

A revisão das disposições gerais sobre o âmbito
de aplicação do código dos contratos públicos

The amendments to the general provisions regulating
the scope of application of the portuguese public
procurement code

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA

VOL. 4 Nº 2 NOVEMBRO 2017

WWW.E-PUBLICA.PT

A REVISÃO DAS DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

THE AMENDMENTS TO THE GENERAL PROVISIONS REGULATING THE SCOPE OF APPLICATION OF THE PORTUGUESE PUBLIC PROCUREMENT CODE

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - Cidade Universitária

1649-014 Lisboa - Portugal

sc@servulo.com

Resumo: A questão sobre se o Código dos Contratos Públicos resultante do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto – por impulso recebido da Directiva n.º 2014/24/EU – configura uma revisão do texto de 2008 ou um novo Código não é uma questão menor. Na realidade, a interpretação sistémica de alguns dos preceitos resultantes da redacção de 2017 é, de certa forma, condicionada ao entendimento segundo o qual se mantém, ou não, a política legislativa que dotou de uma essência própria o Código na sua versão de 2008.

O presente estudo limitar-se-á – a título de exercício exemplificativo – à ponderação das alterações verificadas num de entre múltiplos complexos normativos estruturantes, com o qual se depara em primeiro lugar ao proceder a uma leitura sequencial do CCP: o do regime geral do respetivo âmbito de aplicação (artigos 1.º a 6.º-B). Pretende-se apurar se, no que concerne ao Título I (“Disposições gerais”) da Parte I (“Âmbito de aplicação”), se operou uma simples revisão ou se, ao invés, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, traz consigo, nesta matéria, uma verdadeira versão substitutiva do texto de 2008. As conclusões, ainda que necessariamente liminares e precárias – dado o reduzido tempo transcorrido desde a aprovação –, parecem apontar para o primeiro caso.

Palavras-chave: contratação pública; revisão do Código dos Contratos Públicos; directivas sobre contratação pública; disposições gerais; âmbito de aplicação do Código

Abstract: The issue whether the Portuguese Public Procurement Code which results from the entry into force of Decree-Law no. 111-B/2017 of 31 August – as driven by Directive no. 2014/24/EU – is an amended version of the text of 2008 or a wholly new code is not a minor one. In fact, systematic interpretation of several provisions arising out of the 2017 version is, to a certain extent, conditioned by understanding whether the legislative policy that endowed the

1. Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público (Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Diretor da Revista *e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*. Advogado. Sócio Fundador da Sêrvulo & Associados.

Code with its own essence in 2008 remains untouched.

The present paper aims solely – for the purpose of exemplification – at considering the amendments foreseen in one among many complex structuring sets of norms with which one is immediately confronted when one undertakes a sequential reading of the Code: the general provisions on the scope of application (articles 1 to 6-B). The purpose of the paper is to assess if, in what concerns Title I (“General provisions”) of Part I (“Scope of application”), a mere “revision” of the Code took place or whether, quite differently, the Decree-Law no. 111-B/2017 of 31 August brought about a true substitutive version of the text of 2008. The conclusions, necessarily produced in a perfunctory and precarious fashion – given the minimum time elapsed since the passing of the statute –, seem to point towards the first alternative.

Keywords: Public Procurement – Amendments to the Public Procurement Code –European Directives on Public Procurement – General Provisions – Scope of application of the Public Procurement Code

1.

Não parece exagerada a afirmação de que o *Código do Procedimento Administrativo*, o *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, a *Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* e o *Código dos Contratos Públicos* constituem os quatro pilares infraconstitucionais do Direito Administrativo português. Implícitos, ou explícitos de modo mais ou menos discreto, são múltiplos os veios de comunicação e interação entre os quatro subsistemas normativos codificados. Assim por exemplo, o *Código do Procedimento Administrativo* (CPA) remete, no seu n.º 2 do artigo 200.º, a primeira determinação dos contratos administrativos para o CCP. Por seu turno, ainda que com uma exceção, o artigo 308.º do CCP delimita negativamente a incidência do CPA ao subtrair ao seu regime a formação dos atos administrativos emitidos no exercício dos poderes do contraente público. No *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (CPTA), o n.º 1 do artigo 103.º-A, determina que “a impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado”. E, para não deixar de fora qualquer um dos quatro diplomas basilares, refira-se que, estabelecendo uma articulação com o CCP, o n.º 2 do artigo 7.º, do *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* (RRCEC) prescreve que “É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do CPTA, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”.

Trata-se de meros exemplos, entre outros possíveis, para documentar a articulação entre os subgrupos normativos codificados pelos quatro diplomas basilares. Neles se concentram as componentes centrais do Direito Administrativo geral: procedimento (CPA e CCP), atividade e relações jurídicas administrativas substantivas (CPA e Parte III do CCP), tutela jurisdicional (CPTA) e tutela ressarcitória (RRCEC).

