

PREFÁCIO

O presente livro junta vários textos sobre contratação pública que, ao longo dos últimos anos, o seu Autor, João Filipe Graça, foi publicando em periódicos nacionais de referência e em obras coletivas. Nesses textos são abordados temas fundamentais do direito dos contratos públicos, no âmbito de uma exegese das diretivas europeias da contratação pública (com uma minuciosa análise das exclusões do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24), ou do Código dos Contratos Públicos, como sucede com os textos que se ocupam da violação dos critérios de escolha dos procedimentos de adjudicação, das relações entre a subcontratação e o regime da atividade de construção, da contratação pública financiada por fundos europeus estruturais de investimento, da presunção de notificações e comunicações ou dos contratos de investimento. Temas de outra natureza, menos dogmática e mais inovadora, têm também suscitado a atenção do Autor: eis o que ocorre com os estudos que nos apresenta sobre a participação dos municípios em plataformas de financiamento colaborativo ou sobre a “compliance” na contratação pública. Em suma, o leitor pode encontrar neste livro um naipe importante de reflexões atuais e informadas sobre múltiplos aspetos da contratação pública, quer no plano do direito nacional, quer no do direito da União Europeia.

O Autor, João Filipe Graça, é essencialmente um Advogado, dedicado, por isso mesmo, às coisas do mundo e da vida real que a prática do Direito impõe. Contudo, e como o demonstram de forma cabal este livro e os artigos que o integram, o João Filipe revela-nos um espírito inquieto, que não quer deixar-se consumir pelas exigentes tarefas da advocacia e que, de forma laboriosa, desde cedo, se vem dedicando ao estudo científico atento e cuidadoso de institutos e de temas jurídicos que com ele se cruzam.

Pelo meu lado, não quero deixar de registrar o grande gosto e a satisfação que sinto em poder acompanhar o trajeto profissional do João Filipe, desde o tempo em que, muito jovem, e com tantos outros colegas, se ligou ao CEDIPRE como membro do Grupo de Contratação Pública; foi nessa qualidade que participou como um exímio colaborador da *Revista de Contratos Públicos*, revista na qual publicou alguns dos textos que reuniu no presente livro; de resto, a sua ligação ao CEDIPRE mantém-se bem viva, no âmbito da *Newsletter* e em todas as ocasiões em que a sua colaboração é solicitada.

PEDRO COSTA GONÇALVES

APRESENTAÇÃO

A presente obra tem como fio condutor a Contratação Pública, percorrendo vários aspectos gerais consagrados no Código dos Contratos Públicos que vão desde a fase da formação do procedimento pré-contratual até à fase da execução do contrato. Composta por vários artigos que, à primeira vista, poderiam induzir na percepção de temáticas completamente distintas e porventura desligadas, a verdade é que os comentários sobre contratação pública, agora reunidos numa única obra, permitem demonstrar a complementaridade e complexidades dos temas que hoje caracterizam este ramo do direito.

A Contratação Pública tem sido campo fértil para a “ofensiva” de outros ramos do direito, *v.g.*, do Direito da Concorrência (operações de concentração), do Direito do Trabalho (transmissão de estabelecimentos comerciais) ou do Direito dos Transportes (parecer prévio vinculativo da Autoridade da Mobilidade dos Transportes), entre outras múltiplas áreas de intersecção. Ao Interpretar não é possível olhar isoladamente para os vários temas que são tratados ao nível do Código dos Contratos Públicos para ter “a certeza” da correta aplicação e interpretação dos princípios e das regras que dão corpo a este ramo do direito, sendo certo que muitos dos institutos jurídicos “importados” de outros ramos acabam por colidir com a própria teleologia da contratação pública, facto que agudiza ainda mais o Interpretar “atento”.

