IUM Atualidade

Seminário sobre Contratação Pública

Coordenadores: Capitão-de-mar-e-guerra Nuno Filipe Cortes Lopes
Capitão-tenente Bruno Alexandre Soares Mercier

Número 35
Abril 2022

INSTITUTO UNIVERSITÁRIO MILITAR

Seminário sobre Contratação Pública

Coordenadores:
CMG Cortes Lopes
CTEN Soares Mercier

Centro de Investigação e Desenvolvimento do IUM

Abril de 2022

A publicação ***IUM Atualidade*** visa publicar eletronicamente no sítio do IUM, ensaios ou artigos de opinião sobre temas de segurança e defesa da atualidade, assim como trabalhos sobre temáticas pertinentes e de mais-valia para a *práxis* do Instituto, preferencialmente da autoria de docentes do IUM, investigadores do CIDIUM ou de outros investigadores nacionais ou estrangeiros, a convite do Diretor ou por iniciativa própria.

Números publicados:

1. Intervenção Militar Francesa no Mali – Operação SERVAL (abril de 2014)
   Tenente-coronel de Infantaria Pedro Ribeiro
   Major de Infantaria António Costa
   Major de Infantaria Hugo Fernandes
2. A Aviação Estratégica Russa (dezembro de 2014)
   Coronel Técnico de Manutenção de Armamento e Equipamento José Mira
3. A Crise na Ucrânia (março de 2015)
   Tenente-coronel de Engenharia Leonel Martins (Coord.)
   Tenente-coronel Navegador António Eugénio (Coord.)
4. A Dissuasão Nuclear na Europa Central (outubro de 2015)
   Coronel Técnico de Manutenção de Armamento e Equipamento José Mira
5. Afeganistão treze anos depois (fevereiro de 2016)
   Tenente-coronel Técnico de Informática Rui Almeida
6. O Aviador do Futuro: evolução expectável e possíveis contributos da Internet das Coisas (IoT) (abril de 2016)
   Coronel Piloto-Aviador António Moldão
7. (Versão Portuguesa)
   Regras e Normas de Autor no CIDIUM: Transversais e Específicas das Várias Linhas Editoriais (julho de 2017)
   Coronel Tirocinado Lúcio Santos
   Major Psicóloga Cristina Fachada
7. (Versão Inglesa)
   CIDIUM Publication Guidelines: General and Specific Guidelines of the IUM (novembro de 2017)
   Coronel Tirocinado Lúcio Santos
   Major Psicóloga Cristina Fachada
8. Capacidades balísticas no território de Kaliningrado (dezembro de 2017)
   Coronel Técnico de Manutenção de Armamento e Equipamento José Mira
9. O processo estratégico do poder financeiro internacional para a defesa do interesse nacional (junho de 2018)
   Professora Doutora Teodora de Castro
10. Armas "proibidas": O caso dos lasers cegantes (julho de 2018)
    Coronel (Res) José Carlos Cardoso Mira
11. A "nova" república da Macedónia do Norte: significado geopolítico e geoestratégico (agosto de 2018)
    Tenente-coronel (GNR) Marco António Ferreira da Cruz
12. Mobilidade no espaço da CPLP: Desafios securitários (setembro de 2018)
    Major de Artilharia Pedro Alexandre Bretes Ferro Amador
13. A crise dos migrantes e refugiados no espaço Europeu. Contributos do instrumento militar (novembro de 2018)
    Major de Engenharia João Manuel Pinto Correia
14. NATO after the Brussels Summit. An optimistic perspective (novembro de 2018)
    Tenente-coronel de Infantaria Francisco Proença Garcia
15. John McCain: o militar que serviu a América e deixou um exemplo ao mundo (dezembro de 2018)
    Major de Artilharia Nuno Miguel dos Santos Rosa Calhaço
7. (2.ª edição, revista e atualizada) Regras e Normas de Autor no IUM (janeiro de 2019)
   Major Psicóloga Cristina Paula de Almeida Fachada
   Capitão-de-fragata Nuno Miguel Brazuna Ranhola
   Coronel Tirocinado Lúcio Agostinho Barreiros dos Santos
16. O poder de Portugal nas relações internacionais (março de 2019)
    Professor Doutor Armando Marques Guedes (Coord.)
    Tenente-coronel Ricardo Dias da Costa (Coord.)

17. Impactos da impressão 3d num futuro próximo (junho de 2019)

Geanne Costa
Maria Clara de Abreu Rocha e Silva
Neandro Velloso
Tenente-coronel Pedro Alexandre Bretes Amador
Tiago Miguel Felício Dâmaso

7. (3.ª edição, revista e atualizada) Normas de Autor no IUM (fevereiro de 2020)

Major Psicóloga Cristina Paula de Almeida Fachada
Capitão-de-fragata Nuno Miguel Brazuna Ranhola
Comodoro João Paulo Ramalho Marreiros
Coronel Tirocinado (Res) Lúcio Agostinho Barreiros dos Santos

18. -KILLER: O míssil de cruzeiro russo 9M729 (junho de 2020)

Coronel (Res) José Carlos Cardoso Mira

19. United States Space Force: Necessidade militar ou golpe publicitário? (junho 2020)

Coronel (Res) José Carlos Cardoso Mira

20. A Europeização da Política (julho 2020)

Dr. José Ribeiro e Castro

21. A Resposta Resiliente Europeia à Liderança Atrativa Inteligente Chinesa (janeiro 2021)

Capitão (GNR) Adriana Martins

22. A ISAF e a NATO 13 Anos de Operações no Afeganistão: Uma Análise por Funções Conjuntas (fevereiro 2021)

Coronel Tirocinado António José Pardal dos Santos (Coord.)
Tenente-coronel Ricardo Dias da Costa (Coord.)

