

A contratação pública e o caso paradigmático do ajuste direto – Algumas curiosidades

Public Procurement and the paradigmatic case of Direct Contracting
– Some Curiosities



**Sara Leitão Moreira ^{a*}, Mariana Calado ^{b*},
Oleksandra Zasinets^{c*}**

^aInstituto Superior de Contabilidade de Administração, Instituto Politécnico de Coimbra; Advogada; Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense; Doutoranda em Direito. **Código ORCID:** 0000-0002-0252-038X. smoreira@iscac.pt

^bDiscente do Mestrado em Contabilidade e Gestão Pública. **Código ORCID:** 0009-0007-0195-4382. marianacostacalado@gmail.com

^cDiscente do Mestrado em Contabilidade e Gestão Pública. **Código ORCID:** 0009-0001-2184-5091 alecsandrazaz01@gmail.com

Resumo A contratação pública conforme hoje a conhecemos não é isenta de críticas, mas de alguma forma vai-se ajustando – assim o esperamos – às necessidades da sociedade portuguesa. A sua disciplina encontra-se prevista no Código dos Contratos Públicos (e legislação extravagante) e é aqui que encontramos o foco do nosso estudo, o ajuste direto. O ajuste direto é um dos procedimentos concursais previsto, essencialmente, para acudir a necessidades prementes do interesse público e cujo valor não seja, habitualmente, passível de ser abrangido por outra forma concursal. Não obstante o seu afloramento na doutrina jurídica e jurisprudência, ousadamente se considerou que uma abordagem crítica e prática poderia ser profícua para os profissionais que trabalham nesta área, bem como para o meio académico. Para tanto, proceder-se-á enquadramento histórico do ajuste direto, será explanada a sua atual redação, e verificar-se-ão os critérios de fundamentação de escolha do mesmo, designadamente, o critério de valor e o critério material. Por fim, analisar-se-á o ajuste direto simplificado, e respetivas características, bem como os valores dos ajustes diretos compreendidos entre 2019 e 2023, retirados do Portal Base para melhor concretizar esta realidade.

Palavras-chave Ajuste direto; Código dos Contratos Públicos; contratação pública; Portal Base.

Abstract Public procurement as we know it today is not without criticism, but somehow it is adjusting – we hope – to the needs of the Portuguese society. Its discipline is provided for in the Public Contracts Code (and extravagant legislation) and it is here that we find the focus of our study, direct awarding. Direct award is one of the competitive procedures designed, essentially, to meet pressing needs of the public interest and whose value is not, usually, capable of being covered by another competitive form. Despite its emergence in legal doctrine and jurisprudence, it was boldly considered by us that a critical and practical approach could be beneficial for professionals working in this area, as well as for the academic world. To this end, we will look at the historical framework of direct contracting, its current wording will be explained, and the criteria underlying its choice will be verified, namely the value criterion and the material criterion. Finally, the simplified direct contracting and its characteristics will be analyzed, as well as the value of direct contracting foregone between 2018 and 2022, taken from the Base Portal to better reflect this reality.

Keywords Direct Contracting; Public Contracts Code; public procurement; Portal Base

1. Nota Introdutória

O Código dos Contratos Públicos (CCP) entrou em vigor com a aprovação do Decreto-Lei (DL) n.º 18/2008 de 29 de janeiro de 2008, o qual foi objeto de diversas revisões, de forma a flexibilizar e desburocratizar os procedimentos de formação de contratos públicos, estando, à data, em força a vigésima versão do diploma. Apesar de as regras da contratação pública não serem novidade, dado que não foram introduzidas no ordenamento jurídico português em 2008, conforme melhor se explicitará infra especificamente quanto ao ajuste direto, constata-se que existem diversas questões em torno da sua interpretação e mobilização. Tal como refere Pedro Sanchez “Não é possível imaginar hoje a hipótese de a Administração Pública própria de um Estado social de Direito, com vocação prestacional, dispensar o recurso a formas contratuais de actuação” (Sanchez, 2020-I, p. 17).

O ajuste direto é um procedimento cada vez mais presente no quotidiano, no entanto, se for mal aplicado, pode ser considerando como uma forma artificiosa de distanciar a contratação pública de alguns dos seus princípios orientadores, designadamente da pretendida uniformização resultante da União Europeia, tais como os princípios da concorrência e transparência (Brito, 2011).

Deste modo, no presente estudo explicitar-se-á, num primeiro momento, o desenvolvimento e contexto histórico do ajuste direto, explicando-se os critérios para a sua adoção, designadamente o critério do valor e o critério material, afinando as regras que existem e os procedimentos que decorrem ao realizar um procedimento desta envergadura.

De referir que as temáticas abordadas neste trabalho são aquelas que se consideram fundamentais para a compreensão deste estudo, porém, de nada se revela despiendo reforçar que todas as situações referidas necessitam de ser completadas com a totalidade da informação presente na legislação aplicável. Será ainda levada a cabo uma análise dos dados dos últimos cinco anos, retirados do Portal Base, considerada como uma franja de tendência, não obstante o período de excepção durante a Pandemia – Covid 19, no que tange aos procedimentos simplistas para aquisição de bens e serviços, empreitadas de obras públicas e contratos de concessão, não obstante os primeiros serem mais evidentes devido à sua expressão fáctica regular. Estes dados serão desconstruídos, com vista a melhor entendermos a realidade presente na contratação pública portuguesa de excepção.

Por fim, serão apresentadas as principais conclusões e uma breve sugestão para estudos futuros.

2. Os procedimentos concursais previstos no CCP – apontamento prévio

No art.º 16.º do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP) vêm elencados diversos procedimentos concursais, a saber: ajuste direto (arts. 112.º a 129.º do CCP), consulta prévia (arts. 112.º a 129.º do CCP), concurso público (arts. 130.º a 161.º do CCP), concurso limitado por prévia qualificação (arts. 162.º a 192.º do CCP), procedimento de negociação (arts. 193.º a 203.º do CCP), diálogo concorrencial (arts. 204.º a 218.º do CCP), parceria para a inovação (arts. 218.º-A a 218.º-D do CCP). Temos, por conseguinte, procedimentos com e sem fase de selecção concorrencial, designadamente procedimentos de formação de actos administrativos, procedimentos regulados em lei especial, procedimentos não regulados no âmbito do direito público.

A iniciativa de procedimento poderá ser pública, com vista à celebração de um contrato destinado a satisfazer uma necessidade pública – compras públicas ou procura pública -, ou privada, derivada de um pedido de utilização privativa de um bem público ou do domínio público (*ad exemplum* art.º 84.º da CRP).

A contratação pública tem diversos princípios estruturantes e fraturantes, quando comparada com o ensejo de uma contratação privada, por conseguinte, não será novidade elencar que se revela em nada despiendo elencar um princípio que é norteador - o princípio da legalidade procedimental - apesar de existirem desvios ao âmbito de incidência de regras procedimentos, tratando-se de um procedimento de adjudicação não regulado, *qua tale* o disposto na Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro ou mesmo o regime simplificado do ajuste directo previsto no art.º 128.º do CCP.

Cumprir-nos acrescentar que existem regras de escolha do procedimento de adjudicação, pois, para além da taxatividade (sem embargo de concretizações específicas em sede de lei especial ou extravagante) e da possibilidade de termos contratos mistos, a escolha é determinada em razão de quatro critérios preponderantes: valor estimado do contrato; critérios materiais; tipo de contrato; entidade adjudicante.

Apesar de alguns desvios, a regra será efectivamente a taxatividade dos procedimentos de adjudicação, nos termos previstos no CCP, cumprindo-nos ora enveredar por uma análise mais detalhada do nosso foco principal, o ajuste directo.

3. O Ajuste Directo

3.1 Nota preambular

Apesar de o ajuste directo implicar uma construção jurídica complexa e adstrita a critérios de legalidade minimamente estritos, certo é que o mesmo talvez será o procedimento concursal previsto no CCP mais conhecido dos portugueses, devido a diversas polémicas que são trazidas ao conhecimento público por intermédio dos meios de comunicação social, praticamente como se este fosse ilegal um eventual “bicho papão”. Mas nada poderia estar mais longe da realidade, pois trata-se de um instrumento muito útil para o regular funcionamento da Administração Pública, sendo efectivamente uma arma imprescindível para a satisfação atempada do interesse público. Apesar deste nosso entendimento, naturalmente que temos plena consciência que a sua banalização pode trazer diversos prejuízos para o interesse público, situação que se encontra largamente vincada na opinião pública. Apesar de ser visto como uma estratégia de dissuasão e prevenção da corrupção, há quem considere as alterações legislativas que têm esse lema como móbil, como apenas “uma lei para inglês ver” (Gonçalves, 2022).

A polémica, na maioria das vezes, resulta do facto de se tratar de um procedimento subtraído do cariz concorrencial que devia caracterizar a contratação pública (Verde de Sousa, 2016), mas tal é uma inevitabilidade, pois nem todas as necessidades que se fazem sentir, por exemplo, no Estado Social, ou carências de economato são compatíveis com as delongas de um, por exemplo, concurso público, por “meia dúzia” de euros. Posto isto, a positivação desta figura possibilita que a entidade adjudicante convide diretamente uma entidade, à sua escolha, a apresentar uma proposta, segundo o disposto no artigo 112º, n.º 2 (CCP).

