

NOTA PRÉVIA

Tendo esgotado a 1.^a edição, dá-se à estampa esta nova edição do Direito da Contratação Pública, para nela incluir 2 novos Estudos. Ambos estão marcados pelas vicissitudes das experiências vividas recentemente: a Pandemia Covid-19 e o seu impacto na economia e na contratação pública e mais uma alteração ao Código dos Contratos Públicos.

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 alterou pontualmente o Código dos Contratos Públicos — aplicando-se aos procedimentos de formação de contratos públicos que se tenham iniciado após esta data, bem como aos contratos que resultem destes procedimentos.

No que diz respeito às medidas especiais de contratação pública recentemente acolhidas na Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, evidenciamos as possibilidades atinentes à adoção simplificada de procedimentos pré-contratuais: i) de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação simplificados quando o valor do contrato for inferior aos limiares referidos nos n.ºs 2, 3 ou 4 do artigo 474.º do CCP, consoante o caso (nos termos da alínea a) do art.º 2.º da Lei 30/2021); ii) de consulta prévia simplificada, com convite a pelo menos cinco entidades, quando o valor do contrato for simultaneamente inferior aos dos limiares referidos nos n.ºs 2, 3 ou 4 do artigo 474.º do CCP, consoante o caso, e inferior a € 750 000 (nos termos da alínea b) do art.º 2.º da Lei 30/2021); iii) de ajuste direto simplificado nos termos do artigo 128.º do CCP quando o valor do contrato for igual ou inferior a € 15 000 (tal como dispõe a alínea c) do art.º 2.º da Lei 30/2021).

Ainda neste tópico, que concerne às medidas especiais de simplificação e aceleração na contratação pública, realçamos também a possibilidade de redução dos prazos para apresentação de propostas e candidaturas em

concursos públicos e concursos limitados por prévia qualificação com dispensa da fundamentação; bem como a obrigatoriedade de tramitação dos procedimentos do concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação simplificados através de plataforma eletrónica (artigo 10.º da Lei 30/2021).

Destacamos a previsão de duas dispensas: i) do dever de fundamentação da decisão de não contratação por lotes (nos termos do n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP) e ii) da fixação do preço base (nos termos do n.º 3 do artigo 47.º e artigo 11.º da Lei 30/2021).

Registamos a alteração dos limites relativos à escolha das entidades convidadas (artigo 12.º da Lei 30/2021) e novas regras em matéria de impedimentos (artigo 12.º da Lei 30/2021). Sublinhamos a fixação do prazo de três dias para os concorrentes se pronunciarem sobre o relatório preliminar na consulta prévia simplificada, e de cinco dias, no concurso público e no concurso limitado por prévia qualificação simplificados (artigo 14.º da Lei 30/2021) e a redução para três dias dos prazos de apresentação de pronúncia dos contrainteressados e de decisão de impugnações administrativas (artigo 16.º da Lei 30/2021).

Finalmente, destacamos a obrigatoriedade de as entidades adjudicantes comunicarem por meios eletrónicos ao Tribunal de Contas os contratos de montante inferior ao limiar de sujeição a fiscalização prévia, no prazo de 10 dias após a respetiva celebração (artigo 17.º da Lei 30/2021).

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: i) Revogação do artigo 27.º do CCP – os procedimentos ao abrigo de critérios materiais passam a ser adotados exclusivamente, através de procedimentos de ajuste direto (ou seja mediante convite a uma só entidade); ii) Nova configuração das modalidades do critério de adjudicação da “proposta economicamente mais vantajosa”: modalidade multifactor e modalidade unifactor (alteração ao artigo 74.º do CCP); iii) A não aplicação do limite imposto pelo n.º 2 do artigo 113.º do 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 (alteração ao n.º 4 do art.º 113.º do CCP); iv) 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 do CCP); v) Atualização do artigo 474.º, relativo aos montantes dos limiares europeus.