23. China Contra China: Atividade Aérea no Estreito da Formosa como Potencial Catalisador de um Conflito Alargado (abril 2021)

Coronel (Res) José Carlos Cardoso Mira

24. A Investigação em Ciências Militares – Projetos desenvolvidos em 2020 (julho 2021)

Coordenadores: Comodoro Ramalho Marreiros
Capitão-tenente Lourenço Gorricha
Professor Thomas Gasche
Major Luís Félix

25. As Relações UE-África (julho 2021)

Coordenador: Tenente-coronel Marco Cruz

26. As informações na Defesa e Segurança de Portugal: Uma Analise aos vários Cenários de Conflito (julho 2021)

Coordenador: Major Pedro da Silva Monteiro

27. O Apoio das Forcas Armadas às operações da Proteção Civil e das Forcas e Serviços de Segurança (julho 2021)

Coordenadores: Coronel Tirocinado Pardal dos Santos
Tenente-coronel Figueiredo Moreira
Tenente-coronel Morais dos Santos
Tenente-coronel Brito Sousa

28. Resposta do Ensino Superior Militar à Pandemia de Covid-19 (setembro 2021)

Coordenador: Tenente-coronel Santos Loureiro

29. O Conhecimento em rede e as redes do conhecimento. A "Nova" Forma de Poder dos Estados. (outubro 2021)

Tenente-coronel Brás Bernardino

30. Dissuasão Nuclear na Europa Ocidental: Atualização. (novembro 2021)

Coronel (Res) José Carlos Cardoso Mira

31. Exercício "Cyber Phalanx 2021" (janeiro 2022)

Coronel Tirocinado Pardal dos Santos
Major Lourenço Serrão

32. A (in)dependência energética da Europa. *The Iberian Southern Gas Corridor.* (fevereiro 2022)

Professor Doutor Duarte Lynce Faria (Coord.)

33. As funções conjuntas na Guerra do Golfo: Uma perspetiva passados 30 anos (março 2022)

Coordenadores: Coronel Tirocinado Pardal dos Santos
Tenente-coronel Dias da Costa
Major Marques Teixeira
Capitão-tenente Vargas Cabrita

34. A "Operação Militar Especial" na Ucrânia: Um Caso de Falência do Poder Aéreo Russo? (março 2022)

Coronel (Res) José Carlos Cardoso Mira

Como citar esta publicação:

Lopes C.F.N., & Mercier, S.A.B (2022).). *Seminário sobre Contratação Pública.IUM* Atualidade, 35. Lisboa: Instituto Universitário Militar.

Diretor
Tenente-general António Martins Pereira

Editor-chefe
Comodoro João Paulo Ramalho Marreiros

Coordenadora Editorial
Tenente-coronel Psicóloga Cristina Paula de Almeida Fachada

Capa – Composição Gráfica
Tenente-coronel Técnico de Informática Rui José da Silva Grilo

Secretariado
Primeiro-marinheiro Condutor Mecânico de Automóveis Rodolfo Miguel Hortência Pereira
Assistente técnica Gisela Cristina da Rocha Basílio

Propriedade e Edição
Instituto Universitário Militar
Rua de Pedrouços, 1449-027 Lisboa
Tel.: (+351) 213 002 100
Fax: (+351) 213 002 162
E-mail: cidium@ium.pt
www.ium.pt/cisdi/publicacoes

ISSN: 2183-2560

© Instituto Universitário Militar, abril, 2022.

Nota do Editor:
O texto/conteúdo da presente publicação é da exclusiva responsabilidade dos seus autores.

Índice

Nota prévia 1

Nota de abertura 5

Sessão de abertura – A vulnerabilidade da Contratação Pública 7

1.º Painel – As perspetivas legislativas da administração Pública e das empresas . . . 17

Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P . . . 17

Vodafone Portugal 29

Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P . . . 35

2.º Painel – Procedimentos de conformidade na Contratação Pública 43

Estudos de Caso – Marinha 43

Estudos de Caso – Exército 49

Estudos de Caso – Força Aérea 61

Nota de encerramento 75

Posfácio de coordenadores 77

Índice de Figuras

Figura 1 - Cartaz do Seminário sobre Contratação Pública 2

Figura 2 - Áreas de intervenção da ESPAP 18

Figura 3 – Principais medidas, benefícios e resultados da implementação do SNCP . . 19

Figura 4 - A Contratação Pública estratégica 36

Figura 5 – Fases típicas das vertentes administrativa e contabilística pública . . . 45

Figura 6 – Declaração negocial – Pontos de articulação de interesse 46

Índice de Tabelas

Tabela 1 – Princípios estruturantes que enformam o SNCP 21

Índice de Gráficos

Gráfico 1 – Evolução histórica das Contas Públicas contextualizada com o PIB, receita, despesa, dívida e défice/excedente da AP. 22

Gráfico 2 – Despesas correntes e de capital da Administração Pública 23

Gráfico 3 – Despesa da AP por classificação económica 23

Nota prévia

Nuno Filipe Cortes Lopes
Capitão-de-mar-e-guerra
Coordenador da Área de Ensino de Comportamento Humano e Administração de Recursos
lopes.nfc@ium.pt

Bruno Alexandre Soares Mercier
Capitão-tenente de Administração Naval
Docente da Área de Ensino de Comportamento Humano e Administração de Recursos
mercier.bas@ium.pt

A presente publicação traduz as intervenções realizadas no Seminário sobre Contratação Pública (CP) por um leque conceituado de entidades, desde a Administração Pública (AP), incluindo militares, a entidades privadas, organizado e conduzido pela a Área de Ensino de Comportamento Humano e Administração de Recursos, no passado dia 3 de fevereiro, nas instalações do Instituto Universitário Militar (IUM).

As Forças Armadas (FFAA) e a Guarda Nacional Republicana (GNR) estão cada vez mais conscientes de que é vital que os seus colaboradores adotem comportamentos assentes nos princípios subjacentes à atuação da AP e nos valores que defendem, como forma de aumentarem a credibilidade das suas organizações decorrente do escrutínio da opinião pública.