Este é um procedimento de contratação pública, que se encontra sujeito aos princípios decorrentes da necessidade de proteção do interesse público bem como o da transparência. O ajuste direto adota, assim, um regime legal específico, onde se concretiza com o convite para apresentação de proposta a uma só entidade, e o ajuste direto simplificado. Tal como refere Sanchez (2020, I, 359) “os procedimentos de ajuste directo e consulta prévia distinguem-se de todos os restantes pela circunstância de importarem severas restrições à concorrência”.

3.2. Sumaríssima contextualização histórica

Relativamente ao contexto histórico dos ajustes diretos, até ao CCP foram sendo ultrapassadas diversas barreiras jurídicas que viabilizassem uma contratação célere, eficaz e, acima de tudo, legal.

Recuamos até 13 março de 1937, data de publicação do Decreto-Lei n.º 27 563, o qual reconhece a necessidade de

determinar alguns valores para a realização de despesas pelas diversas entidades oficiais. Este diploma não refere a nomenclatura que hoje utilizamos, embora na doutrina já se falasse sobre “ajustes diretos”, uma vez que era permitida a realização de despesas com bens e com a aquisição de géneros e artigos que constituíssem encargo administrativo do serviço “sem concurso público”, “nem contrato escrito”, conforme vem previsto na al. c) do art.º 6.º daquele diploma. Em novembro de 1957, com a publicação do regime legal de despesas com aquisições e obras para os serviços do Estado, Decreto-Lei n.º 41 375 de 19 de novembro de 1957, no artigo 6.º, surge pela primeira vez a palavra ajuste direto no ordenamento jurídico Português. Este artigo refere que este ajuste é realizado em despesas reduzidas e se for inconveniente ao interesse do Estado a realização de concurso. Aquele diploma não estabelece qualquer regulamentação relativa à tramitação dos procedimentos, diferenciando-se do concurso público e do concurso limitado, mas refere no seu artigo 6.º que o ajuste direto carece, sempre que possível, de consulta a pelo menos três entidades,

A 31 janeiro de 1968, é publicado o Decreto-Lei n.º 48 234, que procedeu à revisão das condições em que os serviços do Estado podem realizar despesas com aquisições e obras, em ordem à simplificação da sua atividade e ao aumento da sua eficiência. Neste documento verificam-se duas formas de escolher o co-contratante da Administração Pública: o ajuste direto e o concurso público.

O Decreto-Lei n.º 21 179 de 12 de julho, referente às despesas com obras e aquisição de bens e serviços para o Estado, segundo o artigo 4º, considera ser admissível o procedimento de ajuste direto, em alternativa ao concurso público, dado que até este momento o ajuste direto era apenas admitido a título excecional.

A 25 de fevereiro, foi publicado o Decreto-Lei n.º 24/92 que regula as despesas com obras e aquisição de bens e serviços dos organismos do Estado, e refere no seu artigo 91º que “O ajuste direto só é admitido através de negociação”, permitindo dialogar com as entidades no sentido da obtenção dos resultados economicamente mais vantajosos.

O Decreto-Lei n.º 55/95 de 29 de março, procede à completa regulamentação dos procedimentos de contratação pública, incluindo o ajuste direto, e refere pela primeira vez que no ajuste direto não é necessária uma consulta a vários prestadores de serviços ou fornecedores de bens.

Para finalizar, a 8 de junho entra em vigor o Decreto-Lei n.º 197/99, o último diploma publicando antes do CCP, o qual transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 97/52/CE de 13 de outubro, e possui como objetivo a simplificação dos procedimentos, a garantia da concorrência e a boa gestão dos dinheiros públicos.

Atualmente no CCP, Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro de 2008, que conta com vinte versões em praticamente dezois anos, o ajuste direto corresponde ao procedimento

de negociação sem publicação de anúncio do concurso, e é realizado através do convite a determinadas entidades.

A penúltima e antepenúltima alterações ao CCP trouxeram efectivamente alterações de monta ao procedimento que ora curaremos, designadamente, a Lei n.º 30/2021, de 21 de maio e o Decreto-Lei n.º 78/2022, de 7 de novembro, pelo que se considera profícua a sua análise.

3.2.1. Lei n.º 30/2021, de 21 de maio

No dia 20 de junho de 2021 entrou em vigor a Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprovou medidas especiais de contratação pública designadamente em matéria de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, e altera o Código dos Contratos Públicos (CCP). No que diz respeito às alterações ao Código dos Contratos Públicos, estas visam essencialmente a agilização dos procedimentos pré-contratuais, a procura de maior simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos, destacando-se as seguintes alterações nos ajustes diretos:

Possibilidade de adoção de procedimentos de ajuste direto simplificado nos termos do artigo 128.º do Código dos Contratos Públicos, quando o valor do contrato for igual ou inferior a € 15 000 (alínea c) do artigo 2.º da Lei 30/2021);

A não aplicação do limite imposto pelo n.º 2 do artigo 113.º (CCP) aos procedimentos pré-contratuais de ajuste direto para a celebração de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente promovidos por autarquias locais desde que verificados determinados pressupostos (conforme alteração ao n.º 4 do artigo 113.º (CCP));

Alteração do prazo máximo de vigência para os contratos celebrados na sequência de ajuste direto simplificado de 1 ano para 3 anos, alínea a) do artigo 129.º (CCP).

Uma das principais alterações referentes a esta matéria foi verificada no artigo 7º, relacionada com os procedimentos pré-contratuais no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais, em muito verificada devido às catástrofes ocorridas no trágico verão do ano de 2017.

Assim, segundo este artigo, “as entidades adjudicantes podem iniciar procedimentos de ajuste direto ou de consulta prévia, nos termos do Código dos Contratos Públicos, para a celebração de contratos que tenham por objeto a locação ou a aquisição de bens, a aquisição de serviços ou a realização de empreitadas necessárias para a gestão dos combustíveis no âmbito do SGIFR, quando o valor do contrato seja, simultaneamente, inferior aos limiares referidos nas alíneas a), b) ou c) do n.º 3 ou a) ou b) do n.º 4 do artigo 474.º do mesmo Código, consoante o caso, e inferior a (euro) 750 000”.

3.2.2. Decreto-Lei n.º 78/2022, de 7 de novembro

Com o Decreto-Lei n.º 78/2022, de 7 de novembro, e após “ouvindo os órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas, a Associação Nacional de Municípios Portugueses, a Associação Nacional de Freguesias, o Tribunal de Contas, a Ordem dos Arquitetos, a Ordem dos Engenheiros, a Ordem dos Engenheiros Técnicos, a Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, a Associação Portuguesa de Projetistas e Consultores, o Cluster Arquitetura, Engenharia e Construção e a Comissão Independente de Acompanhamento e Fiscalização das Medidas Especiais de Contratação Pública”, o Governo decretou relativamente ao ajuste direto - com entrada em vigor a 1 de dezembro de 2022 - que é possível o acesso a este procedimento quando as propostas existentes forem consideradas inadequadas segundo as diretivas - definição europeia de “propostas inadequadas” prevista na al. a) do n.º 2 do art.º 32.º¹ da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu de 26 de Fevereiro de 2014, acrescentando assim, ao já disposto no artigo 24º (CCP). Designadamente, quando nenhum concorrente apresente proposta ou nenhum candidato se tenha apresentado.

Juntamente com estas alterações, quanto a contratos inferiores aos limiares das diretivas, é acrescentada a possibilidade de recorrer ao procedimento de ajuste direto caso todas as candidaturas ou propostas tenham sido alvo de exclusão em anterior concurso limitado por prévia qualificação ou concurso público.

3.3. Os critérios para a escolha do procedimento por ajuste direto – o critério do valor e o critério material

O ajuste direto apresenta-se como um procedimento simples e célere, marcado pela ausência excessiva de burocracia e formalidades, inexistindo, por exemplo, um júri de procedimento, o qual se revela despiendo dado que apenas teria de avaliar a proposta remetida pelo concorrente convidado a apresentá-la, dentro dos parâmetros pré-definidos pela entidade adjudicante (art.º 67.º, n.º CCP). Quaisquer atos que se revelem imprescindíveis para a regular tramitação do procedimento, culminando na celebração do contrato, poderão ser conduzidos e assegurados pelo órgão adjudicante.

A tramitação é relativamente simples, contando apenas com um convite, o qual deverá ser remetido por meios electrónicos ou mesmo com recurso às plataformas electrónicas disponíveis. Este convite deverá estar instruído com a regulamentação do procedimento e caderno de encargos, bem como com o fundamento de escolha do procedimento, o prazo e o modo para apresentação da proposta (arts.º 115.º, n.º 1 e 113.º, n.º 2 a 5 do CCP) (Silva, 2018).

¹ “Uma proposta deve ser considerada inadequada quando for irrelevante para o contrato, não permitindo manifestamente satisfazer, sem alterações substanciais, as necessidades e requisitos da autoridade adjudicante conforme especificados nos documentos do concurso. Um pedido de participação deve ser considerado inadequado caso o operador económico em causa deva ser ou possa vir a ser excluído, nos termos do artigo 57.º, ou não preencha os critérios de seleção estabelecidos pela autoridade adjudicante nos termos do artigo 58.º”.