Importa ainda registrar que o artigo 24.º da Lei n.º 30/2021 traz uma nova alteração ao regime do contencioso urgente pré-contratual, particularmente aos artigos 102.º e 103.º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sendo que o n.º 2 do artigo 102.º vem prever que “uma vez distribuído, o processo é concluso ao juiz para despacho liminar, a proferir no prazo máximo de 48 horas, no qual, sendo a petição admitida, é ordenada a citação da entidade demandada e dos contrainteressados, com advertência, se verificados os respetivos pressupostos do disposto n.º 1 do artigo 103.º-A”, sendo certo que, nos termos do n.º 3, “constituem fundamento de indeferimento liminar a manifesta ausência dos pressupostos processuais ou a manifesta falta de fundamento das pretensões formuladas”. Também o n.º 3 do artigo 103.º-A do CPTA é alterado passando agora a prever que o “autor dispõe de cinco dias para responder ao pedido de levantamento, seguindo-se, sem mais articulados e no prazo máximo de sete dias após a realização das diligências instrutórias absolutamente indispensáveis, a decisão do incidente pelo juiz, sendo certo que, no n.º 4 do mesmo artigo, se prevê uma repartição ponderada de riscos no momento da apreciação e decisão quanto ao levantamento do efeito suspensivo, no sentido de que “o efeito suspensivo é levantado quando, devidamente ponderados todos os interesses públicos e privados em presença, os prejuízos que resultariam da sua manutenção se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento”.

Pois bem, esta nova edição continua a servir os mesmos propósitos pedagógico-científicos, sendo desenhada e direcionada para os estudantes (sobretudo de Mestrado e Doutoramento) e para o público em geral, especialmente para os que aplicam o Código dos Contratos Públicos e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e o fazem (e devem continuar a fazer) em conformidade com o Direito Europeu da Contratação Pública.

Deixo uma palavra de genuína gratidão a dois orientandos de doutoramento, cúmplices em tantas dúvidas e propostas de solução: Dr. João Amadeu Araújo e Dra. Ana Rita Carneiro.

Gualtar, junho de 2022
Isabel Celeste M. Fonseca

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	7
PLANO DOS ESTUDOS	17
UM PRIMEIRO ESTUDO	21
A (NÃO) TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS CONTRATOS PÚBLICOS	23
§ 1. Nota introdutória	23
§ 2. A transposição dos critérios de adjudicação: a regra e a excepção	26
§ 3. Desafios em relação à concretização dos critérios qualitativos de adjudicação	30
ESTUDOS SOBRE O DIREITO EUROPEU E NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: A (NOVA) CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA	35
DIRETIVAS CONTRATOS PÚBLICOS 2014 E (DIFICULDADES NA DEFINIÇÃO DE UM NOVO CONCEITO DE) PROPOSTA ECONOMICAMENTE MAIS VANTAJOSA: DESEJANDO UM REGULAMENTO CONTRATOS PÚBLICOS	37
§ 0. Nota introdutória	37
§ 1. Europa 2020: os (novos) intentos da contratação pública	40
§ 2. Novas Diretivas e novo conceito de adjudicação	43
§ 3. Desafios globais	49
§ 4. Notas conclusivas: desejando um Regulamento Contratos Públicos	51

DAS MODAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA, CÓDIGOS DE ÉTICA E PACTOS DE INTEGRIDADE: UM <i>MUST HAVE</i> CONTRA A CORRUPÇÃO	55
§ 0. Nota introdutória	55
§ 1. Breves tópicos sobre o <i>prêt-à-porter</i> da contratação pública: as tendências	58
§ 2. As práticas corruptivas e a necessidade de <i>la haute couture</i> na elaboração de medidas anticorrupção	61
§ 3. Códigos de Conduta e Pactos de Integridade: mais do que <i>fashion accessories</i>	63
CORRUPTION DANS LE DOMAINE DES MARCHÉS PUBLICS, CODES D'ÉTHIQUE ET PACTES D'INTÉGRITÉ: QUAND LE DROIT EST (IN)SUFFISANT	71
§ 1. Introduction	71
§ 2. Droit et éthique	73
§ 3. Pactes d'Intégrité	75
A INTEGRAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: PROPOSTAS	79
§ 0. Nota introdutória	79
§ 1. A contratação pública socialmente responsável	80
§ 2. <i>Modus operandi</i>	81
§ 3. Reflexão final	97
ESTUDOS SOBRE A FORMAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS	99
PARCERIAS PARA A INOVAÇÃO E A ANTECIPAÇÃO DO FUTURO: BREVE ENSAIO	101
§ 0. Nota introdutória	101
§ 1. As Parcerias para a Inovação: justificação da sua existência	102
§ 2. As Parcerias no Código dos Contratos Públicos	113
§ 3. Desafios: alguns exemplos	116
DOS (NOVOS) PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: A ESCOLHA ESTRATÉGICA	121
§ 1. Nota introdutória	121
§ 2. Procedimentos pré-contratuais clássicos e novos: os que servem a compra estratégica	126