2.

Pode dizer-se que o CCP é o primeiro grande monumento normativo infraconstitucional do direito público português do Século XXI. A propriedade de uma tal qualificação não resulta apenas, nem principalmente, da cronologia, mas dos predicados do diploma.

Desde logo, o CCP representou um esforço inovatório profundo, satisfazendo exigências da modernidade refletidas nas directivas em matéria de contratação pública mas reduzindo ao mesmo tempo o número dos procedimentos pré-contratuais e recolhendo num só diploma em modo rigorosamente articulado um regime geral de contratação e as regras especiais aplicáveis nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Ao articular a enunciação do regime geral e do regime especial num só diploma, o legislador português inovou

no domínio da ordenação sistémica, evitando a desnecessária duplicação de textos em que tem incorrido o legislador comunitário. Além disso, ao se adiantar com a codificação ao mesmo tempo do regime das concessões, tanto no plano da atividade pré-contratual como no do desenvolvimento da relação jurídica contratual, o nosso legislador de 2008 abriu caminho para que, na atualidade, se evitasse uma triplicação de diplomas em consequência da aprovação da Directiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adjudicação de contratos de concessão.

Àqueles outros, acresce um passo do maior alcance no sentido da construção de um código verdadeiramente ordenador das atividades jurídicas da feitura e da execução de contratos pela e com a Administração: referimo-nos à inclusão de uma Parte III, dedicada à disciplina de carácter materialmente administrativo de certos contratos. Sem prejuízo da inevitável existência de leis especiais, estabeleceu-se assim, graças à pretensão de consistência, ou seja, de ausência de antinomias, a base lógica de um sistema normativo central adequadamente formalizada num Código.

Uma tal ordenação textualmente acoplada de princípios e regras de carácter procedimental e de carácter substantivo facilita, quando não promove, a interpenetração dos correspondentes regimes. Algumas manifestações desse fenómeno surgiam já na versão inicial do CCP, outras assomam na versão revista. Como exemplo das primeiras, cita-se a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, que prevê que a entidade adjudicante pretenda que o concorrente se vincule quanto a termos ou condições relativos a aspetos de execução do contrato não submetidos a concorrência pelo caderno de encargos. Com a Revisão de 2017, acrescentam-se mais alguns passos no sentido da interpenetração entre regime procedimental e regime substantivo. Esta só é possível, porém, na zona de incidência comum das Partes II e III, ou seja, na área de simultânea sujeição de certos contratos aos dois regimes. Serve de exemplo o n.º 2 do artigo 1.º-A, em cujos termos “As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional”.

Um exemplo de interação entre o procedimento pré-contratual e a execução do contrato graças a uma norma já presente na versão inicial do Código mas desenvolvida e concretizada na versão de 2017 é a alínea c) do n.º 1 do art.º 313.º. O novo texto proíbe alterações subsequentes do contrato que, se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas. A versão inicial não contemplava expressamente a hipótese da admissibilidade de novas propostas à luz de um caderno de encargos que tivesse conformado o contrato segundo as linhas *a posteriori* pretendidas.

3.

Os modos de transversalidade apontados qualificam o diploma de 2008 como verdadeiro Código, orientado por um propósito de simplificação, que, designadamente, assentou na prevenção e eliminação de sobreposições e redundâncias de que enfermavam as Directivas transpostas². A par disso, o diploma de 2008 surge de novo como um verdadeiro código quando, na Parte III, regula pela primeira vez e sem paralelo em Portugal, os contratos administrativos em geral e os principais contratos administrativos em especial, com extensão, profundidade e inovação no tocante às categorias contratuais mais frequentes da vida administrativa. Ao fazê-lo, enriqueceu a Ordem Jurídica portuguesa com um regime do contrato administrativo não mais assente num número limitado e marginal de disposições especiais, para se converter numa disciplina extensa e pormenorizada, que persegue o propósito de regular todos os momentos decisivos da relação contratual³.

Os Códigos destinam-se em princípio a durar no tempo. Isso não significa, porém, que o seu corpo normativo deva permanecer intocado ao longo da sua vigência. No caso vertente, a revisão era desde logo obrigatória devido à necessidade de transpor as novas Directivas (de 2014) em matéria de contratação pública. Mas a passagem de oito anos sobre a entrada em vigor de um texto totalmente inovador recomendava ajustamentos decorrentes da experiência colhida com a sua aplicação, designadamente a jurisprudencial, e de algumas ilações a extrair da volumosa produção doutrinária incentivada ao longo dos últimos anos por um novo diploma de tamanha importância.