Para este tipo de procedimento, existem dois critérios possíveis de formação de contrato, o critério do valor e o critério material, os quais obrigam a que se proceda a uma apreciação mais cuidada.

Muito sumariamente, quanto ao critério de valor, o contrato a celebrar está sujeito a um valor limite conforme descrito nos artigos de 17º a 22º do CCP, sendo que este é o critério regra para a adoção do ajuste direto.

Já no que se refere ao critério material, critério de exceções expressamente previstas, que permite a adoção do ajuste dire-

to independentemente do valor a contratar, o mesmo critério está expresso nos artigos 24.º a 27.º do CCP (Arsénio, 2019).

3.3.1. O Critério de Valor

O critério de valor, ou também referido como critério financeiro, é o critério base para a adoção do ajuste direto, pois este rege-se pelos valores a contratar, que não se podem ultrapassar, referidos nos artigos 19º, 20º, 21º e 31º conforme se pode observar esquematizado na figura 3.

Figura 1 - Limite valores, formação de contratos – elaboração das Autoras

Formação de contratos	Valor	Artigo
Para empreitadas de obras públicas	Inferior a 30.000€	Artigo 19º al. d)
Para aquisição ou locação de bens móveis, ou aquisição de serviços	Inferior a 20.000€	Artigo 20º n.º 1 al. d)
Para outro tipo de contratos (que não configurem contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos, ou contratos de sociedade)	Inferior a 50.000€	Artigo 21º n.º 1 al. c)
Concessão de obra públicas ou serviço público	Inferior a 75.000€	Artigo 31º n.º 4

Este critério de valor do contrato, tem implicações não apenas para o ajuste directo, mas também para qualquer procedimento concursal, dado que o valor do contrato é considerado como o critério geral de escolha do tipo de procedimento a adoptar. De acordo com Sanchez (2020, I, 368), “o recurso à fixação de limiares quantitativos para determinar o tipo de procedimento que a entidade adjudicante deve seleccionar constitui o simples resultado de uma ponderação entre princípios contraditórios que o legislador é forçado a realizar”. Este autor refere-se naturalmente ao princípio da igualdade e da concorrência, explicando ainda que os procedimentos não puramente concorrenciais, ou que tenham fases de negociação, não representam qualquer obstáculo à satisfação do interesse público, revelando-se injustificada uma fobia exacerbada, conforme a demonstrada pelo legislador europeu. O valor é encarado como um critério que permite aquilatar, de forma presumida entenda-se, o interesse dos operadores de mercado num determinado procedimento concursal, mas certo é que não nos podemos esquecer que tal é meramente indicativo, dado que podem existir diversos “pequenos” operadores económicos que estejam interessados num procedimento cujo valor de contrato se fixa até aos €15.000,00 (quinze mil euros) e meia dúzia (ou nem tanto) que poderão ter interesse num procedimento concursal cujo valor de contrato se fixa em €100.000,00 (cem mil euros).

À entidade cumprirá, assim, fundamentar a razão pela qual enveredou pela escolha de um determinado procedimento de adjudicação, não obstante não recair sobre si a obrigação de justificar a exclusão de não adopção de outro tipo procedimental, quando bastará a indicação normativa que está na

sua base. Tal como refere Gonçalves (2020, 512) “a indicação legal de que um procedimento pode ser adotado em razão do valor corresponde a uma permissão legislativa para a adoção desse procedimento, dispensando outras explicações”.

Para além desta limitação em relação ao valor, este critério encontra-se ainda sujeito às regras na escolha das entidades convidadas, previstas no artigo 113º (CCP), a qual competirá à entidade adjudicante. Consequentemente, subsistirá o impedimento de convite de apresentação de propostas por entidades adjudicantes que tenham, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, ultrapassado os montantes limites no valor contratual ou acumulado referenciados na figura 3 conforme disposto no n.º 2 do artigo 113º (CCP). No entanto, para os efeitos aqui expressos é necessário atender a que, caso entidade adjudicante seja o Estado ou uma Região Autónoma, apenas serão considerados os contratos celebrados no mesmo gabinete governamental, serviço central ou serviço periférico de cada ministério ou secretaria regional. Já quando a entidade adjudicante seja um município são diferenciados os contratos celebrados no âmbito de cada serviço municipalizado conforme expresso no n.º 3 do artigo 113º (CCP). Se assim não fosse, facilmente seriam atingidos os limiares acima concretizados, vejamos que é incontornável a especialização dos serviços do Estado, a criação de Departamentos e de Divisões nas autarquias locais. Naturalmente que poderá ser criticada esta solução, designadamente pela ultra divisão ou compartimentação dos serviços do Estado e das autarquias locais, mas não nos vamos ater com estes considerandos nesta sede, por se revelarem, de alguma forma, alheios ao objecto do nosso estudo.

As limitações expressas no n.º 2 do artigo 113º (CCP), não se aplicam à formação de contratos no âmbito do n.º 4 do artigo 113º (CCP), quando em autarquias locais a entidade convidada a apresentar proposta seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa (certificada enquanto tal nos termos da lei), com sede e atividade efetiva no território do concelho da autarquia, e esta fundamenta que nesse território a entidade convidada a apresentar proposta é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a alocar ou a adquirir.

Cumpra ainda esclarecer que não é permitido o convite a apresentação de propostas a entidades que, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores, tenham prestado serviços, executado obras ou fornecido bens móveis à entidade adjudicante gratuitamente, salvo se tal tivesse ocorrido ao abrigo do Estatuto do Mecenato, conforme expresso no n.º 5 do artigo 113º (CCP).

Também não é permitido o convite a apresentação de propostas a entidades que partilhem, ainda que parcialmente, sócios e/ou representantes legais, sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo das expressas, como as entidades excluídas pelo n.º 2 e/ou n.º 5 do artigo 113º (CCP). Não podemos deixar de sublinhar que estas situações têm gerado alguma polémica, designadamente por ocorrerem situações em que, por exemplo, o gerente de direito não passa de um/a “testa de ferro”, existindo, no entanto, coincidência do gerente de facto com outras entidades que reuniam as condições de exclusão daquele artigo, que não é facilmente aquilatável. Também tem sido discutido, designadamente na

jurisprudência europeia², a questão das relações de domínio ou de grupo de empresas, podendo, assim, gerar situações de questionável restrição à concorrência, não obstante se pretender precisamente o inverso (Oliveira, 2016).

É deveras discutida a questão do fraccionamento da despesa, com vista à adoção de um procedimento sem cariz concorrencial (veja-se o disposto no n.º 8 do art.º 17.º do CCP). O critério do valor serve, precisamente, como critério orientador e a sua violação implica sancionamento, designadamente pelo Tribunal de Contas, caso contrário estaríamos perante disposições legais vazias de sentido. Tal é precisamente o que decorre do disposto na al. l) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC, sendo possível a aplicação de multas a entidades adjudicantes pela “Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública”. Veja-se com interesse para este critério a sentença proferida pelo Tribunal de Contas n.º 5/2019, 3.ª Secção, no Processo n.º 4/2019-JRF/3.ª Secção, cujo relator fora o Juiz Conselheiro António Francisco Martins³.

3.3.2. O Critério Material

Conforme referido anteriormente, no que diz respeito ao critério material, é permitida a celebração de contratos de qualquer valor, sem prejuízo das exceções expressamente previstas. No entanto, para que seja possível utilizar este critério, o órgão competente para a decisão de contratar tem de fundamentar de forma clara e objetiva que a situação em concreto reúne os pressupostos constantes das alíneas dos artigos 24.º a 27.º do CCP, conforme sintetizado na figura 2.

Figura 2 - Critério material (Artigos)

Artigo 24º	Escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos.
Artigo 25º	Escolha do ajuste direto para a formação de contratos de empreitada de obras públicas.
Artigo 26º	Escolha do ajuste direto para a formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis.
Artigo 27º	Escolha do ajuste direto para a formação de contratos de aquisição de serviços.

Fonte: Autoria própria

² Veja-se o acórdão Assitur disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0538>

³ Disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Sentencas/3s/Documents/2019/st005-2019-3s.pdf> que concluiu o seguinte “A violação do princípio da unidade da despesa, do limite do valor para o procedimento por ajuste direto e da proibição de convidar entidades a quem foram adjudicados o mesmo tipo de serviços, por ajuste direto, nos dois anos anteriores e com preço acumulado igual ou superior ao limite previsto no art.º 20º, no 1.º, al. a) do CCP, configura a violação de normas legais relativas à contratação pública, preenchendo a previsão objetiva da infração financeira sancionatória, p. e p. na primeira parte da al. l) do no 1 do art.º 65.º da LOPTC.

Tendo os demandados conhecimento que estavam a contrariar as limitações impostas, por via do valor, para o ajuste direto e a fracionar a despesa do ano económico, assim como a contrariar a proibição de convidar e adjudicar serviços, materialmente à mesma entidade que prestara aqueles serviços nos dois anos económicos anteriores e levando a cabo tais ações, sabendo e aceitando violar e contrariar as disposições legais a que estavam vinculados, agiram os demandados com dolo necessário”.

