



O Renovado Art. 127º do Código dos Contratos Públicos

José Carlos Marques Durão

O Renovado Art. 127º do Código dos Contratos Públicos

José Carlos Marques Durão



TÍTULO O Renovado Art. 127º do Código dos Contratos Públicos

AUTOR(ES) DURÃO, José Carlos Marques

IMAGEM DA CAPA Coimbra Editora

COMPOSIÇÃO
GRÁFICA Ana Paula Silva

EDIÇÃO CEDIPRE
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL
Tel. | Fax: +351 239 836 309
E-mail: cedipre@fd.uc.pt

PARA CITAR
ESTE ESTUDO DURÃO, José Carlos Marques, "O Renovado Art. 127º do Código dos Contratos Públicos", *Publicações CEDIPRE Online* - 9, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Março de 2012

Coimbra
Março | 2012

ÍNDICE

I. Objeto	3
II. Introdução	3
III. Análise	4
IV. Síntese conclusiva	8

O RENOVADO ART. 127.º DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS⁽¹⁾

I. Objeto

1. Análise à alteração do art.º 127.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), norma que exige, na atual redação do seu n.º 2, que a publicitação da celebração de contratos na sequência de ajuste direto, de valor igual ou superior a € 5000, contenha a fundamentação da necessidade de recurso a este tipo de procedimento pré-contratual.

II. Introdução

1. O art.º 27.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro,⁽²⁾ alterou o art.º 127.º do CCP, nos seguintes termos:

“ O artigo 127.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, passa a ter a seguinte redacção:

⁽¹⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18/-A/2008, de 28 de março de 2008, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelo Decreto -Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo Decreto -Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto -Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, e agora alterado pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

⁽²⁾ Lei que aprovou o Orçamento do Estado para 2012.

«Artigo 127.º

[...]

1. — ...
 2. — *A publicitação da celebração de contratos na sequência de ajuste directo, de valor igual ou superior a € 5000, deve conter a fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste directo, em especial, sobre a impossibilidade de satisfação da necessidade por via dos recursos próprios da Administração Pública.*
 3. — *A publicitação referida nos números anteriores é condição do respectivo contrato, independentemente da sua redução ou não a escrito, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.»*
2. A alteração agora operada insere-se no conjunto de medidas no âmbito da contratação pública visando a contenção e redução da despesa do Estado⁽³⁾ e, concomitantemente, garantir mais transparência⁽⁴⁾ às aquisições por ajuste directo.

III. Análise

1. *Prima facie* o teor da alteração ao art.º 127.º do CCP é passível de suscitar dúvidas quanto ao seu âmbito de aplicação objetivo. O art.º 27.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, que contém a alteração, surge no Capítulo III, Secção I, deste diploma, que tem por título “*Disposições Relativas a trabalhadores do sector público*”. Este capítulo é constituído por um conjunto de normas que incidem, nomeadamente, na definição das condições de recrutamento de trabalhadores para o sector público e nos contratos de aquisição de serviços a renovar ou a celebrar por entidades afetas ao mesmo.
2. Neste contexto, pode haver quem admita que a norma abrange apenas os contratos de aquisição de serviços. Contudo, por um lado, nem o legislador se deu ao cuidado de o referir e, por outro, o n.º 1 do art.º 127.º do CCP é

⁽³⁾ A par de outras e que são disso exemplo a sujeição ao parecer prévio vinculativo e ao regime da redução remuneratória, a renovação ou celebração de contratos de aquisição de serviços por órgãos e serviços abrangidos pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro e pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro. (Cfr. n.º 1 e n.º 4, respetivamente, do art.º 26.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, objeto de regulamentação pela Portaria n.º 9/2012, de 10 de janeiro).

⁽⁴⁾ Transparência que surge associada à criação do Portal dos Contratos Públicos, através da Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho, e no qual se deve publicitar a celebração de quaisquer contratos na sequência de ajuste direto, nos termos do n.º 1 do art.º 127.º do CCP.

taxativo: “A celebração de **quaisquer contratos** na sequência de ajuste directo deve ser publicitada, pela entidade adjudicante, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos...”.⁽⁵⁾