Como sempre sucede nestas circunstâncias, ao legislador colocava-se em abstrato – a partir de 2014 – uma opção entre rever o CCP ou revogá-lo e substituí-lo por um novo código, formalmente autónomo do primeiro. Ainda não há muito tempo, foi esta última a solução preferida com a aprovação pelo Governo da época do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que introduziu na Ordem Jurídica um novo Código do Procedimento Administrativo, revogando o Código de 1991/96. Tratou-se aí de uma reformulação de grande profundidade, que refletiu a evolução do Direito Administrativo geral ao longo de quase 25 anos no quadro da União Europeia e nos da ordem jurídica portuguesa e outras com as quais a nossa mantém afinidades. Apesar de os membros da Comissão que preparou o anteprojeto terem preferido que se procedesse formalmente a uma revisão e não à criação de um novo Código do Procedimento Administrativo assente na revogação do anterior, não foi esse o entendimento do Governo da altura. Prevaleceu assim um juízo que atendeu predominantemente a aspetos como os da adoção de uma visão relacional do procedimento, da democratização do funcionamento dos órgãos colegiais, do aprofundamento dos regimes procedimental e substantivo dos regulamentos, da prolifacetada renovação do

2. Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Primeira análise das novas directivas (Parte I)* in *Revista De Contratos Públicos*, n.º 9, 2013, p. 10.

3. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo* in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, p. 573.

instituto do ato administrativo e a introdução de novas figuras, como as do responsável pela direção do procedimento, dos acordos endoprocedimentais, dos meios eletrónicos na instrução do procedimento, do auxílio administrativo ou da conferência procedimental. O peso relativo deste conjunto de mudanças conduziu, portanto, ainda que com reticências, a uma recusa da ideia de continuidade, em 2015, do CPA de 1991. Sem prejuízo dos antecedentes integrativos da história do diploma, estava-se, para o decisor legislativo, perante um código novo.

O mesmo não sucedeu, e aparentemente bem, com a reformulação, em 2017, do CCP de 2008, que, numa primeira e perfunctória análise, mantém a sua identidade inicial não obstante as alterações.

4.

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que aprova a revisão do CCP, contem uma extensa relação de inovações apostas ao texto inicial, divididas entre alterações decorrentes da transposição das directivas, medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização e medidas de transparência e boa gestão pública. A sua transcrição aqui não traria consigo qualquer mais valia. E, embora se pense que algumas dessas novidades (uma minoria) não respondem efetivamente ao fim proposto, não caberia o respetivo exame sistemático num apontamento como o atual. Aquilo a que nos propomos é ensaiar um exercício metodológico através do qual se possa alcançar a natureza do diploma de 2017 em face do de 2008: estaremos perante uma autêntica revisão ou, de um ponto de vista material, aquilo que agora temos é na verdade um novo Código? Apesar de o legislador assumir haver procedido a uma revisão, uma tal indagação não poderá ser acusada de inútil preciosismo. Na verdade, a interpretação sistémica de alguns dos preceitos crismados em 2017 poderia conduzir a resultados díspares consoante se entenda que se mantém ou não a política legislativa que dotou de uma essência própria o Código na sua versão de 2008: uma essência que se desprende de um programa finalístico e de uma visão sobre o papel dos procedimentos pré-contratuais e a natureza específica das relações contratuais de direito administrativo.

Quanto à questão da manutenção ou perda da identidade inicial do CCP, não deixa de impressionar o número de preceitos alterados ou acrescentados. Os preceitos modificados recenseados pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 são em número de 155 num diploma que reúne ao todo 476 artigos.

Em contrapartida, as modificações verificadas numa parte desses preceitos são de pormenor ou de simples redação. E, dado que as novas Directivas não trazem consigo quaisquer perspetivas de revolução valorativa ou conceptual, não parece de procurar na sua transposição o fiel da balança em favor de uma substituição material de diplomas em detrimento da tese da mera revisão.

Mas também, ainda que numerosos, os pontuais contributos do Código na versão agora aprovada no sentido de uma acrescida simplificação, da transparência e da boa gestão pública não denotam que tenha havido uma substituição das

finalidades e do instrumentário dogmático do CCP tais como concebidos em 2008. Quando muito – ainda que com algumas exceções marcadas por deficiência de conceção ou insuficiência dogmática, ou por entendimento defeituoso de alguma passagem das Directivas – aquilo com que deparamos é um novo avanço em direcção às metas iniciais inventariadas no extenso prólogo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

5.

Não escondemos a natureza liminar e precária das conclusões que antecedem. O tempo decorrido após a publicação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 de 31 de agosto, não concedeu ainda, devido à sua escassez, as condições para uma generalização e aprofundamento das análises sectoriais sobre as quais poderá um dia assentar um juízo qualitativo de conjunto em torno do dilema revisão/revogação com substituição do Código de 2008.