Na eventualidade de estarmos perante a adoção de um procedimento concursal que viole o princípio da legalidade, ou seja, fundamentado fora dos casos previstos na lei, no que ao critério material diz respeito, este enfermará (em princípio) de nulidade. Assim, é necessário apurar as razões procedimentais que facultam o recurso ao ajuste direto, qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, tal como se encontram concretizadas no art.º 24.º do CCP.

3.3.2.1. Escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos

Uma das razões que poderá determinar a escolha pelo ajuste directo, independentemente do valor do contrato a celebrar, será o caso de se tratar de uma situação em que o procedimento concursal fique deserto, nos termos da alínea a), n.º 1 do artigo 24.º (CCP). Nestes casos estamos perante uma situação em que, no concurso limitado por prévia qualificação não foi apresentado qualquer candidato e no caso de um concurso público nenhum concorrente apresentou proposta. Na eventualidade de estarmos perante um concurso deserto, para se enveredar por um ajuste direto o caderno de encargos, se for o caso, e os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, não podem ser substancialmente alterados em relação aos termos anteriormente apresentados no concurso público, sob pena de estarmos a subverter por completo o princípio da concorrência e a igualdade de oportunidades (Brito, 2011). Quanto ao disposto na alínea b), n.º 1 do artigo 24.º (CCP), necessário se revela que todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas e que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao procedimento que lhe precedeu.

Acresce ainda que, acordo com a alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º (CCP), é necessária a verificação de três requisitos principais, que se interligam entre si, designadamente i) a existência de “urgência imperiosa”; ii) a existência de “circunstâncias imprevisíveis”; iii) a não imputabilidade dos factos à entidade adjudicante.

Para além destes três requisitos principais, podemos considerar que existem ainda outros dois complementares, designadamente, i) a utilização do ajuste direto apenas pode ser feita na “medida do estritamente necessário”, o que representa uma limitação à extensão do seu âmbito e objeto; ii) recurso ao ajuste direto apenas é possível quando “não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos”, o que constitui um requisito prévio.

Claro que estes conceitos e requisitos carecem de interpretação e de serem densificados, tal como concretizou Tribunal de Contas, no Acórdão do n.º 1/2018, 29-1- 1.ª Secção-Plenário⁴, que concretizou “...não é qualquer urgência que pode funda-

mentar a aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º (CCP), mas apenas a urgência “imperiosa”, isto é, uma urgência de nível superior, a urgência “imprescindível”, aquela urgência que não se discute, que não oferece dúvidas ao “homem médio””. O critério de urgência imperiosa é um dos mais invocados pelas entidades adjudicantes, porém é justamente devido à falta de preenchimento dos respetivos requisitos, que é uma das exceções que mais tem justificado a censura do Tribunal de Contas. Este Tribunal tem entendido que “o ajuste directo é uma modalidade excecional de procedimento concursal assente em requisitos taxativos que como tal devem ser interpretados”⁵.

Maria da Glória Garcia (2012, p. 560) adensa ainda a questão ao salientar que os requisitos principais por vezes não são verificáveis sem mais quando nos diz que “pode acontecer que se esteja perante acontecimentos previsíveis mas de baixa probabilidade – pensemos no caso de intempéries altamente destrutivas em zonas de risco - e se justifique a urgência imperiosa, se avanços científicos demonstrarem a elevação da probabilidade do risco. E pode acontecer também que se esteja perante circunstâncias imputáveis à entidade adjudicante mas que, mesmo assim, se justifique a urgência imperiosa – pensemos no caso de insanidade mental do titular do órgão decisor ou no caso de alteração de uma específica política pública de importância fundamental para o desenvolvimento económico, na sequência de mudança governamental. Em qualquer dos casos, de acordo com o disposto no artigo 24.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos, não é possível invocar urgência imperiosa e, no entanto, esta pode justificar-se”. Concluindo-se, assim, que nem sequer o legislador conseguiu concretizar da melhor forma este regime considerado excecional, devendo remeter para o caso concreto a sua solução, não obstante a existência de um princípio da legalidade e taxatividade dos procedimentos. O Acórdão do n.º 1/2018, 29-1- 1.ª Secção-Plenário, refere que as «Circunstâncias imprevisíveis são aquelas que resultam de acontecimentos que qualquer pessoa, por mais diligente que seja, não pode em qualquer caso prever ou anteciper. Enquadram-se no âmbito deste conceito, as calamidades naturais, por exemplo. Mas não se enquadram nele os incidentes processuais inerentes a um qualquer procedimento aquisitivo, como sejam as reclamações ou os recursos judiciais, que, apesar da sua ocorrência ocasional, são acontecimentos marcados por alguma previsibilidade». Revela-se, assim, acessível que as circunstâncias imprevisíveis deverão ter como ponto de partida a figura do Homem médio, ou, se preferirem, da pessoa razoável.

É ainda possível adotar o ajuste direto por critério material de acordo com a hipótese prevista no n.º 6 do artigo 24.º, conjugado com o n.º 5 do mesmo artigo, quando estejam em causa

⁴ Disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2018/ac001-2018-1spl.pdf>.

⁵ Veja-se o acórdão 012/2017, proferido a 31 de Outubro de 2017, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2017/ac012-2017-1sss.pdf>

entidades dos sectores especiais (ou atividades dos sectores especiais), abrangendo-se também aqui o procedimento de negociação. De acordo com a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º (CCP), as prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões: i) O objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico; ii) Não exista concorrência por motivos técnicos; iii) Seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual.

3.3.2.1.1. O objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico

Nestes casos, a aquisição de uma obra de arte (diferente de arquitetura) ou contratação de um artista não é passível de ser adquirida a qualquer outro operador económico. Esta é a questão da reputação da obra ou do artista, e os motivos justificativos da aquisição de uma certa obra ou de um certo artista. A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, refere na alínea b), do artigo 32.º que “quando as obras, os produtos ou os serviços só puderem ser fornecidos por um determinado operador económico, por uma das seguintes razões: i) o objetivo do concurso é a criação ou a aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico únicos”. Assim, neste valor incluem-se todos os bens, serviços ou obras conexas com a obra ou o espetáculo a adquirir, designadamente, a criação, execução e interpretação de obras; os materiais, equipamentos, transporte e processos produtivos de suporte às artes do espetáculo ou do audiovisual; a produção, realização e divulgação de artes do espetáculo ou do audiovisual, incluindo de valorização e divulgação das obras e dos artistas.

3.3.2.1.2. Não exista concorrência por motivos técnicos

Nestes casos, a existência de apenas um operador com a especialidade pretendida ou que dispõe do produto ou serviço pretendido é preponderante. Por conseguinte, a inexistência de alternativa razoável equivalente dará origem ao problema das especificações (técnicas e de outra natureza), que não serão atendíveis por qualquer outro eventual interessado.

Naturalmente que estes tipos de concretizações poderão gerar conflitos ou diferenças de opinião e poderão conduzir a entendimentos, de alguma forma, subjectivos. O Tribunal de Contas considerou que, por exemplo, no Acórdão n.º 15/2021, de 22 de junho, da 1.ª secção, proferido no processo n.º 867/2021, cujo relator fora o Juiz Conselheiro Alziro Antunes Cardoso⁶, que “a opção pelo ajuste direto, por razões técnicas, só é admitida quando no mercado exista ou se mostre habilitada uma empresa ou entidade capaz de executar o contrato”, excluindo desta pretensa exclusividade, não obstante poderem existir especificações alegadamente disponibilizadas por apenas uma entidade, o mercado dos seguros, dado que se trata de um mercado marcadamente concorrencial.

Por conseguinte, revela-se inequívoco que, para ser invocado este critério, tem de ser amplamente justificado, dado que se revela como uma restrição pura ao mercado concorrencial⁷, especialmente quando a excessiva pormenorização tem em vista uma restrição deste⁸.

3.3.2.1.3. Seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual.

Neste contexto, podemos incluir os direitos de propriedade industrial ou intelectual, como as marcas e as patentes, entre outros e inexistência de alternativa razoável.

Segundo o n.º 4 do artigo 24.º (CCP): “O ajuste direto com fundamento no disposto nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar”.

O Supremo Tribunal Administrativo, no Acórdão proferido no processo n.º 011/11, de 21 de junho de 2011, cujo Relator fora do Conselheiro Pires Esteves, decidiu que o ajuste directo com “fundamento na protecção de direitos exclusivos visa proteger os direitos de autor consagrados genericamente no Código dos Direitos de Autor (DL n.º 63/85 de 14/03), valendo por dizer que este critério não poderá ser adotado como forma de obviar às regras da concorrência, dado que presume que ela inexistia⁹. Este critério não deve ainda ser adoptado como fundamento para assegurar a continuidade de uma prestação ou preferência por uma entidade¹⁰, dado que tal não afasta a

⁶ Disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2021/ac015-2021-1sss.pdf>.

⁷ Com interesse veja-se o acórdão n.º 1/2020 proferido pelo Tribunal de Contas no processo n.º 60/2020, de 18 de fevereiro de 2020, cujo relator fora o Conselheiro Fernando Oliveira Silva <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2020/ac11-2020-1sss.pdf>.