3. Portanto, estão abrangidos todos os contratos que possam ser objeto do procedimento de ajuste direto⁽⁶⁾: empreitadas de obras públicas, locação ou aquisição de bens móveis, aquisição de serviços, contratos de sociedade e contratos de concessão de serviços públicos. Os contratos a celebrar na sequência do procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, nos domínios da defesa e da segurança, previsto no n.º 1 do art.º 32.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro,⁽⁷⁾ apesar da remissão que é feita nesta norma e no art.º 73.º para o regime do ajuste direto do CCP e para a aplicação subsidiária do CCP, respetivamente, ainda assim parece ser intenção do legislador afastar a aplicação do art.º 127.º do CCP, ao circunscrever o procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso ao disposto no art.º 112.º, art.º 113.º n.º 1 e art.º 114.º a 126.º, todos do CCP. Na minha perspetiva tal solução não é a mais feliz, pois o procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso é basicamente um ajuste direto, à imagem do escolhido em função de critérios materiais previsto no CCP, o que justificaria, sem dúvida, a publicitação da celebração dos contratos no Portal dos Contratos Públicos, na sequência do respetivo procedimento, nos termos do art.º 127.º do CCP.
4. Assim, fica de fora da previsão do n.º 2 do art.º 127.º do CCP, o ajuste direto abrangido pelo regime simplificado. Também não estão abrangidos pela obrigatoriedade da publicitação, nos moldes exigidos por aquela norma, os contratos celebrados na sequência de ajustes diretos cujo valor do contrato seja inferior a € 5000, incluindo-se aqui, portanto, designadamente os

⁽⁵⁾ Negrito e sublinhado meus.

⁽⁶⁾ Exceto os decorrentes do ajuste direto regulado pelo regime simplificado (Cfr. n.º 3 do art.º 128.º do CCP).

⁽⁷⁾ Decreto-lei que estabelece o regime jurídico dos contratos públicos nos domínios da defesa e da segurança, transpondo para o ordenamento jurídico nacional a Directiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março.

escolhidos em função de critérios materiais (art.º 23.º e segs. do CCP), *ex vi* da actual redacção do n.º 2 do art.º 127.º do CCP.⁽⁸⁾⁽⁹⁾

5. Como vimos no n.º 2 do art.º 127.º do CCP a publicitação da celebração dos contratos deve conter a fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste direto. O legislador exemplificativamente enumera como válido na fundamentação a demonstração da impossibilidade de satisfação da necessidade por via dos recursos próprios da Administração Pública.
6. O segmento da norma: “*recursos próprios da Administração Pública*” não se afigura muito tangível. Por exemplo o levantamento da existência dos recursos pode ser feito ao nível dos serviços a que pertence a entidade adjudicante, dos serviços centrais do ministério onde se integram ou, no limite, ao nível de toda a Administração.
7. A solução que julgo exequível encontra-se, em parte, já prevista na lei, designadamente, i) no âmbito do regime jurídico aplicável à aquisição, gestão e alienação dos bens móveis do domínio privado do Estado, ou ii) do regime jurídico do parque de veículos do Estado (PVE), regidos, respetivamente, pelo Decreto-Lei n.º 307/94, de 21 de dezembro⁽¹⁰⁾ e pelo Decreto-Lei n.º 170/2008, de 26 de agosto.
8. Está consagrado nos citados diplomas a possibilidade de disponibilização e reafecção de bens móveis do Estado a outros serviços por decisão do dirigente máximo do serviço aos quais os móveis estão adstritos.⁽¹¹⁾ O mesmo acontece no âmbito do PVE, conforme decorre do plasmado no art.º 10.º e no n.º 3 do art.º 16.º a contrário, do Decreto-Lei n.º 170/2008, de 26 de agosto, onde se prevê a reafecção dos veículos.⁽¹²⁾
9. Destarte, penso que o mais razoável será verificar a existência das necessidades ao nível dos serviços centrais do ministério a que pertence a entidade

⁽⁸⁾ Destarte a celebração de quaisquer contratos na sequência de ajuste direto, cujo **valor do contrato** seja inferior a € 5000, não é obrigatória a publicitação da fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste direto. Continuam a ser publicitados como até aqui, nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 127.º do CCP, exceto o ajuste direto do regime simplificado como já referi.

⁽⁹⁾ Discordo da opção do legislador não incluir os contratos celebrados na sequência de ajuste direto escolhido em função de critérios materiais, sobretudo porque os limites trienais no que tange às entidades a convidar não se aplicam no âmbito do ajuste direto ancorado em tais critérios, o que condiciona seguramente a concorrência, por conseguinte a justificar a sujeição ao n.º 2 do art.º 127.º do CCP. (Cfr. art.º 23.º a 27.º e n.º 2 do art.º 113.º, todos do CCP).

⁽¹⁰⁾ Objeto de regulamentação através da Portaria n.º 1152-A/94 de 27 de dezembro.