Aquilo que neste momento se impõe à doutrina e que procuramos levar a cabo no presente texto é percorrer caso a caso as alterações ocorridas quanto a aspetos estruturantes do Código. Cumprirá concluir quanto a cada um destes se as modificações incorridas traduzem ou não uma mutação básica incompatível com a filosofia subjacente à regulação dos correspondentes institutos pelo Código na sua versão inicial. Apenas quando se dispuser já de um número razoável de tais estudos sectoriais será possível tentar formular análises globais.

6.

Pelo nosso lado, limitar-nos-emos desta vez – a título de exercício exemplificativo – à ponderação das alterações verificadas naquele de entre múltiplos complexos normativos estruturantes com o qual se depara em primeiro lugar ao proceder a uma leitura sequencial do CCP: o do regime geral do respetivo âmbito de aplicação (artigos 1.º a 6.º-B). Sendo inegável que foram introduzidas alterações em quatro dos respetivos preceitos (os artigos 1.º, 2.º, 4.º e 5.º), que outros cinco foram adicionados (os artigos 1.º-A, 5.º-A, 5.º-B, 6.º-A e 6.º-B) e um foi eliminado (o artigo 6.º), importa concluir se da nova formulação global do Título I (Disposições gerais) da Parte I (Âmbito de aplicação) decorre ou não uma mutação básica na visão do papel do Código quer à luz da delimitação dos destinatários da estatuição em causa, quer das situações da atividade administrativa às quais esta se dirige.

7.

No Título I da Parte I (que enuncia disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do CCP), entrecruzam-se dois planos centrais: o subjetivo e o objetivo. O plano subjetivo respeita às entidades adjudicantes (artigo 1.º, n.º 2) e aos contraentes públicos (artigo 3.º). O plano objetivo corresponde às atividades abrangidas

pelas imposições decorrentes do Código, quer as de ordem procedimental, quer as integrantes de um regime substantivo de direito administrativo das relações jurídicas contratuais.

A arquitetura do analisado Título I traça-se através de alguns eixos ao longo dos quais é possível ordenar os principais elementos normativos de ordem subjetiva e objetiva que permitem alcançar com rigor o âmbito de aplicação do Código.

No primeiro de tais eixos, confrontam-se *sujeitos típicos*, ou seja, as duas qualidades principais em que podem ser enquadradas pelo regime do Código pessoas coletivas públicas e outras sujeitas às mesmas regras por identidade das razões de incidência: as *entidades adjudicantes* e os *contraentes públicos*. A qualidade subjetiva de *entidade adjudicante* associa-se necessariamente a um modo típico de atividade administrativa: a contratação pública ou atividade pré-contratual. Por seu turno, a qualidade de *contraente público* respeita à participação noutro modo típico de atividade contratualizada, que consiste na execução de contrato administrativo, ou seja, no desenvolvimento de relações jurídicas contratuais administrativas para efeito da prossecução dos interesses públicos postos como atribuições a cargo da pessoa coletiva.

Um segundo eixo, indissociavelmente ligado ao primeiro, é aquele em cujos pólos se defrontam modos típicos de atividade administrativa. De um lado, a *contratação pública*, ou seja, uma atividade administrativa pré-contratual de natureza procedimental, de outro, a execução ou desenvolvimento da relação jurídica contratual, ou seja, a *atividade administrativa contratualizada*.

A tais eixos, adiciona-se um eixo complementar, que se traça entre os *contratos excluídos* e a *contratação excluída* (artigos 4.º e 5.º CCP). Os *contratos excluídos* representam exceções à inclusão de certos tipos de contrato no campo de aplicação em atenção ao ambiente institucional internacional em que são celebrados ou à natureza do seu objeto. Quanto à *contratação excluída*, ela consiste na subtração ao regime procedimental da Parte II da formação de contratos cujo objeto abrangia prestações que não estejam nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, ou por outras razões justificativas da não submissão a um procedimento concorrencial tipificadas no n.º 4 do artigo 5.º.