⁸ Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Administrativo, no Acórdão proferido no processo n.º 01576/21.4BEPRT, de 30 de março de 2023, cujo Relator fora o Conselheiro Adriano Cunha “Sem prejuízo da liberdade das entidades adjudicantes na estipulação das especificações técnicas, há limites que não podem ser ultrapassados, nomeadamente quando, através da excessiva pormenorização ou da natureza excessivamente restritiva das especificações técnicas estabelecidas, resulta entravada a concorrência e beneficiado determinado operador – tudo contra o legalmente imposto, a este propósito, no art. 42º n.º 2 da Diretiva 2014/24, refletido no art. 49º n.º 4 do CCP (cfr. Ac.TJUE de 25/10/2018, C-413/17, “Roche Lietuva”, considerando 29 e segs.)”, disponível em https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb-f22e1bb1e680256f8e003ea931/a09a2979d4616b8980258988004dc388?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1.

⁹ Acórdão disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb-f22e1bb1e680256f8e003ea931/a4b5e327c0c9df58802578bc003b6629?OpenDocument&ExpandSection=1>.

¹⁰ Veja-se com relevância a este respeito o Acórdão do Tribunal de Contas 33/2019, proferido no processo n.º 2270/2019, cujo relator fora o Conselheiro Fernando Oliveira Silva quando nos diz que “A intenção de adjudicação do projeto de arquitetura com natureza intuitus personae a arquiteto de elevado prestígio nacional e internacional não encontra fundamento legal, pois não são válidos os argumentos utilizados pelo Município para justificar que a elaboração do projeto de conceção apenas pode ser confiada àquele arquiteto”, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2019/ac033-2019-1sss.pdf>.

possibilidade de um trabalho ou de determinados bens não poderem ser prestados ou fornecidos por outra entidade¹¹.

3.3.2.1.4. Outros critérios de escolha do ajuste direto

Para além dos casos supra enunciados, o legislador permitiu ainda o alargamento do ajuste directo a vários tipos de contratos, uma vez que tal se justificasse, embora enuncie de forma estrita a sua admissibilidade. No caso de contratos de empreitada de obras públicas, é possível adotar o ajuste direto quando exista “um projeto base comum”, nos termos do art.º 25.º do CCP. Nos termos do art.º 26.º do CCP o ajuste directo pode ser igualmente aplicado nos contratos de locação e aquisição de bens móveis, uma vez que tal não implica um ónus permanente, mas meramente transitório para a entidade adjudicante e a possibilidade de se enveredar por um procedimento diferente implicasse, por exemplo, incompatibilidades ou dificuldades técnicas de utilização e manutenção desproporcionada, condições menos vantajosas, ou ao abrigo de um acordo-quadro. Já quanto à aquisição de serviços, à semelhança do que se verificou resultar do artigo 25.º do CCP, é possível adotar o ajuste direto quando exista “um projeto base comum”, conforme referido no ponto i) da alínea a) do n.º1, replicando-se, ainda, a argumentação aduzida para os contratos de locação, que implica, salvo melhor opinião, uma ponderação de oportunidade e consenso para a entidade adjudicante.

3.4. Ajuste direto simplificado

Além do regime geral de ajuste direto, abordado anteriormente, existe ainda o ajuste direto simplificado. Este tipo de procedimento caracteriza-se pela aquisição ou locação de bens móveis, ou de aquisição de serviços a um preço contratual que não pode ultrapassar o valor de 5 000€, ou 10 000€ quando se refere a empreitadas de obras públicas conforme o n.º1 do artigo 128º (CCP), e este preço contratual não pode ser revisto conforme disposto na al. b) do artigo 129º (CCP). Este tipo de procedimento de adjudicação obriga à verificação de determinados pressupostos, designadamente, i) um pressuposto qualitativo, ii) um pressuposto quantitativo – preço contratual, e a iii) um pressuposto temporal – prazo de execução do contrato. No que concerne ao primeiro pressuposto, o regime simplificado, desde a Revisão de 2017, abrange todos os contratos públicos mais frequentemente utilizados na Administração Pública (Sanchez, 2020 II), nos termos do n.º 1 do art.º 128.º do CCP. Quanto ao pressuposto quantitativo,

face aos valores acima identificados o único apontamento de relevo refere-se ao facto de o valor do contrato nunca poder ser revisto durante a execução contratual, conforme positivado no n.º 1 do art.º 128.º e al. b) do art.º 129.º do CCP. Já no que tange ao terceiro pressuposto, o prazo de execução do contrato não pode exceder um ano a contar da data prevista da adjudicação, sendo que este não poderá ser prorrogado, no entanto, no que concerne às obrigações acessórias – uma vez que se tratará de benefícios para a entidade adjudicante – poderão prolongar-se, por exemplo, de acordo com o prazo legal para as mesmas, como é o caso da garantia dos bens adquiridos ou o sigilo (veja-se a al. a) do art.º 129.º do CCP). Por maioria de razão, não podem ser exigidas obrigações acessórias, como as referidas, para além do prazo legalmente previsto para essas.

Esta adjudicação é feita sobre uma fatura ou documento equivalente que pode ser realizada pelo órgão competente para a decisão de contratar. Este procedimento está dispensado de qualquer formalidade, tais como o regime de faturação eletrónica, a publicação, e a designação do gestor de contrato conforme n.º 3 do artigo 128º (CCP). Como refere Sanchez (2020 II, 564) “esta adjudicação equivale à demonstração implícita pelo órgão competente para a decisão de contratar, de que aceita os termos em que os contactos informais com o adjudicatário tiveram lugar e de que os respectivos mérito e legalidade não merecem reparos”.

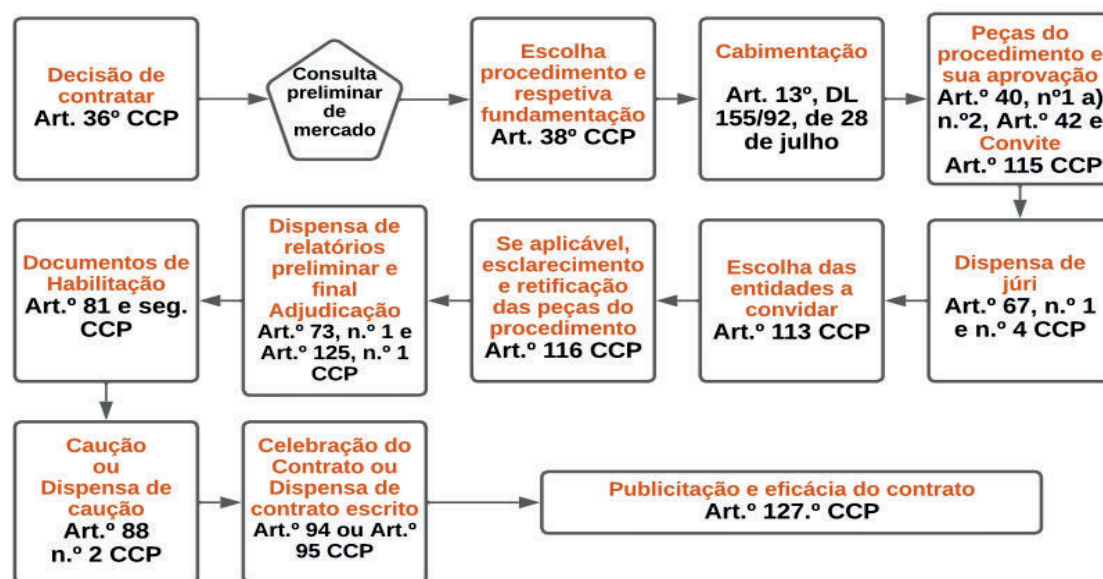
Este procedimento é certamente aquele que conta com menor formalidade e que mais se afasta do regime concorrencial, contudo nada obsta a que a entidade adjudicante consulte mais do que um operador económico, como se de uma consulta informal tratasse, para aquilatar quem providenciará um melhor serviço e satisfará adequadamente o interesse público. De qualquer maneira, convém ter presente o disposto no n.º 3 do art.º 128.º que refere a exoneração de, quanto à fase pós-adjudicatória ou de execução do contrato, “quaisquer outras formalidades previstas no presente Código”.

4. Síntese do processo dos ajustes diretos

No seguimento do explanado anteriormente, e para uma melhor compreensão de toda a temática abordada, verificou-se a necessidade de realizar uma pequena síntese do processo de ajustes diretos, através da esquematização presente na figura 3.

¹¹ Veja-se o acórdão n.º 18/06 de 14 de Março, recurso ordinário n.º 7/2006, proferido no processo n.º 2765/2005, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2006/ac018-2006-1spl.pdf>

Figura 3 - Síntese do processo dos ajustes diretos



Fonte: Autoria própria

Para ser desencadeado qualquer tipo de procedimento de contratação pública, assim como o procedimento de ajuste direto, é necessária a decisão de contratar. Esta decisão é o assumir a existência de uma necessidade da entidade adjudicante, que deve ser fundamentada pelo órgão competente para autorizar a despesa do contrato a celebrar, segundo o n.º1 do artigo 36.º do CCP.