⁽¹¹⁾ (Cfr., nomeadamente, o at.º 5.º e art.º 6.º e art.º 2.º, respetivamente, do Decreto-Lei n.º 307/94, de 21 de dezembro e da Portaria n.º 1152-A/94 de 27 de dezembro).

⁽¹²⁾ Também neste sentido o n.º 1 do art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 307/94, de 21 de dezembro.

adjudicante,⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾ mas não exclui a possibilidade dessa indagação ao nível de um único departamento governamental que possa gerir os recursos públicos, e que a norma do n.º 2, *in fine*, do art.º 127.º do CCP não se opõe na sua atual redação.⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

10. Por isso mesmo, no futuro,⁽¹⁷⁾ olhando para a lei orgânica do Ministério das Finanças,⁽¹⁸⁾ julgo que o levantamento da existência das necessidades deva fazer-se a um nível mais centralizado. Neste caso será este departamento governamental o mais idóneo, através de alguns serviços centrais que integram, no seu âmbito, a administração direta do Estado, *maxime* a Direcção-Geral do Tesouro e Finanças; e, também, o organismo da administração indireta do Estado que prossegue atribuições do Ministério das Finanças, *in casu*, à Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P. Aliás,

⁽¹³⁾ Na linha do vertido no n.º 1 do art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 307/94 de 21 de dezembro, que dispõe: “...a disponibilização de bens é comunicada à Secretaria Geral do Ministério a que os serviços pertencam, com vista à afetação dos bens disponibilizados a outros serviços do mesmo Ministério “. Atente-se, que quando não haja serviços interessados no mesmo Ministério, a Secretaria-Geral comunicará a disponibilização dos bens à Direcção-Geral do Património do Estado (*) para eventual afetação a outras entidades. (Cfr. n.º 2 do citado art.º 6.º)

(*) A Direcção-Geral do Património foi extinta pelo Decreto Regulamentar n.º 21/2007, de 29 de março, que aprovou a orgânica da Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, entidade que passou a congregar (por intermédio da sua unidade orgânica: Direcção de Serviços de Gestão Patrimonial) as atribuições anteriormente prosseguidas pela Direcção-Geral do Património, nos termos da Portaria n.º 819/2007, de 31 de julho. (Vide, também, nesta matéria, o Decreto-Lei n.º 117/2011, de 15 de dezembro, diploma que prevê, para breve, nova regulamentação na estrutura orgânica dos serviços da administração direta do Estado do MF).

⁽¹⁴⁾ Como previsto também no n.º 1 do art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 200/2006 de 25 de outubro (que estabelece o enquadramento procedimental relativo à extinção, fusão e reestruturação de serviços da Administração Pública e à racionalização de efetivos).

⁽¹⁵⁾ O art.º 15.º da Portaria n.º 378/94, de 16 de junho (diploma que aprovou as instruções regulamentadoras do cadastro e inventário dos móveis do Estado), aproxima-se deste cenário, dispoendo sobre na reafectação de bens do modo seguinte: “Para uma correcta gestão do património do Estado devem os serviços que tenham excedentes de bens móveis em condições de utilização disponibilizá-los para eventual reafectação, comunicando tal facto à DGPE, que o publicitará junto dos serviços e organismos da Administração”.

⁽¹⁶⁾ Repare-se que o art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de outubro, prevê: “Quanto aos bens móveis e material afectos aos departamentos e serviços do Estado, compete a cada Ministério ou departamento correspondente, por intermédio da respectiva secretaria-geral ou serviço que venha a ser designado, organizar e manter actualizado o respectivo inventário de base, a enviar à Direcção-Geral do Património do Estado...”.

⁽¹⁷⁾ Uma vez que para já será difícil que tal possa acontecer, isto porque o processo de reorganização da estrutura do Estado (onde são expeáveis melhorias neste âmbito) ainda está em curso. Pese embora, e que fique claro, o legislador no n.º 2 do art.º 127.º do CCP, alude à “impossibilidade” o que não se confunde com o conceito de dificuldade.

⁽¹⁸⁾ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 117/2011, de 15 de dezembro.

em parte, já acontece no âmbito do PVE, em que a Agência Nacional de Compras Públicas E.P.E. (ANCP) ⁽¹⁹⁾ assume essa tarefa.