§ 3. O <i>iter</i> procedimental comum de formação dos contratos lido sob o signo da profissionalização da entidade adjudicante	131
§ 4. Notas conclusivas	138
ESTUDOS SOBRE A EXECUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS	141
PRESSUPOSTOS E LIMITES DA MODIFICAÇÃO DO CONTRATO PÚBLICO EXISTENTE: VELHOS PROBLEMAS, NOVAS DIFICULDADES	143
§ 1. Contextualização	143
§ 2. A solução e as razões gizadas na Directiva 2014/24/UE	147
§ 3. As soluções nacionais: as antigas e as novas	151
§ 4. Nota final	155
EXECUÇÃO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS, VÍCIOS DE CONCEPÇÃO E VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO, PROBLEMAS DOS PROJECTOS E TRABALHOS COMPLEMENTARES: O NOVO REGIME APÓS 2017	157
§ 1. Introdução	157
§ 2. Antes da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto	159
§ 3. O regime actual de erros e omissões	163
REGIME SUBSTANTIVO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: NOVIDADE OU CONSEQUÊNCIA? ESTUDO RECENTE	165
§ 0. Introdução	165
§ 1. Novos aspetos do regime substantivo	168
§ 2. Em particular, o regime relativo à modificação objetiva do contrato	169
§ 3. O regime atual sobre introdução de alterações nos contratos durante a sua vigência	175
ESTUDOS SOBRE O CONTENCIOSO DOS CONTRATOS PÚBLICOS	181
A DIRECTIVA (RECURSOS) 2007/66/CE: O REFORÇO DA EFECTIVIDADE DO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL – <i>WHAT ELSE?</i>	183
§ 0. Introdução	183

§ 1. Propósitos iniciais da disciplina europeia em matéria de garantias no domínio da contratação pública	184
§ 2. Propósitos mais recentes do direito europeu: alargamento ou intensificação?	197
DA NATUREZA JURÍDICA DO PRÉ-AVISO DE RESGATE E DA (IN)TEMPESTIVIDADE DA RESPECTIVA IMPUGNABILIDADE	207
§ 1. Proposição a partir da questão central	207
§ 2. Sequência lógica a seguir	208
§ 3. Conclusões	218
DO RESGATE, DA NATUREZA DAS CLÁUSULAS QUE FIXAM O «PREÇO DO RESGATE» E DO SEU CONTENTENCIOSO	221
§ 0. Consulta	221
§ 1. Sequência	223
§ 2. Da (in)impugnabilidade «do bloco normativo decidido» que fixa a fórmula de cálculo de indemnização do resgate	229
§ 3. Conclusões	233
O CONTENTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL: BACK AND FORTHS	237
§ 0. Introdução	237
§ 1. Viajando para trás: desde a transposição da Diretiva Recursos à revisão do regime	238
§ 2. Voltando ao (quase) presente ou passado mais recente: o quadro normativo de 2015, o problema e as (não) soluções	243
§ 3. Regressando ao futuro: a solução de 2019	244
DOIS ÚLTIMOS ESTUDOS	251
AS REGRAS (E OS PRINCÍPIOS) DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM FINAIS DE 2020	253
§ 1. A importância dos princípios fundamentais em matéria de contratação pública	253
§ 2. A formação dos contratos públicos	255
§ 3. A execução dos contratos públicos	261
§ 4. <i>Quo vadis</i> : a tensão principiológica como terreno fértil à arbitragem?	273

A PROPOSTA DE LEI N.º 41/XIV: NOTAS SOBRE UMA (DES)CONCERTANTE REFORMA DO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	279
§ 0. Introdução	279
§ 1. Principais linhas seguidas na Proposta de Lei n.º 41/XIV	280
§ 2. Algumas opções de estratégia contratual exclusivamente nacional	290
§ 3. Reforço de medidas de concretização de políticas secundárias	292
§ 4. Necessidades de capacitação profissional	295
§ 5. A prevenção de práticas corruptivas na contratação pública	299
§ 6. Nova alteração ao CPTA	301
§ 7. Nota conclusiva breve	304
 OS RECENTES ESTUDOS	 307
 O IMPACTO DA PANDEMIA COVID-19 NA ECONOMIA E NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: <i>THE DEVIL IS IN THE DETAIL</i>	 309
§ 1. Introdução: um panorama emergencial	309
§ 2. As adjudicações especiais em tempos de pandemia na contratação pública	310
§ 3. A introdução por acordo de modificações objetivas nos contratos públicos	313
 LA CONTRATACIÓN PÚBLICA INCLUSIVA Y CIRCULAR EN TIEMPOS DE CRISIS: UNA PERSPECTIVA PORTUGUESA	 317
§.1 Introducción	317
§.2. modus operandi	319
2.1. Economía circular, innovación y responsabilidad medioambiental	319
2.2. Inclusión social de los grupos desfavorecidos	325
2.3. Dinamización del tejido empresarial local y regional	332
§3. Conclusión	335