Neste sentido, torna-se imprescindível que, ao nível da CP, sejam mitigados possíveis comportamentos desviantes, quer por desconhecimento, quer pelo aumento da perceção do risco de fraude e de corrupção, quer ainda pela erradicação de escândalos procedimentais, com graves consequências para a imagem da Instituição Militar (IM).

Foi com este enquadramento que decorreu o Seminário, tendo como principal objetivo envolver todos os intervenientes na temática da CP e refletir sobre o papel que poderão desempenhar no incremento da credibilidade da IM, cumprindo e fazendo cumprir as normas e regulamentos internos instituídos, bem como conhecer em profundidade e com rigor as especificidades do Código dos Contratos Públicos (CCP) aplicáveis as FFAA e a GNR, nomeadamente, quando estão em causa aspetos de Defesa Nacional, segurança, emergência e a salvaguarda da vida humana.

Como é possível verificar na Figura 1, o Seminário contou com dois painéis, antecedidos da sessão de abertura, com a intervenção do Exmo. Sr. Diretor-Geral do Tribunal de Contas (TdC), o Juiz Conselheiro Fernando Oliveira Silva, subordinada ao tema "A vulnerabilidade da Contratação Pública".

Figura 1 - Cartaz do Seminário sobre Contratação Pública

Com efeito, o painel da manhã juntou três ilustres convidados, nomeadamente o Dr. César Pestana, na qualidade de Presidente da Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (ESPAP), o Dr. Henrique Fonseca, enquanto Administrador da Vodafone Portugal (Vodafone), e o Dr. Fernando Batista, como Presidente do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e Construção, I. P. (IMPIC), que abordaram "As perspetivas legislativas da Administração Píblica e das empresas". No painel da tarde, foi possível contar com a presença dos distintos representantes das FFAA e GNR, em particular com o Capitão-tenente Branco Batista (Marinha), a Tenente-coronel Elisa Fernandes Coimbra (Exército), o Tenente-coronel Dias Costa (Força Aérea) e o Major Marques Nogueira (GNR), que apresentaram estudos de caso ao nível de procedimentos, enquadrados no tema "Procedimentos de conformidade na Contratação Pública"

Nota de abertura

Comodoro João Paulo Ramalho Marreiros
Chefe do Centro de Investigação e Desenvolvimento do
Instituto Universitário Militar

O Seminário sobre "Contratação Pública" enquadra-se no contexto do Ensino Superior Militar, que habilita os oficiais das FFAA e da GNR para as funções de direção, comando e chefia de mais elevado nível, tendo em consideração as exigências das missões de elevado risco e em situações de adversidade, específicas das missões de defesa e segurança, em contexto nacional e também em missões internacionais, onde a participação dos militares portugueses é reconhecida com os maiores elogios. A disponibilidade dos adequados recursos humanos e materiais é fundamental para a execução dessas missões.

Neste âmbito, a CP é essencial para a atividade das FFAA e da GNR. O CCP contém um conjunto de normas relativas aos procedimentos aplicáveis, mantendo uma orientação de continuidade relativamente aos principais regimes jurídicos em vigor, de modo a garantir estabilidade jurídica, abrangendo toda a AP e também os agentes económicos que celebram acordos de vontade com as entidades adjudicantes (EA).

O Estado em geral, e as FFAA e GNR em particular, configuram-se como EA que celebram contratos públicos, podendo arrolar os procedimentos pré-contratuais tipificados no CCP, desde o ajuste direto ao concurso público com publicidade internacional.

Por vezes os procedimentos inerentes à CP, não decorrem da forma desejável, nem são alcançados os resultados pretendidos. Releva-se a morosidade dos processos e as exigências burocráticas e legais, que limitam a capacidade de ação. A título de exemplo, é possível uma entidade aguardar o fornecimento de um computador, com verbas provenientes de fontes externas ao Orçamento do Estado ou, aguardar pela renovação das suas instalações após ano e meio e decorridos vários procedimentos concursais que não lograram resultados satisfatórios. Mas muito mais importante que isso, é o facto de as FFAA e a GNR atuarem num contexto onde, o nível de risco e a salvaguarda da vida, podem estar diretamente dependentes da capacidade de resposta dos processos de aquisição de bens, de equipamentos e de serviços, desde o fardamento mais básico ao submarino mais moderno.

Justifica-se, por isso, que sejam desenvolvidos nas FFAA e na GNR processos de CP mais eficientes e que sejam mitigados possíveis comportamentos desviantes, quer por desconhecimento, quer ainda pela erradicação de erros na condução dos procedimentos. Uma CP ágil e eficaz é potenciadora de umas FFAA e GNR mais modernas, credíveis e disponíveis, contribuindo também para a superação das dificuldades em recursos humanos, materiais e nos serviços de sustentação necessários para cumprir a missão.

Através da analise das praxis europeias de aquisições de bens e serviços no âmbito da Defesa, países como a Itália, Espanha e França tiveram o cuidado de proteger as suas indústrias, relativamente à condução dos processos de contratação.

A Industria de Defesa Nacional é hoje praticamente inexistente, resumindo-se a clusters de serviços tecnológicos, nomeadamente no setor aeronáutico e naval, o que leva a que as

necessidades de bens e serviços das FFAA e GNR tenham de ser satisfeitas recorrendo ao mercado. A legislação em vigor não favorece as aquisições de bens e equipamentos militares a empresas nacionais disponíveis no mercado interno. Mas sabemos que existe atualmente vontade política por parte das instituições europeias para fortalecer a Indústria de Defesa da União Europeia, o mesmo sucedendo em Portugal no que respeita à Indústria de Defesa Nacional.

Foi neste contexto que se enquadrou o Seminário, tendo como principal objetivo envolver os participantes nesta temática, nomeadamente os auditores do Curso de Promoção a Oficial-General e do Curso de Estado-Maior Conjunto, a refletir sobre o tema e conhecer com maior profundidade e rigor as especificidades do CCP aplicáveis às FFAA e à GNR, nomeadamente, quando estão em causa aspetos de Defesa Nacional, de segurança, de emergência e a vida de pessoas.