11. No que tange à publicitação importa aferir de que forma a fundamentação vai ser disponibilizada no Portal dos Contratos Públicos⁽²⁰⁾: i) pelo preenchimento de um formulário com questões pré-elaboradas⁽²¹⁾ ou ii) através da inserção de um ficheiro com o despacho do órgão competente para a decisão de contratar.⁽²²⁾ Inclino-me para esta última solução face à diversidade das razões de facto que a fundamentação pode comportar, e como se sabe esta não pode limitar-se aos fundamentos de direito em que é possível fazê-lo adequadamente através do preenchimento de um formulário com um conjunto de opções de resposta a seleccionar pelo utilizador.⁽²³⁾

IV. Conclusão

1. A contratação pública representa cerca de 17% do PIB da União Europeia,⁽²⁴⁾ logo proporcionar a todos os operadores económicos oportunidades de negócio num clima de igualdade revela-se amplamente vantajoso para a concorrência e, conseqüentemente, para a economia, como facilmente se percebe. É pois, neste contexto, que as medidas que tenham por escopo reforçar a transparência na formação dos contratos públicos são sempre merecedoras de aplauso.
2. Este art.º 127.º do CCP é uma norma inovadora no ordenamento jurídico português. O conhecimento do processo do procedimento de ajuste direto ficava, no passado, circunscrito à entidade pública contratante e ao(s)

⁽¹⁹⁾ Cujas atribuições serão objecto de fusão na nova Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (Cfr. Decreto-Lei n.º 117/2011, de 15 de dezembro).

⁽²⁰⁾ No endereço: www.base.gov.pt

⁽²¹⁾ À semelhanças dos formulários - tipo para publicação de anúncios no âmbito dos processos de adjudicação de contratos públicos, estabelecidos pelo Regulamento de Execução (UE) n.º 842/2011 da Comissão de 19 de agosto de 2011.

⁽²²⁾ Em termos idênticos ao fixado no Decreto-Lei n.º 34/2009 de 6 de fevereiro, que estabeleceu medidas excepcionais de contratação pública no âmbito, designadamente, da modernização do parque escolar e das energias renováveis, impondo a obrigatoriedade de publicação no Portal dos Contratos Públicos dos despachos e das deliberações que autorizem a adoção do procedimento de ajuste direto. (Cfr. n.º 1 do art.º 2.º daquele diploma).

⁽²³⁾ Vide n.º 1 e n.º 2 do art.º 125.º do CPA. E, como é evidente, não há margem para evitar a fundamentação (Cfr. n.º 1 do art.º 124.º do CPA e art.º 38.º e agora também n.º 2 do art.º 127.º, ambos do CCP).

⁽²⁴⁾ De acordo com o veiculado no Parecer do Comité das Regiões, sobre a iniciativa emblemática no quadro da estratégia «Europa 2020» – «União da inovação», publicado no JOUE, C 259/19, de 02-09-2011.

concorrente(s). As garantias para outros interessados fazerem valer com sucesso o seu direito à celebração de um contrato na sequência de um ajuste direto eram praticamente nulas, bem como a atividade das entidades públicas no controlo e fiscalização deste tipo de procedimentos pré-contratuais era muito limitada. Agora o controlo torna-se mais eficaz. A via impugnatória está mais facilitada.⁽²⁵⁾

3. Por tudo isso justifica-se plenamente a decisão do legislador em imprimir maior transparência nos contratos a celebrar na sequência do procedimento de ajuste direto,⁽²⁶⁾ que em Portugal é de longe o procedimento mais adotado pelas entidades adjudicantes que a ele têm recorrido massivamente.⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾

⁽²⁵⁾ Por vários motivos relacionados com ilegalidades que iniquem o procedimento, designadamente: i) ou porque a entidade desencadeou o ajuste direto (v.g. com fundamento num critério material sem que os seus pressupostos estivessem preenchidos) quando deveria adotar o concurso público, ii) porque a entidade convidada a apresentar proposta estava impedida de participar, nos termos do art.º 55.º do CCP ou no âmbito da sanção acessória da privação do direito de participar em procedimentos para a formação dos contratos públicos, *ex vi* n.º 1 do art.º 460.º do CCP.^(**), iii) porque os bens ou serviços objeto do procedimento de ajuste direto estavam abrangidos pela proteção de direitos exclusivos, ou iv) porque a aquisição não foi realizada através de um procedimento ao abrigo de um acordo quadro, nos termos do art.º 259.º do CCP.

^(**) Estranhamente, para já, volvidos que estão mais de 3 anos da entrada em vigor do CCP, nenhuma decisão definitiva de aplicação da sanção acessória prevista no art.º 460.º do CCP foi publicitada no portal dos contratos públicos, pese embora o art.º 463.º do CCP imponha tal obrigatoriedade.