Erroneamente colocado no Título I da Parte III, sobre o regime substantivo dos contratos administrativos, quando o seu lugar próprio em termos de coerência sistémica seria – na Parte I – o das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do Código, encontra-se formulado no n.º 3 do artigo 280.º um outro eixo de potencial grande relevo para uma dinâmica de administratização daqueles contratos cuja pertença ao Direito Administrativo deriva tão só da procedimentalização administrativa da sua formação. Prescreve o n.º 3 do artigo 280.º que “As disposições do presente capítulo que têm por objetivo a defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação, e em concreto as disposições relativas aos regimes de invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação são aplicáveis, com as devidas adaptações,

aos contratos sujeitos à parte II, ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas”. Dada a importância do programa enunciado na sua segunda parte, o preceito merecia uma redação menos fruste. Em primeiro lugar, o “presente capítulo” a que alude – ou seja o Capítulo I (Disposições gerais) do Título I (Regime substantivo dos contratos administrativos) da Parte III – não contem quaisquer disposições relacionadas com os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não discriminação. E não seria necessário que a Parte III, sobre regime substantivo, sujeitasse a Parte II à égide de tais princípios quando eles constituem precisamente o fulcro axiológico do procedimento pré-contratual ao qual se dedica a Parte II. Por outro lado ainda, também não parece correto falar, nas últimas linhas do mesmo preceito, de “contratos sujeitos à Parte II”: não são os contratos a sujeitar-se à Parte II mas o procedimento administrativo correspondente à respetiva formação. Por fim, incorre-se em lapso puro e simples quando se remete para “as disposições do presente capítulo ... relativas aos regimes de invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação ...”. O “presente capítulo” é o Capítulo I do Título I da Parte III, que não contem dispositivos sobre tais matérias. Estes encontram-se, sim, nos Capítulos II, V e VI do mesmo Título.

O n.º 3 do artigo 280.º ganha no entanto inusitada altura ao prescrever a aplicação (sujeita a juízo adaptativo) aos contratos formados ao longo do procedimento arquitetado na Parte II, mesmo quando se não destinem a conformar relações jurídicas administrativas, de segmentos do regime substantivo dos contratos administrativos, como os respeitantes à invalidade, à modificação objetiva, à cessão da posição contratual e subcontratação. Ganha corpo assim uma transversalidade entre procedimento pré-contratual e substância da relação contratual, um eixo mais da definição normativa do âmbito de aplicação do CCP graças à extensão da disciplina material como consequência do regime procedimental da formação de contratos. Como se disse atrás, algumas manifestações de um acoplamento de regimes procedimental e substantivo se encontravam já na versão inicial do CCP. Tratava-se aí, porém, de condicionar na fase do procedimento a execução do futuro contrato. Agora, tratase de sujeitar de uma penada a trechos cardinais do regime material dos contratos administrativos, em função do procedimento pré-contratual seguido, contratos sem curar de saber se correspondem a qualquer dos indicadores de materialidade administrativa do n.º 1 do artigo 280.º.

Reforça-se deste modo uma perspectiva de evolução em direção à unidade de contratos públicos. Mas essa unidade ganha terreno graças ao alargamento da área dos contratos administrativos no campo da atividade contratual da Administração. Não se vê com efeito como negar aquela qualidade a contratos sujeitos às disposições do Título I da Parte III relativas aos regimes de invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação.

8.

Um defeito anti-sistémico de colocação, proveniente da versão de 2008, reside na inclusão de um preceito sobre princípios numa Parte I dedicada ao âmbito de

aplicação do Código. Os princípios não delimitam tal âmbito: a sua incidência é antes uma consequência da inclusão no âmbito à luz de regras delimitadoras.

Na versão de 2008, o n.º 4 do artigo 1.º, em cujos termos “À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”, melhor teria ficado instalado no início da Parte II. Na verdade, os preceitos ali proclamados são fundamentalmente princípios retores da atividade procedimental da contratação. Agora, porém, o artigo 1.º-A surge com um conteúdo compósito, onde uma ampla lista de princípios, no n.º 1, ombréia com o enquadramento dos conflitos de interesses (nos n.ºs 3 e 4) e com um n.º 2, em cujos termos “As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional”. Este n.º 1 do novo artigo 1.º-A apresenta o interesse de incidir simultaneamente sobre o procedimento pré-contratual e a execução dos contratos. Mas é criticável por misturar princípios especialmente aplicáveis à contratação pública com princípios gerais da atividade administrativa sem um conteúdo peculiar que justifique a repetição de vetores já declarados pela Constituição e pelo CPA. Quanto a estes, aquilo que releva e basta é a determinação, pelo n.º 3 do artigo 2.º do CPA, de que são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública. A sua menção expressa no CCP é inútil e gera o risco de incentivar uma certa jurisprudência adepta da criação de normas para-legislativas cuja concretização deontica pertence ao legislador democraticamente legitimado⁴.

9.

Regressemos no entanto àqueles que se podem considerar os eixos conceptuais e funcionais com recurso aos quais o Código estrutura o seu âmbito de aplicação. Dois desses eixos conjugam-se funcionalmente de modo indissociável, não obstante a autonomia dogmática dos elementos com os quais se entretecem. Um deles contrapõe *sujeitos típicos*: as entidades adjudicantes e os contraentes públicos. O outro justapõe *modos típicos de atividade administrativa*: a contratação pública ou atividade pré-contratual e a execução do contrato em sentido amplo (incluindo as respetivas modificação e extinção) ou atividade administrativa contratualizada.