Sessão de abertura - A vulnerabilidade da Contratação Pública

Fernando Oliveira Silva
Juiz Conselheiro
Diretor-Geral do Tribunal de Contas

O tema "A vulnerabilidade da Contratação Pública" é da maior atualidade e importância para a sociedade, quer para as entidades que intervêm como operadores do sistema de CP, quer para todos nós enquanto cidadãos. No primeiro caso, porque enquanto intervenientes diretos nesse processo, designadamente como compradores públicos, qualquer entidade pode ser agente de mudança no sentido de uma melhor prática da CP. No segundo caso, porque, enquanto cidadãos e contribuintes, compete a cada pessoa, no exercício de uma democracia participativa, monitorizar, fiscalizar e, se for o caso disso, denunciar casos de má utilização de dinheiros públicos de que tenha conhecimento. Ou, melhor, de dinheiros privados sob gestão pública, porque efetivamente esses dinheiros não são originariamente públicos, pois derivam do bolso de cada cidadão e contribuinte a partir do pagamento de impostos, taxas e tarifas.

Mas, será a contratação pública vulnerável?

Não restam dúvidas de que a CP constitui terreno fértil para a adoção de práticas violadoras dos princípios e regras jurídicas que a devem conformar, em especial, os princípios da prossecução do interesse público e da boa gestão dos "dinheiros públicos", por um lado, e a salvaguarda da sã concorrência entre os operadores do mercado, por outro.

A vulnerabilidade da CP assenta em vários fatores, nomeadamente:

- Fator DINHEIRO - Nos muitos milhões de euros que movimenta anualmente (costuma indicar-se que a CP representa cerca de 16% do Produto Interno Bruto (PIB), o que, no caso português e a valores atuais, representa aproximadamente 30 mil milhões de euros.). Como costuma dizer o atual Presidente do TdC, Conselheiro José Tavares, "onde há muito dinheiro há risco de má gestão!";
- Fator CONCORRÊNCIA - Assenta no facto dos mercados públicos serem muito atrativos para os operadores privados e, consequentemente, gerarem grande concorrência, nem sempre leal, entre as empresas. E é um mercado altamente concorrencial porque é muito dependente da contratação com o Estado (grande parte do tecido empresarial nacional tem como principais clientes as entidades públicas);
- Fator PRESSÃO/SUBORNO - Grande pressão exercida sobre as entidades públicas adjudicantes por parte dos operadores económicos, com vista à obtenção de um contrato público (lobying/ofertas, financiamento de campanhas, ou mesmo suborno).

Ora, se o campo da CP constitui terreno vulnerável a fenómenos ilícitos, vulneráveis ficam todos os que nele atuam, designadamente os que representam a esfera pública neste domínio, desde os que autorizam a despesa, aos que conduzem o procedimento aquisitivo, integram os júris, escolhem propostas, gerem os contratos e acompanham a sua execução.

É do conhecimento geral que o homem é um ser frágil por natureza e suscetível de cair no erro ou na ilegalidade. Jean-Jaques Rousseau (1973, cit. por Baron, 1995, pp. 17–19) afirmava que o ser humano nasce bom, puro, íntegro e que a sociedade é que o corrompe. Em sentido oposto, o filósofo inglês Thomas Hobbes (1998, p. 111) defendia que o homem nasce mau, com instintos de sobrevivência, um animal, e que devido a tais instintos é capaz de "tudo". Para Hobbes, a sociedade tem o papel de o educar, de o humanizar e de o tornar sociável. Em suma, quer numa perspetiva quer na outra, a verdade é que compete à sociedade fazer qualquer coisa pelo ser humano, para que seja um ser íntegro e intocável.

Conforme se pode ler no Programa de Ação do Ministério Público (MP) contra a corrupção (MP, 2015, p. 1) "vem de longe, da noite dos tempos, a propensão do ser humano para a venalidade, para a aceitação de vantagens indevidas pelo exercício dos poderes públicos […]". Nesse sentido, torna-se fundamental que as instituições sejam fortes, que respeitem o princípio da separação de poderes, naquilo que os anglo-saxónicos designam por sistema de *checks and balances* (pesos e contrapesos) (Hamilton et al., 2009, pp. 119–122). Se uns gerem, outros controlam; se uns adjudicam, outros controlam a execução, numa lógica de segregação de funções e separação de poderes.

Mas também são necessárias regras claras para que o jogo possa ser justo, leal e transparente.

Por isso, todos os cuidados são poucos e deveriam focar-se fundamentalmente na prevenção desses fenómenos. É por essa razão que os regimes legais da CP, quer a nível europeu por via das diretivas, quer a nível estatal através dos Códigos de CP de cada Estado, englobam hoje um conjunto de normas que visam implementar mecanismos de prevenção de riscos e vulnerabilidades, de que são exemplos, as normas atinentes:

- Às declarações de prevenção de conflitos de interesses a subscrever pelos participantes nos procedimentos adjudicatórios, onde se atesta a ausência de qualquer ligação direta ou indireta com as empresas participantes no procedimento aquisitivo e, existindo algum impedimento superveniente, se pode solicitar escusa de intervenção no mesmo.
- À excecionalidade do recurso ao procedimento de ajuste direto por estar em causa, nesses casos, a escolha direta do cocontratante. Trata-se de um poder tremendo das EA na escolha, de entre milhares de empresas, a empresa a convidar. Mas este poder é igualmente potenciador de tentações de suborno por parte dos operadores privados. Daí que os procedimentos concursais sejam preferíveis, não só porque a concorrência melhora a qualidade e o preço das propostas, mas também porque tende a reduzir o risco de fraude e corrupção.
- À utilização de procedimentos aquisitivos por via eletrónica, por incrementarem a rastreabilidade desses procedimentos e reduzirem a possibilidade de falsificação de documentos.
- À obrigatoriedade de divulgação dos resultados da adjudicação no Portal BASE[1] e, ainda, no caso dos contratos das medidas especiais de CP (MECP), da comunicação desses contratos ao TdC (Resolução n.º 5/2021 de 28 de junho). Concomitantemente, a

[1] O Portal Base "[…] 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 [DL] nº 111-B/2017, de 31 de agosto, [alterando e republicando] o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo [DL] n.º 18/2008, de 29 de janeiro." (IMPIC, 2022).

publicitação dos contratos e o seu conhecimento pelo cidadão corresponde ao maior salto qualitativo dos últimos dez anos em matéria de CP.