PLANO DOS ESTUDOS

UM PRIMEIRO ESTUDO

A (não) transposição das Directivas Contratos Públicos. Considerações inéditas. Primeira parte da Intervenção no *Public Procurement Summer School (II Edition – «The EU Directives Transposition»)* da Escola do Porto, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, setembro de 2016. (inédito)

ESTUDOS SOBRE O DIREITO EUROPEU E NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: A (NOVA) CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA

Estudo I: «Diretivas Contratos Públicos 2014 e (dificuldades na definição de um novo conceito de) proposta economicamente mais vantajosa: desejando um Regulamento Contratos Públicos», em coautoria com Ana Rita Carneiro e Rita Barros, in *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP*, vol. I, 2017.

Estudo II: «Das modas da contratação pública, códigos de ética e pactos de integridade: um *must have* contra a corrupção», in *Nos 20 Anos dos CJA*, Cejur, Braga, 2017.

Estudo III: «Corruption dans le domaine des marchés publics, Codes d'Éthique et Pactes d'Intégrité: quand le Droit est (in)suffisant», in *PoLaR: www.portugueselawreview.pt*.

Estudo IV: *A integração social através da contratação pública: propostas*, em coautoria com João Amadeu. (inédito)

ESTUDOS SOBRE A FORMAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Estudo I: «Parcerias para a inovação e a antecipação do futuro: um breve ensaio», in *Direito na lusofonia. Direito e novas tecnologias*, em coautoria com Carla Machado e Luciana Sousa Santos, 5.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia, Braga, 2018.

Estudos II: *Dos (novos) procedimentos de formação dos contratos públicos: a escolha estratégica.* (inédito)

ESTUDOS SOBRE A EXECUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Estudo I: «Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades», in *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Maria João Estorninho (coord.), ICJP/CIDP, ebook, Lisboa, 2016.

Estudo II: *Execução de empreitada de obras públicas, vícios de concepção e vícios de construção, problemas dos projectos e trabalhos complementares: o novo regime após 2017.* (inédito)

Estudo III: *Regime substantivo dos contratos públicos: novidade ou consequência? Estudo recente.* (inédito)

ESTUDOS SOBRE O CONTENCIOSO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Estudo I: «A Directiva (Recursos) 2007/66/CE: o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual – what else?», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, vol. 5, 2008.

Estudo II: *Da natureza jurídica do pré-aviso de resgate e da (in)tempetividade da respetiva impugnabilidade.* (inédito)

Estudo III: *Do resgate, da natureza das cláusulas que fixam o «preço do resgate» e do seu contencioso.* (inédito)

Estudo IV: *O contencioso pré-contratual: back and forths*, in *Direito Processual Administrativo*, Jorge Bacelar Gouveia/Artur Flamínio da Silva (coord.), Petrony, Lisboa, 2020.

DOIS ÚLTIMOS ESTUDOS

Estudo I: *As Regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020*, em coautoria com João Amadeu. (inédito)

Estudo II: A Proposta de Lei n.º 41/XIV: notas sobre uma (des)concertante reforma do Direito da Contratação Pública

OS RECENTES ESTUDOS

Estudo I: O impacto da Pandemia Covid-19 na economia e na contratação pública: *the devil is in the detail*, com adaptações a partir de “As adjudicações *especiais* em tempos de pandemia na contratação pública”, em coautoria com Ana Rita Carneiro, in *Vida Judiciária*, n.º 218, janeiro/fevereiro, 2021, e “A introdução por acordo de modificações objetivas nos contratos públicos: *the devil is in the detail*”, em coautoria com João Amadeu Araújo, in *Vida Judiciária*, n.º 218, janeiro/fevereiro, 2021.

Estudo II: La contratación pública inclusiva y circular en tiempos de crisis: una perspectiva portuguesa em coautoria com João Amadeu Araújo, in *REJP, Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 22, junio 2022 (<https://www.jacobe.edu.mx/revista>)