⁽²⁶⁾ A transparência potencia a eficácia do recurso à via contenciosa por parte dos interessados na impugnação das decisões das entidades adjudicantes que consubstanciem adjudicações ilegais. Com a publicitação imposta pelo art.º 127.º do CCP, podem agora os interessados mais facilmente servir-se do regime do contencioso pré-contractual previsto no art.º 100.º e segs. do CPTA, o que se enquadra no traçado pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho, no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos.

⁽²⁷⁾ De acordo com o plasmado no Relatório Síntese 2010 sobre a contratação pública em Portugal, editado em 27 de janeiro de 2011, pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., o ajuste direto no que tange à adjudicação de bens e serviços (e considerando apenas os acima de € 5000) representam 56.% do montante total adjudicado e 94% do número total de procedimentos realizados. Referindo-se a estes o relatório frisa: “...os concursos representam apenas 6%...”. (Cfr. pag. 8 do Relatório Síntese 2010, disponível no endereço www.inci.pt).

⁽²⁸⁾ Quanto a 2011 o plasmado nos quadros estatísticos, disponíveis no Portal dos Contratos Públicos, relativamente aos ajustes diretos, aponta no mesmo sentido: i) número de contratos: 43.224, ii) valor dos contratos: €1.129.443.535,67. Constata-se que a adoção e o valor dos contratos deste tipo de procedimento suplanta de forma esmagadora os restantes. O número e o valor dos contratos celebrados por via dos concursos públicos, concursos limitados por prévia qualificação e procedimentos por negociação, ainda assim, considerando o somatório de todos eles, estão muito, muito aquém da performance atingida pelo ajuste direto.^(***)

^(***) Estes dados referem-se apenas a contratos de aquisição de bens e serviços disponíveis na data em que efetuei a consulta no Portal dos Contratos Públicos.

⁽²⁹⁾ Situação preocupante se tivermos em conta que se trata do procedimento menos amigo da concorrência. A adoção do ajuste direto é sempre lesiva da concorrência, pois não é um procedimento aberto ao mercado. A participação dos operadores económicos depende da escolha do órgão

4. Por último referir que a publicitação dos contratos celebrados na sequência do procedimento de ajuste direto, nos termos previstos no art.º 127.º do CCP, é condição para a eficácia daqueles, na obstante o legislador, por lapso, ter omitido no enunciado essa indicação. Mas, como já referi, é bom sublinhá-lo, a publicitação deverá ser instruída com os fundamentos de facto e de direito que suportam a necessidade de recorrer ao procedimento de ajuste direto.

competente para a decisão de contratar que pode convidar uma ou várias entidades, *ex vi* art.º112.º e n.º1 do art.º 113.º do CCP, salvo, como é evidente, as situações de impedimento previstas no art.º 55.º e n.º 2 do art.º 113.º do CCP, ou no âmbito da sanção acessória da privação do direito de participar em procedimentos para a formação dos contratos públicos, *ex vi* n.º 1 do art.º 460.º do CCP.

⁽³⁰⁾ E mais preocupante é ainda quando analisamos a informação disponibilizada no Portal dos Contratos Públicos e constatamos que é muito frequente a adoção do procedimento de ajuste direto com base no critério material previsto na alínea c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP (que por facilidade de linguagem designaria por ajuste direto urgente). Como é sabido o ajuste direto urgente é absolutamente excecional a sua adoção. Se for aplicada corretamente a norma que o suporta, eu diria que poderão contar-se pelos dedos (salvo o exagero) os casos em que é possível recorrer ao ajuste direto urgente, tendo em conta os seus pressupostos cumulativos: i) na medida do estritamente necessário, ii) por motivos de urgência imperiosa, iii) resultante de acontecimentos imprevisíveis, iv) não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos e v) desde que as circunstâncias invocadas não sejam imputáveis à entidade adjudicante.^(****)

^(****) Como se vê apertadíssimos os seu pressupostos. Este procedimento i) não entra nas contas dos limites trienais, ii) pode ser adotado independentemente de valor e, regra geral, iii) apenas é convidada uma entidade à apresentar proposta. Visa sobretudo salvaguardar o interesse público. O ajuste direto urgente na sua essência é um procedimento anti concorrencial, daí a razão de discordar do legislador não ter querido abranger, no n.º 2 do art.º 127.º do CCP, os contratos a celebrar na sequência de ajuste direto escolhido em função de critérios materiais cujo valor do contrato seja inferior a €5000.