- Ao alargamento do regime de impedimentos à participação em procedimentos de CP, nomeadamente nos casos em que os operadores económicos incumpriram contratos anteriores.

Passados mais de 12 anos sobre a entrada em vigor do CCP Português, considera-se que a CP em Portugal está hoje melhor do que em anos e décadas anteriores. Desde logo, porque existe maior transparência e publicidade nos processos, mas também porque os agentes da CP estão hoje, em geral, mais qualificados para a sua missão e mais conscientes dos perigos que ela encerra.

Porém, há aspetos problemáticos que subsistem, essencialmente ao nível do planeamento (ou da falta dele) na preparação atempada dos procedimentos aquisitivos. Este aspeto conduz, muitas vezes, os agentes políticos das EA (nomeadamente ao nível municipal) a endereçarem a culpa pelos atrasos na execução dos contratos públicos ao TdC, quando tais procedimentos estão sujeitos a fiscalização prévia, o que, nem sempre, corresponde à verdade.

Além da preparação atempada dos procedimentos aquisitivos, identifica-se também a falta de planeamento atempado – quiçá uma caraterística intrínseca ao povo português. Curiosamente, tem existido uma tendência nacional para utilizar procedimentos aquisitivos menos solenes e menos concorrenciais, como o ajuste direto ou a consulta prévia, em detrimento de procedimentos concursais, em especial, os mais complexos que a lei permite, tais como o diálogo concorrencial ou o concurso limitado por prévia qualificação. Relacionada com a problemática dos "procedimentos para ontem", estará ainda, nalguns casos, a baixa qualificação técnica do comprador público, em especial, em muitos dos municípios e freguesias deste país, que os impede de utilizar todas as ferramentas e instrumentos que a lei da CP possibilita. Este aspeto deve merecer melhor atenção, uma vez que o investimento na profissionalização do comprador público é um dos aspetos fundamentais para a melhoria da qualidade das compras públicas.

Em terceiro lugar, salienta-se a questão da fundamentação da decisão de contratar. Em 2017 introduziu-se no artigo 36.º do CCP (DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) um especial dever de fundamentação para investimentos superiores a 5 milhões de euros, que assentava na exigência duma análise custo-benefício. Esta análise tinha como finalidade evitar a repetição de erros do passado, designadamente a realização de grandes infraestruturas públicas, excedendo as reais necessidades da população e onerando o futuro, pondo em causa a sustentabilidade das finanças públicas e, inclusive, potenciando a crise do princípio da solidariedade intergeracional. Com a promulgação da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, passou a dispensar-se tal avaliação para os procedimentos, fadados à execução de projetos financiados por fundos europeus, que se destinem à promoção da habitação pública e que tenham por objeto a conservação e reabilitação de imóveis. A legislação da CP tem funcionado como uma verdadeira concertina, ora esticando, ora encolhendo, pondo em causa a necessária estabilidade jurídica.

Um outro aspeto que deve merecer atenção, e à qual o CCP veio, finalmente, dar destaque com a alteração de 2017, tem a ver com a boa execução dos contratos públicos. Trata-se de um aspeto muito importante, pois não basta escolher bem o cocontratante. É igualmente necessário garantir que o contrato seja executado de acordo com o que foi contratualizado, evitando assim, a

fraude, nomeadamente quando se contrata uma coisa e se executa ou compra outra diferente. A introdução da figura do gestor do contrato vai, pois, nesse sentido.

Importa recordar que o Conselho de Prevenção da Corrupção[2] (2019) divulgou, em 2 de outubro de 2019, uma Recomendação sobre prevenção de riscos de corrupção na CP, sendo que os principais pontos focados são precisamente os que foram abordados anteriormente.

As vulnerabilidades da CP combatem-se com boas práticas, com rigor, com boa fé e boa gestão dos dinheiros a cargo das entidades públicas. Esta é a responsabilidade das entidades públicas compradoras. Mas essas vulnerabilidades também se combatem com um modelo organizacional de boa governação dos contratos públicos assente em várias entidades, tais como o IMPIC, a ESPAP, a Autoridade da Concorrência, as Inspeções-Gerais e, como não podia deixar de ser, pelo TdC.

O Tribunal de Contas de Portugal

O TdC de Portugal é uma instituição secular que, tal como a instituição militar, deve constituir motivo de orgulho de qualquer português.

Com efeito, o TdC é sinónimo de experiência, independência e modernidade.

Sinónimo de Experiência, porque se trata de uma instituição com mais de 600 anos, herdeira duma instituição medieval designada por Casa dos Contos (Rau, 2009; Tribunal de Contas, n.d.), cuja primeira sede foi no Castelo de S. Jorge, sendo desde então até aos nossos dias a instituição suprema de controlo e fiscalização dos dinheiros públicos.

Sinónimo de Independência, porque se trata de um verdadeiro Tribunal, integrado no aparelho judiciário português, a par dos tribunais superiores das outras jurisdições, embora com uma missão específica e una, concretizada no artigo 214.º da Constituição da República Portuguesa (Assembleia da República, 2015), competindo-lhe, pois, fiscalizar a legalidade das despesas públicas e julgar as responsabilidades financeiras. A existência de uma instituição suprema, ao nível de órgão de soberania e independente dos poderes políticos, constitui um dos pilares fundamentais do Estado de direito democrático, por muito que isso possa constituir um incómodo para alguns que, de tempos a tempos, consideram o TdC como uma "força de bloqueio". Neste domínio importa recordar a resposta dada pelo Professor Sousa Franco numa entrevista quando questionado sobre o assunto: "O Tribunal de Contas é uma força de bloqueio? só se for de bloqueio de ilegalidades e asneiras!". E recordar ainda, a propósito da independência do TdC, as palavras do mais alto magistrado da nação – o Presidente da República – numa recente sessão de aniversário do Tribunal, realçando o facto do Tribunal ter resistido ao longo dos tempos a tentativas de judicialização da política ou de politização ou administrativização do exercício da função jurisdicional.