Realiza-se posteriormente uma consulta preliminar do mercado ou consulta informal do mercado, com efeito no artigo 35º-A do CCP. Esta é uma ferramenta de auxílio que visa uma auscultação do mercado para verificar o que o mesmo oferece em matéria de preço, aspetos técnicos, prazos e dados sobre a procura/oferta, com vista à obtenção de uma proposta economicamente mais vantajosa e alcançar os resultados pretendidos para fazer fase a necessidade identificada na fase anterior. Esta consulta não tem uma função vinculativa obrigacional, nem é uma fase obrigatória, mas sim opcional, no entanto revela-se aconselhável realizá-la, sobretudo nos procedimentos de cariz não puramente concorrencial.

A escolha do procedimento de adjudicação é efetuada em função das necessidades da entidade adjudicante, do valor do contrato e da urgência para a satisfação do contrato, e a mesma é fundamentada pelo órgão competente por contratar, conforme o artigo 38º do CCP.

Após estas etapas, é realizada a cabimentação, como consta no artigo 13º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de julho, ou seja, os organismos e serviços realizam um registo de cabimento prévio onde estão estipulados os encargos prováveis e posteriormente é assumido o compromisso. A cabimentação encontra-se prevista na Norma de Contabilidade Pública (NCP) 26, onde é referido que o cabimento é a reserva de dotação disponível para posterior processamento de despesa, consoante o valor dos encargos prováveis para assegurar que

existirá a dotação necessária para assunção do compromisso. Fundamentando a autorização da despesa, este registo é suportado por um documento interno.

São elaboradas as peças do procedimento para a formação do contrato, aprovadas pelo órgão competente para a decisão de contratar conforme o n.º 2 do artigo 40.º do CCP, que, no caso do ajuste direto, tal como consta na alínea a) do n.º 1 do artigo 40.º do CCP será o convite à apresentação de propostas estipulado no artigo 115.º do CCP e o caderno de encargos previsto no artigo 42.º do CCP.

Como tivemos oportunidade de referir, o ajuste direto não obriga à formação de um júri de procedimento, dispensando assim esta figura nos termos do artigo n.º 1 do artigo 67.º do CCP. Por conseguinte, o órgão competente para a decisão de contratar escolhe as entidades a convidar a apresentar proposta, como estipulado pelo n.º 1 do artigo 113º do CCP, tendo em conta todas as regras previstas no artigo 113º do CCP. Naturalmente que o carácter simplificado do procedimento não obsta a que sejam prestados esclarecimentos, sob pena de se esvaziar de garantias ou direitos o sujeito passivo do procedimento, ou seja, o operador económico. Se aplicável é realizado o esclarecimento e retificações das peças do procedimento conforme estabelecido no artigo 116.º do CCP. Atento o regime do ajuste direto é dispensada a elaboração de relatórios preliminar e final de adjudicação. Por conseguinte, nesta fase o órgão competente para a decisão de contratar aceita a proposta apresentada conforme o n.º1 do artigo 73.º do CCP e n.º1 do artigo 125º do CCP.

Posto isto, o órgão competente para a decisão de contratar solicita os documentos de habilitação conforme disposto no artigo 81.º e seguintes do CCP e estipula prazos para o efeito. Estes documentos são a declaração do anexo II do CCP, documentos comprovativos, como o registo criminal ou

equivalente, e é necessário verificar que o candidato não se encontra nas situações previstas nas alíneas b), d) e) e h) do n.º1 do artigo 55.º do CCP. São ainda necessários documentos relativos à situação tributária e contributiva de modo aos mesmos terem a sua situação regularizada e a habilitação, nomeadamente a titularidade de alvará e certificado de empreiteiro de obras públicas, este último apenas no caso de se tratar de um procedimento de formação de contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas. Existe a dispensa de apresentação dos comprovativos de não se encontrar nas situações previstas nas alíneas b), d) e) e h) do n.º1 do artigo 55.º (CCP), no caso de a entidade estar registada no Portal Nacional de Fornecedores do Estado conforme disposto no n.º10 do artigo 81º (CCP).

Depois de aceite a proposta pelo órgão competente, e verificada a legalidade do processo, quando aplicável, verifica-se a necessidade de prestação de uma caução que garanta a celebração do contrato e o pontual e exato cumprimento de todas as obrigações legais conforme n.º1 do artigo 88.º (CCP). No caso de o valor contratual ser inferior a €500.000,00 (quinhentos mil euros), ou o adjudicatário ser uma entidade prevista no artigo 2.º e 7.º do CCP ou quando se trata de contratos previstos na alínea c) do n.º1 do artigo 95º do CCP, é dispensada a necessidade de prestação de caução nos termos da alínea a) do n.º2 do artigo 88º do CCP.

Na reta final do procedimento, são verificados os requisitos para a redução, inexigibilidade e dispensa de redução de contrato a escrito para o procedimento. Assim, se estiver prevista a redução do contrato a escrito, o mesmo tem de ser reduzido por escrito com recurso à elaboração de um clausulado em suporte informático com assinaturas digitais, salvo se não tiver sido utilizada uma plataforma eletrónica. Neste último caso, é possível o suporte papel conforme estipulado pelo n.º 1 do artigo 94.º do CCP, todas as despesas e encargos inerentes à redução a escrito, são da responsabilidade da entidade adjudicante, salvo disposição em contrário no programa de procedimentos, não sendo aplicáveis impostos legalmente devidos pelo adjudicatário nos termos do n.º 2 do artigo 94.º do CCP. Pode também ser inexigível ou dispensada a redução do contrato a escrito conforme o estipulado do artigo 95º do CCP. Por fim, realiza-se a publicação no portal dos contratos públicos (Portal BASE), no caso do ajuste direto regime geral, excetuando o ajuste direto regime simplificado, através da ficha modelo constante da portaria dos membros do governo, e assume-se assim a eficácia do contrato, independentemente da redução por escrito ou não, nos termos do n.º 1 e n.º 3 do artigo 127.º (CCP).

5. Curiosidades do Portal BASE

Denominado Portal BASE, o portal dos contratos públicos, destina-se a divulgar informação pública sobre os contratos públicos sujeitos ao regime do Código dos Contratos Públicos, de acordo com o previsto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que alterou e republicou o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

O portal BASE tem como função primordial centralizar a informação sobre os contratos públicos celebrados em Portugal, configurando um espaço virtual onde são publicitados os elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, permitindo assim o seu acompanhamento e monitorização.

Este portal é de importância inegável para a transparência na Administração Pública, através da divulgação de informação alargada sobre contratação pública. De acordo com o disposto no artigo 127.º do CCP, a “publicitação é condição de eficácia do respetivo contrato, independentemente da sua redução ou não a escrito, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos. A publicitação dos contratos ocorre na sequência da comunicação, efetuada pela entidade adjudicante, do respetivo Relatório de Contratação (para contratos relacionados com obras públicas) ou do Relatório de Formação de Contrato (para contratos relacionados com bens e serviços).”

Relativamente ao tema em estudo, no ajuste direto (regime geral), é obrigatória a divulgação no Portal BASE, para contratos de qualquer valor, de acordo com o artigo 127.º (CCP). No caso do regime simplificado, essa publicitação é dispensada, nos termos do n.º 3 do artigo 128.º.

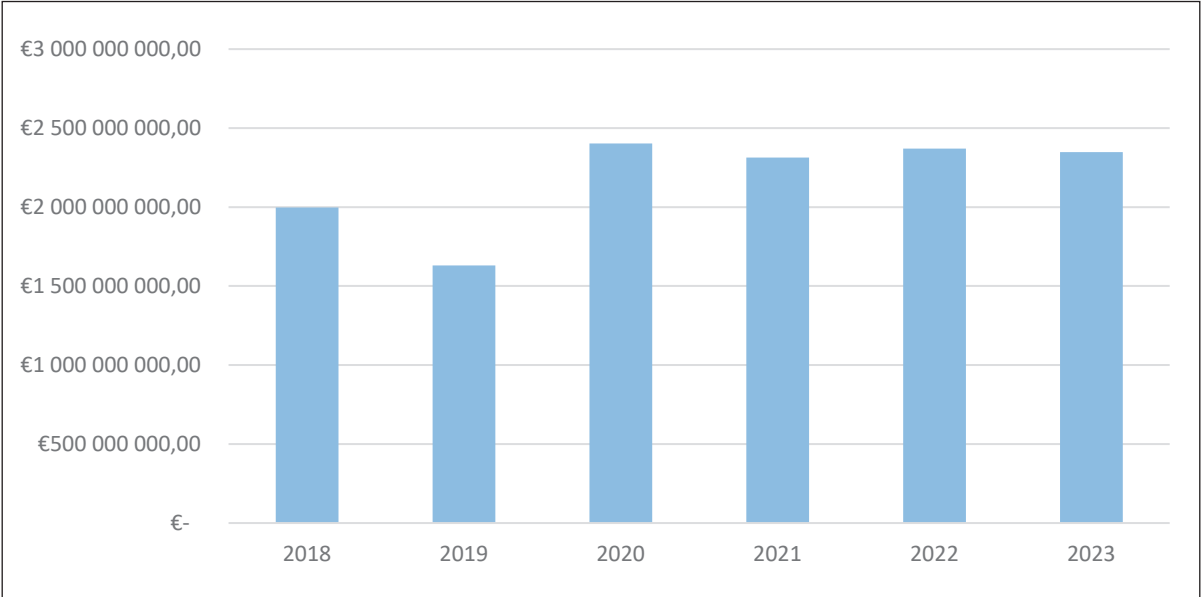
5.1. Análise do ajuste direto (regime geral) no Portal BASE