A presente obra, que, com muito gosto, conta com vários temas escritos em co-autoria com o Dr. José Luís Moreira da Silva, apresenta-se com um carácter mais singelo, não visando demonstrar todas as intersecções que a Contratação Pública tem sofrido ao longo dos últimos anos, mas pretende apenas submeter à crítica temas transversais que passam pela violação dos

critérios de escolha dos procedimentos pré-contratuais, às especificidades subjacentes às notificações e comunicações na contratação pública, bem como às exclusões do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos. Mas sem prejuízo da análise de temas transversais de contratação pública, são também tratados temas específicos, que relacionam novas áreas, com a contratação pública e o financiamento colaborativo (*crowdfunding*), as intersecções da contratação pública com os fundos estruturais e de investimento, bem como a relação entre o regime da actividade da construção, a subcontratação e a contratação pública.

Certo da complexidade do ramo do direito que se tenta abordar, os erros e incompreensões da presente obra apenas poderão ser imputados exclusivamente ao seu Autor.

Lisboa, 31 de agosto de 2022

JOÃO FILIPE GRAÇA

ÍNDICE

PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	9
A VIOLAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE ESCOLHA DOS PROCEDIMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS	11
1. Introdução à escolha dos procedimentos: Medidas Especiais de Contratação Pública vs CCP	11
2. A escolha dos procedimentos pré-contratuais no CCP	17
3. A decisão de escolha do procedimento	24
4. Necessidade de uma leitura conjugada: artigos 16º, 18º e 38 do CCP	29
5. Relevância do procedimento pré-contratual	33
6. Violação dos critérios de escolha dos procedimentos pré-contratuais	36
6.1. Tese da anulabilidade	37
6.2. Tese da nulidade	39
6.3. A irrelevância do tipo de invalidade?	45
7. Um tentativa de interpretação do artigo 283º-A do CCP	50
8. Invalidade da decisão de escolha do procedimento e correcções financeiras	54
RELAÇÕES ENTRE A SUBCONTRATAÇÃO E REGIME JURÍDICO DA ACTIVIDADE DE CONSTRUÇÃO NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS	61
1. Introdução	61
2. O recurso à subcontratação em contratos de empreitada de obras públicas segundo a jurisprudência do Acórdão n.º 29/2020, de 31.06.2020 e do Acórdão n.º 8/2022, de 22.02.2022, do Tribunal de Contas	64
3. Do Acórdão n.º 8/2022, de 22.02.2022, em particular	69
4. Da subcontratação na Lei n.º 41/2015, de 3 de junho	71
5. Da teleologia do recurso à subcontratação no domínio da Contratação Pública	74

6. Da necessidade de uma leitura conforme com as Directivas da Contratação Pública e dos princípios consagrados no TFUE	77
7. Contrato de subempreitada: Noção, Forma e Conteúdo	80
8. Da natureza jurídica do contrato de subempreitada quando celebrado no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas	82
9. Da oposição nos contratos de subempreitadas de disposições contratuais previstas nos contratos de empreitada de obras públicas	86
10. Da publicização do contrato de subempreitada?	88
11. Da jurisdição competente para a apreciação de litígios emergentes de um contrato de subempreitada	90

AS EXCLUSÕES DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA <i>DIRECTIVA 2014/24/UE</i> RELATIVA AOS CONTRATOS PÚBLICOS	93
1. Primeira abordagem à <i>Directiva 2014/24/UE</i>	93
2. Sistematização e elementos interpretativos das <i>exclusões</i>	95
3. Exclusão de contratos públicos e concursos de concepção adjudicados nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais	97
4. Exclusão de contratos públicos e de concursos de concepção no domínio das comunicações electrónicas	99
5. Exclusão de contratos públicos e concursos de concepção organizados ao abrigo de regras internacionais	100
5.1. Acordos Internacionais	101
5.2. Organizações Internacionais	101
6. Exclusão de contratos públicos de serviços	101
7. Exclusão de contratos públicos de serviços adjudicados com base num direito exclusivo	104
8. Exclusões entre entidades no sector público	105
8.1. Cooperação vertical/institucionalizada	106
8.1.1. “controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços”	106
8.1.2. “actividade essencial”	108
8.1.3. “inexistência de capital privado”	110
8.2. Cooperação “vertical invertida” e cooperação horizontal institucionalizada	111
8.3. Cooperação institucionalizada conjunta	112
8.4. Cooperação horizontal/não institucionalizada	113
8.4.1. “propósito de alcançar objectivos comuns”	114
8.4.2. “cooperação unicamente regida por considerações de interesse público”	115
8.4.3. “exercer no mercado livre menos de 20% das actividades abrangidas pela cooperação”	116