E sinónimo de modernidade, porque o TdC, apesar da sua longa vida secular, tem sabido adaptar-se à evolução dos regimes político-constitucionais que regem o País desde os tempos da monarquia, atravessando períodos ditatoriais, até estabilizar no atual regime democrático. E nesse sentido, o TdC português tem, hoje, uma natureza *sui generis*, uma vez que é um órgão jurisdicional, um verdadeiro Tribunal (que produz decisões judiciais definitivas e executórias e

[2] Órgão independente que funciona junto do TdC

realiza julgamentos), mas é também uma instituição de controlo e auditoria, sendo o que internacionalmente se designa por Instituição Superior de Controlo, com funções jurisdicionais.

Ao exercer a competência administrativa de controlo ou auditoria, o TdC assume-se como uma Instituição Superior de Controlo, desenvolvendo ações de fiscalização (vulgo auditorias), tal como qualquer outra instituição de controlo (ex. inspeção-geral), apenas se distinguindo destas por se tratar de um controlo externo e independente (ao contrário das inspeções-gerais, que não são independentes – pois são tuteladas por membros do Governo).

Por outro lado, ao exercer a competência jurisdicional, o TdC comporta-se como um verdadeiro Tribunal, com poder de julgar, de dizer o direito, exercendo os poderes que a Constituição lhe confere, produzindo decisões judiciais, com força obrigatória geral, vinculativas para os seus destinatários.

Os contratos públicos são uma das principais fontes de realização de despesa pública, sendo, consequentemente, um dos alvos privilegiados da ação fiscalizadora do TdC. A fiscalização de contratos públicos por parte do TdC ocorre a 3 níveis (2021, pp. 48–65), designados em função do momento em que o controlo é exercido:

- Fiscalização ou controlo prévio

  A fiscalização prévia é exercida num momento prévio à execução dos atos e contratos, materializando o seu conceito de controlo prévio, ou *ex ante*. Trata-se de uma fiscalização de mera legalidade, uma vez que, através dos seus poderes, o TdC verifica se os atos e contratos estão conformes com as leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria;

- Fiscalização concomitante

  A fiscalização concomitante é exercida durante a execução dos atos e contratos, designadamente, na fiscalização de contratos adicionais de empreitadas de obras públicas, na sequência de contratos de empreitada que tenham sido sujeitos a fiscalização prévia;

- Fiscalização sucessiva

  A fiscalização sucessiva, também designada por *ex post* ou *a posteriori*, é exercida depois de executados os atos e contratos, isto é, depois destes terem produzido os seus efeitos. No âmbito da fiscalização sucessiva, os poderes do Tribunal são bem mais amplos, consubstanciando, por exemplo, a realização de auditorias de qualquer tipo, ou natureza, sobre a legalidade, a boa gestão financeira e os sistemas de controlo interno, abrangendo a área da CP. Trata-se de um controlo que não é apenas de mera legalidade, mas também de avaliação do mérito da gestão.

Porém, a fiscalização prévia do TdC é um dos instrumentos privilegiados de atuação sobre os contratos públicos e remonta a finais do séc. XIX (1881), tendo sido introduzida pela Lei que reformou a contabilidade pública. Tão antiga como a existência desta forma de fiscalizar os contratos públicos, tem sido a discussão em torno da sua utilidade, a começar pelos que a acusam de ser burocrática, antiquada e um entrave poderoso à marcha da coisa pública. Não obstante, esta postura esconde, por detrás da crítica à fiscalização prévia, o incómodo que provoca, na medida em que se trata de um controlo prévio, sendo por isso, um obstáculo à execução contratual quando o visto é recusado.

Porém, a fiscalização prévia é aclamada pelo cidadão, que vê nela uma forma objetiva e eficaz de controlo, que impede a realização de muitas asneiras. Efetivamente, a fiscalização prévia não deve ser banalizada, razão pela qual atualmente não abrange, aquele que foi no passado o seu setor de eleição, o visto sobre as admissões e promoções de pessoal na função pública. Nessa conformidade, deve dedicar-se a atos e contratos com significativa expressão financeira, numa lógica de controlar previamente os grandes negócios do Estado, essencialmente, nas áreas dos contratos públicos, mas também do endividamento público. Justifica-se, por isso, que ao contrário do que muitas vezes se afirma, a fiscalização prévia não seja substituível por qualquer outra forma de fiscalização, seja concomitante ou sucessiva. A sua importância reside, precisamente, no momento em que é exercida, isto é, antes dos atos e contratos produzirem os seus efeitos, ou seja, quando ainda é possível evitar males maiores, ilegalidades, etc.

Note-se que o visto prévio é um importante instrumento de prevenção face aos mecanismos de repressão por se tratar, precisamente, de um procedimento cautelar, uma medida profilática, ao contrário das auditorias. Embora as auditorias sejam igualmente importantes, constituem-se num mecanismo de avaliação *ex post* do que aconteceu e ao qual apenas pode suceder um ato de repressão, nomeadamente por via da responsabilização disciplinar, penal ou financeira dos agentes que praticaram os atos ilegais. Além da sua função preventiva, o procedimento de fiscalização prévia desempenha igualmente uma importante função pedagógica, razão pela qual, dos milhares de processos anuais, apenas 1 a 2% dos processos culminam em decisão de recusa de visto. E assim é porque, ao longo da tramitação do processo, os serviços do Tribunal vão interagindo com a entidade fiscalizada, permitindo resolver, entre 98% a 99% dos casos, os eventuais problemas ou vícios de que enferma o ato ou contrato sujeito a visto. Assim, na maioria dos casos é possível salvar o ato ou o contrato, nomeadamente por meio de correção do mesmo ou de um aditamento contratual.

