, Pedro Fernández,

- A adoção (excepcional) do ajuste direto por motivos artísticos para elaboração de projetos de arquitetura, in Revista de Contratos Públicos n.º 14 (coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, 2014;
- A confirmação da Jurisprudência Europeia quanto à legalidade da avaliação dos recursos humanos ou das equipas técnicas em procedimentos de contratação pública (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 26.03.2015 – Proc. C-601/13), in Update Momentum Sérvulo Advogados, 2015.

SANTIAGO, Jaime Pintos, El surgimiento inadvertido de un Derecho Global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho Administrativo Global, Revista de La Contratacion Administrativa y de los Contratistas, 2013.

SILVA, Hugo Flores da, Novas diretivas e tópicos de despesa pública, in Revista de Contratos Públicos n.º 11 (Coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, 2016.

SILVA, Jorge Andrade,

- Dicionário dos Contratos Públicos, Almedina, 2010.
- Código dos Contratos Públicos Anotado, Almedina, 7.ª Edição, 2018.

SILVERA, Alessandra,

- Princípios de Direito da União Europeia, Quid Iuris, 2011.
- Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União, Almedina, 2016.

SOUSA, Luís Verde de,

- Ajuste Direto e Consulta Prévia, Código dos Contratos Públicos de acordo com o projeto de revisão, CEDIPRE, 2016.
- Algumas notas sobre a adjudicação por lotes, Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 4, n.º 2, 2017.

STOFFEL, João Diogo, O (novo) regime da divisão (artificial) de contratos em lotes separados, constante do Código dos Contratos Públicos, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 28, 2011.

TAVARES, José António, O impacto económico dos fundos europeus. A experiência dos municípios portugueses, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2017.

TAVARES, Luís Valadares, The Transposition of the 2014 EU Diretivas on public Procurement be Portugal: woes and expectations, European Journal of Public Procurement Markets, n.º 1, 2018.

TELLES, Pedro, Direct Award and prior consultation: Everything needs to change, so everything can stay the same, Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 4, n.º 2, 2017.

VIANA, Cláudia,

- Contratação Pública e Empresas Públicas: Direito Nacional e Comunitário, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 52, julho/agosto, 2005;
- Os Princípios Comunitários na Contratação Pública, Coimbra Editora, 2007;
- A globalização da Contratação Pública e o Quadro Jurídico Internacional, in AA.VV. (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume I, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008;
- O Procedimento de Ajuste Direto no Código dos Contratos Públicos (e sua aplicação às autarquias locais), Revista de Direito Regional e Local, n.º 6, abril/junho, 2009;
- Apontamentos sob Ajuste Direto Simplificado, Revista de Direito Regional e Local, n.º 9, janeiro/março, 2010;
- A qualificação dos Operadores Económicos, in AA.VV. (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume II, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- A jurisprudência “principlista” do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa à contratação pública» in AA.VV. (Coord. Alessandra SILVEIRA), Direito da União Europeia e Transnacionalidade – Acção Jean Monnet, Quid Iuris, Lisboa, 2010;
- A anunciada reforma do direito europeu dos contratos públicos: quo vadis? in AA.VV. (Coord. Alessandra SILVEIRA), in Estudos de Homenagem ao Professor José Luís Meilán Gil, Edições RAP, Buenos Aires, Argentina, 2011;
- Aplicação do regime de contratação pública aos hospitais E.P.E., Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 85, janeiro/fevereiro, 2011.
- Contratacion Publica Electrónica – La Experiência Portuguesa, Observatório de los contratos públicos, Universidade de Zaragoza, 2014.
- O ajuste direto concorrencial e a vinculação da entidade adjudicante, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 103, janeiro/fevereiro, 2014.