A estes dois eixos associa-se um terceiro que engloba *categorias típicas*: os contratos públicos e os contratos administrativos. Os contratos públicos sujeitam-se na sua formação ao regime procedimental pré-contratual da Parte II e são celebrados pelas entidades adjudicantes (n.º 2 do artigo 1.º). Mas assim não sucederá quando o tipo do contrato enfileirar no elenco dos “contratos excluídos”, caso em que não só se não aplicará à sua formação a parte II como não estarão

4. V. a mesma crítica com citação de exemplos concretos em JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, edição de “Sérvulo & Associados”, 2016, pp. 34 e 35.

diretamente sujeitos ao regime substantivo da Parte III (n.º 1 do artigo 4.º). E, se se tratar de “Contratação excluída” nos termos do artigo 5.º, não será pelo menos a Parte II aplicável à sua formação.

Na versão originária do CCP, definiam-se os contratos públicos como sendo “... todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código” (n.º 2 do artigo 1.º). Tal definição desapareceu da versão revista e não se percebe qual a razão para tanto. Não deixa de ser estranho que um assim denominado “Código dos Contratos Públicos” não apresente uma referência definitiva do seu objeto. Ter-se-á, porventura, querido assim fugir à dificuldade em atingir uma visão sincrética e unitária da matéria do Código a qual, a propósito do âmbito do diploma, desde logo aflora na contraposição entre os n.ºs 2 e 5 do artigo 2.º. Dado que o n.º 2 refere a aplicabilidade de um regime procedimental e o n.º 5 a aplicabilidade de um regime substantivo e embora saibamos que os critérios de incidência deste último não ocorrem quanto a todos os contratos provenientes da aplicação do regime procedimental em causa, dir-se-ia *prima facie* que, embora sobrecarregado, o título do diploma seria mais rigoroso se rezasse “Código dos Contratos Públicos e dos Contratos Administrativos”.

A chave para uma visão articulada do âmbito de aplicação sob o conceito de “contratos públicos” parece, no entanto, encontrar-se no novo n.º 1 do artigo 280.º, em cujos termos a Parte III se aplica “aos contratos sujeitos à parte II” que configurem relações jurídicas contratuais administrativas. Pena é que o n.º 5 do artigo 1.º não tenha recebido uma redação idêntica, ao omitir a simultânea formação com sujeição à Parte II. Terá, no entanto, de ser lido naquele sentido em termos de interpretação sistemática. É assim de depreender que os contratos administrativos diretamente sujeitos à disciplina material do Código se delimitam – para além da verificação de algum dos fatores de administratividade das alíneas do n.º 1 do artigo 280.º, que mantêm a versão inicial – pela sua formação segundo o regime procedimental da Parte II.

No entanto, cumpre ter presente que o n.º 2 do artigo 280.º – que apenas acrescenta à versão originária uma referência expressa aos contratos entre contraentes públicos – prescreve a aplicação subsidiária do regime da Parte III às demais relações contratuais administrativas na falta de legislação especialmente aplicável e quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas daquele regime. Parece seguro que esta aplicação subsidiária abrangerá o grosso dos contratos administrativos não antecedidos do procedimento pré-contratual regulado na Parte II.

10.

Mas tendo já despendido considerável tempo com o traçado estrutural do regime geral do âmbito de aplicação do CCP na sua versão de 2017, é altura de anotar brevemente as suas principais inovações sob a preocupação de concluir se os eixos que conferem consistência ao sistema mantêm as suas naturezas e funções

ou se uma sua reordenação teria dado lugar a uma substituição dos fundamentos da incidência do CCP.

11.

Principiando pelo eixo dos destinatários da estatuição do Código, ou seja, o eixo “entidades adjudicantes/contratantes públicos”, observa-se que a tipicidade dos sujeitos “contratantes públicos” não foi objeto de reconstrução: o artigo 3.º que os define conserva a redação inicial. Nessa versão, porém, o conceito equilibrava-se com o de contrato administrativo, visto que, no n.º 6 do artigo 1.º, este contrato era qualificado do ponto de vista subjetivo pela circunstância de ser celebrado entre contratantes públicos e cocontratantes ou somente entre contratantes públicos. Agora, a noção de contrato administrativo migrou – mal, como já se viu – para o n.º 1 do artigo 280.º, do Título I da Parte III. Mas as categorias que geram a administratividade do contrato são as mesmas e continua também a requerer-se que tal materialidade se compagine com a celebração por, pelo menos, um contratante público.