Analisando os dados disponíveis no portal BASE relativamente ao ajuste direto, verificar-se-á a evolução e comparação aproximadamente dos últimos 6 anos, de janeiro de 2018 a dezembro de 2022. Os dados analisados do portal Base (<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/>, consultado a 14 de janeiro de 2024) são os totais à data, porém, como existem contratos que são publicados em data bastante posterior à da celebração do contrato - neste período concreto existem casos em que a diferença entre a data da contratação e a data da publicação no

portal é superior a 2100 dias - podem surgir novos elementos referentes ao período em análise, que ainda não se encontrem publicados. De acordo com o CCP e a portaria n.º 318-B/2023 de 25 de outubro, os dados devem de ser publicados até 20 dias úteis após a celebração do contrato escrito ou 20 dias úteis após o início da sua execução caso o mesmo não tenha

sido outorgado por escrito, porém da análise não se verifica (em parte) o cumprimento do estabelecido. De acordo com os dados do gráfico 1 podemos verificar um aumento significativo em 2020, em muito influenciado com a necessidade de utilização dos ajustes diretos no âmbito da pandemia mundial Covid-19.

Gráfico 1 - Total de preço contratual em ajuste direto regime geral, entre 2018 e 2023



Fonte: Autoria própria Dados: PortalBASE

Decorrente da análise anterior, surgiu a necessidade de verificar a quantidade de contratos superiores a 1.000.000,00€, no período igualmente referente aos últimos 6 anos, e tentar enquadrar a sua evolução e fundamentação. Assim, de acordo com a figura 6, podemos verificar que 2023

foi o ano no qual se realizaram o maior número de contratos superiores a 1.000.000,00€, porém em 2020 apesar de o número de contratos ser inferior, o valor foi o mais alto do período analisado.

Figura 4 - Ajuste direto (Regime geral) n.º de contratos realizados superiores a 1.000.000,00€ e respetivo valor (2018-2023)

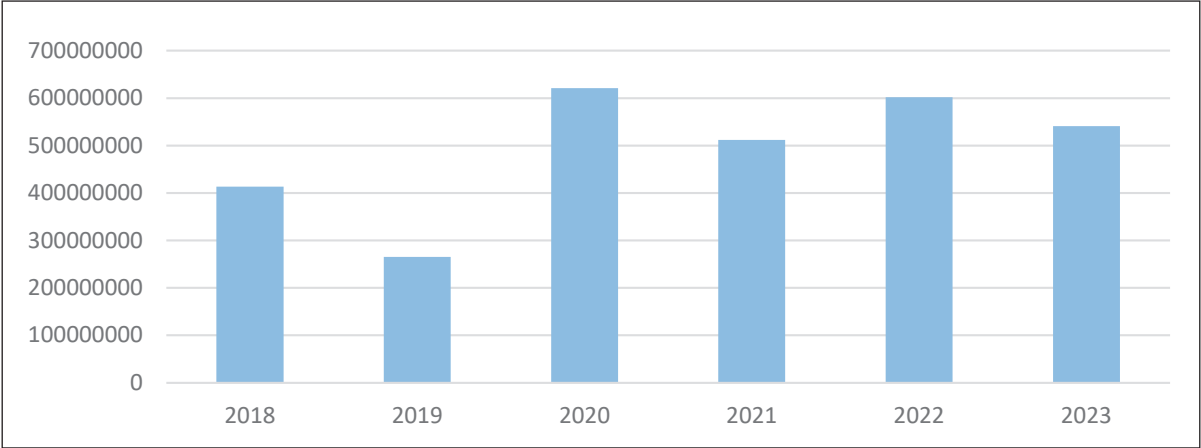
Ano	Preço Contratual	Nº Contratos
2018	413 533 310,27 €	127
2019	265 519 124,46 €	102
2020	620 684 458,33 €	169
2021	512 134 672,49 €	181
2022	601 801 018,47 €	209
2023	540 689 503,25 €	216

Fonte: Autoria própria Dados: PortalBASE

Da análise do gráfico 2, podemos concluir que ao longo dos últimos 4 anos (2020 – 2023), o somatório do valor dos

contratos superiores a 1.000.000,00€ foi sempre superior a 500.000.000,00€.

Gráfico 2 - Ajuste direto (Regime geral) em contratos superiores a 1.000.000,00€ (2018-2023)



Fonte: Autoria própria Dados: PortalBASE

As empresas que obtiveram o maior número de contratos superiores a 1.000.000,00€ durante 2018 e 2023, foram empresas relacionadas com a área da saúde, conforme elenca a figura 5.

Figura 5 - Empresas com maior número de contratos superiores a 1.000.000,00€ entre 2018 e 2023

Empresa	Somatório Preço Contratual	Nº de Contratos
Alnypt, Sociedade Unipessoal, Lda. (514799633)	93 894 298,64 €	31
Vertex Pharmaceuticals (Portugal), Unipessoal Lda (513481613)	44 132 941,70 €	15
Lab. Pfizer, Lda. (500162166)	30 812 531,60 €	11

Fonte: Autoria própria Dados: PortalBASE

Nesse mesmo período, nas empresas com os valores dos contratos mais elevados, verificamos laboratórios farmacêuticos, relacionados com a vacinação de combate à pandemia Covid-19, conforme elenca a figura 6.

Figura 6 - Empresas com os valores contratuais mais elevados, entre 2018 e 2023

Empresa	Somatório do Preço Contratual
Alnypt, Sociedade Unipessoal, Lda. (514799633)	93 894 298,64
Pfizer Biofarmacêutica, Sociedade Unipessoal, Lda (513300376)	92 360 998,00
Siemens Mobility Unipessoal, Lda. (514750901)	55 616 466,36
Moderna Switzerland GmbH (CHE344522989)	46 027 155,00

Fonte: Autoria própria Dados: PortalBASE

Decorrente da análise dos dados da figura 7, verificamos que a fundamentação mais utilizada nos contratos com valores superiores a 1.000.000,00€ é a urgência imperiosa, de acordo com a alínea c) do n.º1, do artigo 24º (CCP).

Figura 7 - Fundamentação dos contratos de valor superiores a 1.000.000,00€ (2018-2023)

Fundamentação	Somatório Preço Contratual	Contratos Realizados
Artigo 24.º, n.º 1, alínea c) do Código dos Contratos Públicos	966 659 132,80 €	334
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea ii) do Código dos Contratos Públicos	509 460 712,96 €	193
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do Código dos Contratos Públicos	496 375 732,67 €	173
Artigo 2º, n.º 1 do DL . n.º 10-A/2020, de 13.03	326 224 292,34 €	77
Artigo 24.º, n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos	107 339 225,55 €	29
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e) do Código dos Contratos Públicos	59 007 140,16 €	27
Artigo 27.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	46 374 855,93 €	26
Artigo 24.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	37 269 367,50 €	20
Artigo 27.º, n.º 1, alínea g) do Código dos Contratos Públicos	20 076 686,00 €	15
Artigo 258.º do Código dos Contratos Públicos	30 222 002,87 €	13
Artigo 26.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	16 284 664,96 €	12
Artigo 21.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos	18 860 037,40 €	7
Artigo 24.º, n.º 1, alínea b) do CCP versão D.L.n.º 78/2022	13 185 799,18 €	7
Artigo 25.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	29 972 543,57 €	7
Artigo 21.º, n.º 1, alínea c) do Código dos Contratos Públicos	10 958 027,43 €	6
Artigo 20.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	16 609 491,43 €	5
Artigo 26.º, n.º 1, alínea c) do Código dos Contratos Públicos	4 686 440,86 €	4
Artigo 26.º, n.º 1, alínea f) do Código dos Contratos Públicos	12 594 895,76 €	4
Artigo 19.º, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	18 714 342,68 €	3
Artigo 2.º, do DL n.º 168/2019, de 29.11	56 032 782,41 €	3
Artigo 2.º, n.º 1 do DL nº 87/2017, de 27.07	5 474 527,37 €	3
Artigo 24.º, n.º 1, alínea f) do Código dos Contratos Públicos	5 763 313,69 €	3
Artigo 26.º, n.º 1, alínea e) do Código dos Contratos Públicos	12 824 600,00 €	3
Artigo 27.º, n.º 1, alínea h) do Código dos Contratos Públicos	21 510 142,32 €	3
Artigo 149.º, n.º 1, da Lei 12/2022, de 27.06	5 303 937,62 €	2
Artigo 16.º, alínea e) do DL n.º 104/2011, de 06.10	25 218 698,53 €	2
Artigo 19.º, alínea d) do Código dos Contratos Públicos	6 195 000,00 €	2
Artigo 2.º-B, n.º 1, alínea c), do DL10-A/2020, de 13.03	2 576 550,72 €	2
Artigo 20.º, n.º 1, alínea d) do Código dos Contratos Públicos	2 859 864,00 €	2
Artigo 24.º, n.º 1, alínea d) do Código dos Contratos Públicos	7 811 095,87 €	2
Artigo 24.º, n.º 8 do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29.12	3 966 825,00 €	2
Artigo 5.º, n.º 2 do Regulamento (CE) nº1370/2007, de 23.10	12 523 125,33 €	2
Artigo 118.º, n.º 1, da Lei n.º 24-D/2022, de 30.12	4 285 094,23 €	1
Artigo 19.º, alínea a) do Código dos Contratos Públicos e artigo 4.º, nº 1 do DLR nº 34/2008/M, de 14.08	3 797 640,66 €	1
Artigo 22.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	1 950 000,00 €	1
Artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea i) do Código dos Contratos Públicos	1 101 405,00 €	1
Artigo 24.º, n.º 2, alínea b) do Código dos Contratos Públicos	2 226 383,06 €	1
Artigo 24.º, n.º 4 do Código dos Contratos Públicos	1 200 000,00 €	1
Artigo 252.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos	2 601 911,74 €	1
Artigo 26.º, n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos	1 682 196,00 €	1
Artigo 27.º, n.º 1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos	2 664 290,44 €	1
Artigo 35.º, nº 1 do DL nº 29-A/2011, de 01.03	3 069 024,23 €	1
Código dos Contratos Públicos e artigo 38.º do DLR 27/2015/A, de 29.12	20 848 287,00 €	1
Total:	2 954 362 087,27 €	1004