9. Exclusões no domínio da defesa e da segurança	117
10. Exclusão de contratos públicos e concursos de concepção no domínio da defesa ou da segurança por força de regras internacionais	118
10.1. Acordo internacional	119
10.2. Estacionamento de Tropas	119
10.3. Organização Internacional	119
10.4. Contratos públicos e concursos de concepção financiados	119

CONTRATAÇÃO PÚBLICA E FUNDOS EUROPEUS ESTRUTURAIS E DE INVESTIMENTO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA INTERSECÇÃO SINUOSA	121
1. Introdução	121
2. O novo QFP para 2021-2027	123
3. A <i>Contratação Pública</i> de Projectos Financiados por <i>Fundos Europeus</i>	125
A. Breves notas sobre a Proposta de Lei nº 41/XIV/1ª	125
B. Algumas notas sobre intersecções entre <i>Fundos Europeus</i> e <i>Contratação Pública</i>	130
4. Violação das regras da contratação pública	134
A. Questões a Resolver	134
B. Em especial: Das Correções Financeiras	139
5. Conclusões	147

BREVES NOTAS SOBRE A PRESUNÇÃO DAS NOTIFICAÇÕES E DAS COMUNICAÇÕES CONSAGRADA NO ARTIGO 469º/2 DO CCP	149
1. Enquadramento do nº 2 do artigo 469º do CCP	149
2. Âmbito de incidência objectivo	152
3. Âmbito de incidência subjectivo	155
4. Aplicação analógica do âmbito de incidência subjectivo	157
5. Teleologia subjacente à referência das “17 horas”	159
6. Natureza da presunção	160
7. Do “ <i>justo impedimento</i> ”?	163
8. Da bondade da presunção consagrada no nº 2 do artigo 469º do CCP	166
9. O nº 2 do artigo 469º do CCP e a pandemia despoletada pela COVID-19	169

MUNICÍPIOS E FINANCIAMENTO COLABORATIVO (CROWDFUNDING): BREVES NOTAS SOBRE A SUA ADMISSIBILIDADE E LIMITES NO ÂMBITO DO REGIME JURÍDICO-FINANCEIRO DAS AUTARQUIAS LOCAIS E DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	171
1. Introdução	171
2. Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo	172

3. Financiamento colaborativo de empréstimo	175
4. Acesso público a recursos financeiros em regime colaborativo	177
5. Autonomia Financeira Municipal	178
6. Atribuições e competências dos Municípios para contratar um empréstimo	179
7. Limites ao endividamento das Autarquias Locais	181
8. Fiscalização Prévia pelo Tribunal de Contas	184
9. Aplicação do Código dos Contratos Públicos	186
10. Do contrato com a Plataforma de Financiamento Colaborativo	187
11. Do contrato de mútuo a celebrar entre o beneficiário e os Investidores	189
12. Conclusão	190

O CONTRATO DE INVESTIMENTO E O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: UMA RELAÇÃO BIPARTIDA? 193

1. Introdução	193
2. Análise <i>material</i> do Contrato de Investimento	195
3. Entendimento do Contrato de Investimento no ordenamento jurídico português	200
4. O <i>regime contratual</i> do Contrato de Investimento e a Parte III do CCP	204
5. <i>Brevíssima</i> análise ao Contrato de Investimento celebrado com investidores estrangeiros	208
6. Reflexão sobre a problemática	214
6.1. A “vontade das partes”	214
6.2. Tendencial ambiência de direito público	216
6.3. Principais elementos de bipartição do Contrato de Investimento	218
7. Conclusão	221

COMPLIANCE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: UMA MORTE ANUNCIADA À NASCENÇA? 222

PARTICIPAÇÃO SIMULTÂNEA DE SOCIEDADES COM RELAÇÕES DE GRUPO E DIVISÃO DO PROCEDIMENTO EM LOTES: CONCORRÊNCIA “À SAÍDA” V.S. CONCORRÊNCIA “À ENTRADA” 227