No tocante ao pólo “contratantes públicos” do eixo “entidades adjudicantes/contratantes públicos” tal como justaposto ao eixo “contrato público/contrato administrativo”, não existem alterações a reportar.

12.

Quanto aos sujeitos “entidades adjudicantes”, as alterações registadas na redação do artigo 2.º do Código, a par da adoção neutra da expressão comunitária “organismos de direito público”, são de caráter meramente complementar, não envolvendo mudança de política legislativa⁵.

Note-se, no entanto, que a qualidade de entidade adjudicante, concretizada no artigo 2.º, não vale por si só para a delimitação subjetiva do campo de aplicação do regime da contratação pública estabelecido na Parte II. Ela pode relevar também para uma delimitação negativa ou excludente da aplicação da Parte II devido ao estabelecimento de uma relação procedimental pré-contratual entre a entidade adjudicante “dona do procedimento” e outra ou outras entidades adjudicantes destinatárias da atividade pré-contratual na qualidade de pretendentes à adjudicação. É aquilo que ocorre em situações como as de:

- (i) dever o contrato ser celebrado com uma entidade que seja ela própria uma entidade adjudicante e se verifiquem os requisitos da alínea a) do

5. Não obstante a sua origem comunitária, não parece feliz a introdução da expressão “organismos de direito público”, intencionalmente omitida na versão inicial do CCP. Intrinsecamente contraditória, por abarcar pessoas coletivas de natureza privada (alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º), não quadra com o conceito de “pessoa coletiva de direito público” solidamente enraizado na dogmática administrativa portuguesa.

n.º 4 do artigo 5.º;

- (ii) dever o contrato ser celebrado exclusivamente entre duas ou mais entidades adjudicantes e se materializem as condições previstas pelas alíneas a) a c) do n.º 5 do artigo 5.º-A;
- (iii) dever o contrato ser adjudicado por uma entidade adjudicante à entidade adjudicante que a controla (n.º 2 do artigo 5.º-A).

A única rubrica inovatória é a (ii), pela qual se transpõe o n.º 4 do artigo 12.º (Contratos públicos entre entidades no setor público) da Directiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014.

Também se não verifica aqui uma alteração da política legislativa anterior que, com menor ou maior grau de tipificação das situações, aponta no sentido de considerar alheias ao mercado certas relações contratuais no setor público orientadas por considerações de interesse público e minoritárias quanto à área de atividade económica abrangida.

13.

As categorias dos *contratos excluídos* (artigo 4.º), da *contratação excluída* (artigo 5.º), incluindo a sub-categoria dos *contratos no âmbito do setor público* (artigo 5.º-A) e dos *contratos de serviços sociais e outros serviços específicos* (cuja formação também é excluída da aplicação da Parte II, nos termos do artigo 6.º-A, desde que o valor do contrato não seja superior ao limiar de 750.000 Euros) formam uma área de atividade contratual da Administração Pública divisível em dois setores imunes à incidência imperativa do Código.

Trata-se, portanto, no desenho do respetivo âmbito de aplicação, de um eixo estrutural que colide com o eixo contratação pública – contratos administrativos, restringindo-o por antítese. Os *contratos excluídos* formam, nos termos do artigo 4.º, um perímetro limitativo quer do regime da contratação pública, quer do dos contratos administrativos. A *contratação excluída* limita o alcance do regime da contratação pública, sendo neutra quanto ao regime dos contratos administrativos.

O artigo 4.º, sobre *contratos excluídos*, conheceu, em diversas alíneas dos seus números 1 e 2, alguns aditamentos e modificações sem alcance de maior.

Uma disposição fundamental como o n.º 1 do artigo 5.º – que exclui a aplicação da Parte II do Código à formação de contratos cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua formação – foi mantida na íntegra.

O n.º 4 do artigo 5.º deixou de fixar o regime dos chamados contratos “*in house*”, aos quais é agora dedicado um preceito próprio: o artigo 5.º-A. Um extenso elenco de contratos a cuja formação não é aplicável a Parte II do Código só parcialmente corresponde a um não menos copioso elenco da versão inicial. Mas nenhuma das alíneas novas, das alíneas alteradas ou das alíneas suprimidas justifica a conclusão de que se tenha transformado a razão de fundo que justifica as exceções à aplicação do regime da contratação pública. Essa “*ratio*” continua a ser sobretudo a da reserva de uma liberdade de apreciação ao Estado no desempenho de tarefas fundamentais como as da gestão das reservas financeiras, da defesa e da segurança e da coordenação do desempenho de atribuições de entidades públicas.

14.

Como se observou anteriormente, a contratação “*in house*” passou agora a constituir objeto de um preceito próprio: o artigo 5.º-A.