Fonte: Autoria própria **Dados:** PortalBASE

Apesar do aumento verificado no valor dos ajustes diretos em 2020 - em muito influenciado pela Covid-19 - a diminuição verificada nos anos seguintes não é relevante e efetivamente relacionada com a sua exceção criada neste âmbito.

Ainda que existam autores, como Pedro Gonçalves (2022) que considera que existe uma preferência avultada do procedimento do ajuste direto conforme referido num dos seus artigos, “a ideia que se colhe agora é de que este legislador avulso tem uma preferência pelo ajuste direto, que fomenta sempre que entende fazê-lo e até aos limites em que tal lhe é consentido pelo direito da União Europeia. E assim se cria e promove um direito da contratação pública baseado no ajuste direto e, ao mesmo tempo, um Estado que privilegia a contratação por convite e que, sem critério, rejeita submeter-se ao concurso público”. Dada a nossa análise, no portal base podemos verificar que o concurso público continua a ser o procedimento mais adotado, porém verificamos nos anos em análise um grande aumento da utilização do ajuste direto, em muito por situações derivadas de urgências efetivamente imperiosas.

Gonçalves (2022), considera que “é uma lei de bom espírito, de afirmação dos princípios certos e de solenes proclamações, que, de forma expressa, desincentiva o ajuste direto como estratégia de prevenção da corrupção”, a realidade é que por outro lado, os ajustes diretos carecem de publicação, tal como encontra-se estabelecido que os contratos celebrados no âmbito deste procedimento não produzem qualquer efeito se não publicados no portal dos contratos públicos (BASE). Portanto é de referir que relativamente aos princípios da transparência este procedimento vai em conta ao estabelecido nos princípios do CCP o que permite uma maior atenção para a questão da corrupção.

6. Conclusões interlocutórias

O Código dos Contratos Públicos visa flexibilizar, desburocratizar e regulamentar os procedimentos de contratação pública. Neste estudo o procedimento em análise foi o ajuste direto, conceito positivado de forma clara pela primeira vez em novembro de 1957, decorrente de diversas alterações até aos dias de hoje.

O ajuste direto é um procedimento que de facto suscita forte debate relativamente à sua concordância com os princípios do Código dos Contratos Públicos. A realidade é que se este for mal aplicado pode ser uma forma ardilosa de obviar ao princípio da concorrência, no entanto, a obrigatoriedade da publicitação no portal dos contratos públicos e a transparência de dados existente, torna possível ao cidadão proceder à análise crítica de todos estes dados. Revela-se incontornável, no entanto, que a escolha por este procedimento seja devi-

damente fundamentada, precisamente para demonstrar que a postergação dos pilares da contratação pública, designadamente os princípios da igualdade e da transparência, é essencial para a satisfação do interesse público, dado que o ajuste directo é a melhor opção, por ser necessário e imprescindível para a formação do contrato.

Conseguimos, ainda, concluir que, perante a explanação dos critérios referentes à fundamentação da escolha deste procedimento, os critérios do valor e material, com recurso pontual a decisões dos nossos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas, bem como aos dados do portal BASE, existem motivos diferentes para recorrer ao ajuste directo.

Deste modo, através desta análise foi possível concluir que o ajuste direto foi bastante utilizado durante o período de 2020, em muito devido à urgência imperiosa prevista no critério material, e aplicado às necessidades de combate à pandemia mundial Covid-19. Em 2022 verifica-se que foram utilizados €1.978.035.174,65 em contratos de ajuste direto. De facto, o valor é inferior ao de 2021, porém relativamente aos contratos de valores superior a 1.000.000,00€ verificou-se um aumento dos mesmos. Denota-se existir uma tendência de decréscimo do ajuste directo em 2023, embora não tivesse uma expressão significativa, nem explicação preponderante. Apesar de se verificarem diversas opiniões divergentes relativamente à escolha do procedimento do ajuste direto, tendo em conta o facto de os dados serem publicados no portal base e ainda o Tribunal de Contas, em valores superiores a 750.000,00€, fiscalizar os procedimentos, podemos concluir que, em parte, o ajuste direto é eficaz e controlado de forma a poder cumprir integralmente os princípios e regras do CCP. Para sugestão de estudo futuro, consideramos profícua uma abordagem mais abrangente para aferir se Portugal, atendendo à uniformização havida, rumará no mesmo sentido que os outros Estados-Membro da União Europeia, designadamente no que concerne à tendência de adopção de procedimentos de foro concorrencial.

Referências Bibliográficas

Bibliografia:

- Arsénio, T. (2019). O princípio da concorrência na consulta prévia e no ajuste direto.
- Gonçalves, P. (2003). O Contrato Administrativo (Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo). Coimbra Editora.
- Gonçalves, P. (2020, 1). Direito dos Contratos Públicos. Almedina (4).
- Gonçalves, P. (2020). Ajustes diretos de contratos públicos: equívocos perigosos.
- Neves, A. (2011). Os Princípios da Contratação Pública.

Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia – Vol. II. Coimbra Editora.

Oliveira, R. (2010). Os Princípios Gerais da Contratação Pública. Estudos de Contratação Pública – I. Coimbra Editora.

Sanchez, P. F. (2020). Direito da Contratação Pública – Volume I. AAFDL, Editora.

Sanchez, P. F. (2020). Direito da Contratação Pública – Volume II. AAFDL, Editora.

Santos, A., Gonçalves, M., Marques, M. (2016). Direito Económico. Almedina (7).

Sousa, L. V. (2016). Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos - Alterações ao ajuste direto e o (re)surgimento da consulta prévia. *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.

Webgrafia:

Brito, M. (2011). Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais. https://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Bibliografia/os_principios_juridicos_dos_procedimentos_concurrais.pdf.

Garcia, M. (2012). A Urgência nos Procedimentos Pré-contratuais. *V Encontro dos professores portugueses de direito público. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. 123 – 140. http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_final2.pdf.

Gonçalves, P. (2022). A lamentável generalização dos ajustes diretos. <https://observador.pt/opiniao/a-lamentavel-generalizacao-dos-ajustes-diretos/>.

Inês, P. (2018). Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência. Cedipre online. https://www.cedipre.fd.uc.pt/wp-content/uploads/pdfs/co/public_34.pdf.

Oliveira, R. (2016). Restrições à participação em procedimentos de contratação pública. *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1. https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigo_REO_revista1_Cedipre.pdf.

Silva, C. (2018). Manual de Procedimentos Contratação Pública de Bens e Serviços. <https://www.eng.uminho.pt/pt/divulgacaoinstitucional/downloads/Documents/Downloads/GAEF/ManualProcedimentosCCP.pdf>.

Jurisprudência:

Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 21-06-2011, proferido no processo n.º 011/1, disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a4b5e327c0c9df58802578bc003b6629?OpenDocument&ExpandSection=1>;

Ac. Do Supremo Tribunal Administrativo, de 30-03-

2023, proferido no processo n.º 01576/21.4BEPRT, disponível em https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a09a2979d4616b-8980258988004dc388?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1;

Ac. do Tribunal de Contas n.º 33/2019, proferido no processo n.º 2270/2019, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2019/ac033-2019-1sss.pdf>;

Ac. do Tribunal de Contas, n.º 18/06, de 14-03-2006, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2006/ac018-2006-1spl.pdf>;

Ac. do Tribunal de Contas n.º 1/2018, de 29-01-2018, da 1.ª Secção-Plenário disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2018/ac001-2018-1spl.pdf>;

Ac. do Tribunal de Contas n.º 012/2017, de 31-10-2017, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2017/ac012-2017-1sss.pdf>;

Ac. do Tribunal de Contas n.º 15/2021, de 22-06-2021, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2021/ac015-2021-1sss.pdf>;

Ac. do Tribunal de Contas n.º 1/2020, de 18-02-2020, disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2020/ac11-2020-1sss.pdf>.