O n.º 1 deste artigo retoma a regulação do anterior n.º 2 do artigo 5.º. Mantem-se, na alínea a), o conteúdo anteriormente estabelecido quanto ao controlo análogo. Em contrapartida, a anterior alínea b), que exigia que a entidade submetida ao controlo análogo desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma ou várias entidades adjudicantes, foi desdobrada nas novas alíneas b) e c). O conceito indeterminado do “essencial”, quanto à atividade da entidade controlada desenvolvida em benefício de outra ou outras entidades adjudicantes, deu lugar – na nova alínea b) – a uma quantificação: mais de 80% da atividade. E também se desenvolve a conceituação das entidades a quem se dirija aquele volume de atividade. Pela alínea c), estabelece-se um novo requisito de ausência direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, nos termos mais pormenorizadamente ali descritos. Trata-se de exigências formuladas pelo artigo 12.º da Directiva 2014/24/EU já melhor identificada.

O desenvolvimento dos pressupostos de não aplicação da Parte II às relações précontratuais “*in house*” (que se estende também, no n.º 5 do artigo 5.º-A, a situações ali especificadas de colaboração entre entidades adjudicantes exclusivamente regida por considerações de interesse público) não veio alterar a essência do instituto, ao qual preside a finalidade de preservar da concorrência de mercado o domínio das relações interadministrativas diretamente funcionalizadas à prossecução de atribuições por entes públicos a estas vinculados.

15.

O anterior n.º 6 do artigo 5.º deu com a revisão do Código lugar a um preceito autónomo – o artigo 5.º-B – mas com uma perniciosa alteração de fundo. Com efeito, onde se sujeitavam os contratos e a contratação excluída aos princípios gerais da atividade administrativa e às normas constantes do CPA que concretizem preceitos constitucionais, o preceito substitutivo omite agora a referência a tais

normas e, a par da remissão para os princípios gerais da atividade administrativa, invoca a aplicabilidade dos “princípios gerais da contratação pública previstos no n.º 1 do artigo 1.º-A”.

Em rigor – como atrás se referiu já – a referência à aplicabilidade dos princípios gerais da atividade administrativa era desnecessária, visto ela resultar direta e imperativamente do n.º 3 do artigo 2.º do CPA. Mas, uma vez que se quis lembrar tal aplicabilidade, então dever-se-ia ter juntado uma referência às disposições do CPA que concretizem preceitos constitucionais, uma vez que também estas são, de acordo com o mesmo preceito do CPA, “aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

Em contrapartida, parece muito contestável a remissão para os “princípios gerais da contratação pública previstos no n.º 1 do artigo 1.º-A”. Tais princípios dividem-se em dois grupos. Na sua maioria são aqueles que já constam do CPA e como tal aplicáveis nos termos referidos. O segundo grupo é formado pelos verdadeiros princípios gerais da contratação pública, os quais, na versão originária do CCP, eram identificados, no n.º 4 do artigo 1.º, como sendo “... os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”. Ora estes são os princípios fundantes das soluções acolhidas na Parte II à qual o legislador quer eximir a atividade contratual a que respeitam os artigos 4.º, 5.º, 5.º-A e, também, o artigo 6.º-A. É certo que, tanto no n.º 1 do artigo 5.º-B como no n.º 1 do artigo 6.º-A, se ressalva que aquela aplicação dos princípios gerais da contratação pública se fará “com as devidas adaptações”. No primeiro de tais preceitos adianta-se mesmo que as adaptações corresponderão à natureza do contrato. Pergunta-se, no entanto, como se poderá adaptar o princípio da concorrência a contratações interadministrativas ditadas pela necessidade de cooperação na prossecução das atribuições dos contraentes e tendo por objeto prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado. E perguntase igualmente como adaptar um princípio da transparência que, na Parte II do Código, se satisfaz na maioria dos casos mediante publicação de anúncios no *Jornal Oficial da União Europeia* ou por comunicações através de plataforma eletrónica.

A aplicabilidade dos princípios gerais da atividade administrativa e das disposições do CPA que concretizam preceitos constitucionais é mais que suficiente para assegurar um tónus de juridicidade, moralidade e responsabilidade democrática (*accountability*) no domínio dos contratos excluídos e da contratação excluída. Tais princípios incluem o princípio da transparência, mas sob as concretizações previstas pelo CPA.

16.

Em suma, o Título I (Disposições gerais) da Parte I (Âmbito de aplicação) do Código dos Contratos Públicos revisto pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, corresponde a uma verdadeira revisão, e não a uma versão substitutiva do texto de 2008. A maior parte das novidades corresponde ao impulso recebido

da Directiva n.º 2014/24/EU relativa aos contratos públicos. Se bem que algumas opções nos domínios da sistematização e da redação não sejam as mais felizes, em geral, a revisão deste Título I merece na globalidade um juízo positivo.