De igual modo, grande parte das decisões de concessão de visto são acompanhadas de recomendações para que, em futuros procedimentos, as práticas ilegais ou irregulares, embora não sejam de fundamento para recusa de visto, não se voltem a verificar.

No mesmo sentido, a divulgação da jurisprudência produzida pelo Tribunal tem sido importante, uma vez que os acórdãos de recusa de visto, para além da resolução de um caso concreto, constituem instrumentos importantes de informação sobre as más práticas a evitar na adjudicação de contratos públicos. Importa realçar, neste domínio, as frequentes recusas de visto a contratos precedidos de procedimentos de ajuste direto com a invocação de fundamentos materiais, como a urgência ou a aptidão técnica, sem que, na opinião dos juízes do Tribunal, esses fundamentos se verifiquem.

A leitura da jurisprudência do TdC, designadamente dos acórdãos de recusa de visto da 1.ª secção, é uma boa forma de perceber o que não se deve fazer. E no caso particular das Forças Armadas, indica-se, como boa literatura, os seguintes acórdãos publicados no *site* do TdC, designadamente:

- Acórdão n.º 23/2013, de 30 de setembro (TdC, 2013) - Relatório de fiscalização prévia do "[…] contrato para "Aquisição de câmaras térmicas portáteis de visão noturna", celebrado entre a GNR e a empresa SDT-Eletrónica, S.A., em 21.06.2013, pelo montante de € 364.098,08, acrescido de IVA.". O resultado desse relatório determinou a recusa de

visto, concluindo existirem fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência.

- Acórdão n.º 7/2018, de 23 de janeiro (TdC, 2018a) - Relatório de fiscalização prévia do "[…] Contrato de Aquisição de Combustíveis Rodoviários a Granel para o Território Nacional Continental no 4.º Trimestre de 2017, celebrado, em 8/11/2017, entre [o Exército Português e a empresa] Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., pelo valor de 812.999,80 € […]". Neste relatório o visto prévio foi recusado uma vez que, os Juízes do TdC, em Subsecção da 1.ª Secção, acordaram existir a utilização indevida do ajuste direto.
- Acórdão n.º 41/2018, de 7 de dezembro (TdC 2018b) - Relatório de fiscalização prévia do "[…] contrato de aquisição de serviços de manutenção dos motores RTM 322-02/8 MK 250 instalados nos helicópteros EH 101 operados pela Força Aérea Portuguesa, celebrado, em 06.07.2018, [entre a DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A. e] a SAFRAN HELICOPTER ENGINES, pelo valor global de 73.420.000,00€ […]". O resultado desse relatório determinou a recusa de visto, concluindo existir uso indevido do modelo de parceria público-privada (PPP).
- Acórdão n.º 19/2020, de 1 de abril (TdC, 2020a) - Relatório de fiscalização prévia de dois contratos, designadamente o contrato de "[…] "aquisição de capacetes balísticos IIIA", celebrado [entre o Exército Português e] a empresa Fibrauto – Fabrico de Objetos em Polyester, Ld.ª, em 05.11.2019, pelo preço contratual de 925.000,00€ (Processo 3711/2019) […]" e o contrato de "[…]"aquisição de coletes, cotoveleiras e joelheiras", celebrado com a empresa Latino Confecções, Ld.ª, em 22.10.2019, pelo preço contratual de 1.207.940,00 € (Processo 3713/2019) […]". Neste relatório o visto prévio foi recusado uma vez que, os Juízes do TdC, em Subsecção da 1.ª Secção, acordaram existir a utilização indevida do ajuste direto.
- Acórdão n. º 44/2020, de 2 de novembro (TdC, 2020b) - Relatório de fiscalização prévia do contrato de "[…] "aquisição de equipamentos no âmbito do projeto sistemas de combate do soldado (SCS) – Monóculo Intensificador de Imagem", celebrado [entre o Exército Português e] a empresa NTG, Ld.ª, em 30.07.2020, pelo preço contratual de 8.269.786,80 € (acrescido de IVA) […]". O resultado desse relatório determinou a recusa de visto, concluindo existir uma incorreta utilização do modelo de avaliação de propostas e uma indevida exclusão de uma proposta.

Conclusão

A CP é complexa, pela quantidade de normas e procedimentos que implica, nem sempre fáceis de executar. É complexa porque implica, em parte, um jogo de forças entre polos opostos, isto é, entre uma entidade pública que quer pagar o menos possível pela melhor aquisição de um bem ou prestação de serviços e um operador económico privado que quer lucrar o mais possível no negócio com o Estado.

Esta complexidade é, pois, geradora de atuações negligentes (riscos de erro, lapsos, enganos), mas também de atuações dolosas (fraude, suborno, corrupção, peculato, etc.). Para mitigar estes riscos, uma boa medida consiste na elaboração de planos de prevenção de riscos de fraude e corrupção, tal como recomendado desde 2009 pelo Conselho de Prevenção da Corrupção. É que a identificação das áreas de maior risco da organização permite antecipar medidas de eliminação ou mitigação desses riscos, como por exemplo, a segregação de funções, a rotatividade regular dos trabalhadores encarregues de determinadas funções, a auditoria interna, a publicitação dos atos e contratos nos portais, incluindo das próprias entidades, e ainda a criação de canais de denúncia, internos e externos. Todas estas medidas constituem um forte desincentivo às práticas ilegais.

Referências Bibliográficas

Assembleia da República (2015). *Constituição da República Portuguesa - Sétima Revisão*. Lisboa: Assembleia da República – Divisão de Edições.

Baron, P. D. (1995). *The Application of Rousseau's Theory of Social Contract to Corporate Governance* (Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade da Tansmânia, Hobart.

Conselho de Prevenção da Corrupção (2019). *Prevenção de Riscos de Corrupção na Contratação Pública*. Lisboa. Autor.

Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (2017). *Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos*. Diário da República, 1ª Série, 168, 5250-(1894) a 5250-(2052). Lisboa: Ministério do Planeamento e das Infraestruturas.

Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (2008). *Aprova o Código dos Contratos Públicos*. Diário da República, 1ª Série, 20, 753 a 852. Lisboa: Ministério das Obras Públicas Transportes e Comunicações.

Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2009). *The Federalist Papers* (Ed. de 2009). Nova Iorque: Palgrave Macmillan.

Hobbes, T. (1998). *Leviathan* (Ed. de 1998). Oxford: Oxford University Press.

Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e Construção (2022). O Portal Base. [Página *online*]. Retirado de https://www.base.gov.pt/Base4/pt/o-portal/base/

Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (2021). *Aprova medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro*. Diário da República, 1ª Série, 99, 2 a 39. Lisboa: Assembleia da República.

Ministério Público (2015). *O Ministério Público contra a corrupção - Programa de Ação* [Versão PDF]. Retirado de https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/programa_de_acao.pdf

Rau, V. (2009). *A Casa dos Contos - os três mais antigos Regimentos dos Contos. Para a História do Tribunal de Contas*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda.

Resolução n.º 5/2021, de 28 de junho (2021). *Aprova as instruções que estabelecem a disciplina aplicável à submissão ao Tribunal de Contas, por via eletrónica, dos contratos referidos no nº 2 do artigo 17.o da Lei nº 30/2021, de 21 de maio, a qual aprova, entre outros dispositivos, medidas especiais de contratação pública*. Diário da República, 2ª Série, 123, 449-(2) a 449-(4). Lisboa: Tribunal de Contas.

Tribunal de Contas (n.d.). Evolução Histórica do Tribunal de Contas [Página *online*]. Retirado de https://erario.tcontas.pt/pt/apresenta/historia.shtm

Tribunal de Contas (2013). *Relatório de fiscalização prévia do contrato para Aquisição de câmaras térmicas portáteis de visão noturna, celebrado entre a Guarda Nacional Republicana e a empresa SDT-Eletrónica, S.A., em 21.06.2013, pelo montante de € 364.098,08, acrescido de IVA* (Acórdão nº 23 /2013, de 30 de setembro – 1ª Secção/SS). Lisboa: Autor.

Tribunal de Contas (2018a). *Relatório de fiscalização prévia do Contrato de Aquisição de Combustíveis Rodoviários a Granel para o Território Nacional Continental no 4.o Trimestre de 2017, celebrado, em 8/11/2017, entre o Exército Português e a Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A.* (Acórdão nº 7/2018, de 23 de janeiro – 1ª S/SS). Lisboa: Autor.

Tribunal de Contas (2018b). *Relatório de fiscalização prévia do contrato de aquisição de serviços de manutenção dos motores RTM 322-02/8 MK 250 instalados nos helicópteros EH 101 operados pela Força Aérea Portuguesa, celebrado, em 06.07.2018, com a Safran Helicopter Engines* (Acórdão nº 41 /2018, de 7 de dezembro – 1ª Secção/SS). Lisboa: Autor.

Tribunal de Contas (2020a). *Relatório de fiscalização prévia do contrato de aquisição de capacetes balísticos IIIA, celebrado entre o Exército Português e a empresa Fibrauto – Fabrico de Objetos em Polyester, Ldª, em 05.11.2019, pelo preço contratual de 925.000,00€* (Acórdão nº 19/2020, de 1 de abril – 1ª S/SS). Lisboa: Autor.

Tribunal de Contas (2020b). *Relatório de fiscalização prévia do contrato de aquisição de equipamentos no âmbito do projeto sistemas de combate do soldado (SCS) – Monóculo Intensificador de Imagem, celebrado com a empresa NTG, Ldª* (Acórdão nº 44/2020, de 2 de novembro – 1ª S/SS). Lisboa: Autor.

Tribunal de Contas (2021). *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas - Regulamento*. Lisboa: Autor.

1.º Painel – As perspetivas legislativas da AP e das empresas. Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.

Dr. César Augusto Gundersen Rodrigues Pestana
Presidente do Conselho Diretivo da
Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.

Este tema é particularmente relevante, quando a sociedade vive tempos em que se adivinham desafios muito profundos e complexos para as compras públicas nacionais, como ficou bem demonstrado na Sessão de Abertura do Seminário.

Importância estratégica das compras públicas

As novas tecnologias, a progressiva digitalização do trabalho, a reconfiguração das cadeias de fornecimento em redes globais cada vez mais complexas, a preocupação pela sua sustentabilidade e a gestão do risco, aportam para esta problemática uma criticidade cada vez maior e transformam, de forma muito significativa, o papel do comprador público.

No passado, o comprador público era alguém centrado na eficiência dos processos, no controlo dos custos e na conformidade. Entretanto, esse foco mudou.

A pandemia veio evidenciar, por um lado, como as interrupções na cadeia de fornecimento global obrigaram as organizações públicas a enfrentar as suas próprias limitações, a criar novos modelos profissionais e a alterar os circuitos e as formas como desenvolvem a sua atividade. Este conjunto de características, pela flexibilidade e capacidade de resposta conquistadas, encontram-se bem cimentadas neste novo paradigma. Desse ponto de vista, as instituições públicas em geral, e as FFAA em particular, foram exemplares na sua atuação em muitos destes campos.

Por outro lado, hoje as instituições públicas enfrentam o desafio da recuperação e resiliência. Os compradores públicos vão ter que enfrentar, num futuro muito próximo, exigências únicas no desenvolvimento da sua atividade, procurando enquadrar a compra pública numa função estratégica. O foco estratégico do comprador público deverá sofrer uma alteração de paradigma passando da conformidade do processo administrativo, da eficiência e do controlo, para um paradigma multidisciplinar na abordagem à cadeia dos fornecimentos e numa forma alternativa de pensar estrategicamente a CP.

Este novo desafio não anula a visão anterior, mas antes acrescenta variáveis de análise ao processo de tomada de decisão na CP, tornando-o ao mesmo tempo mais interessante e criativo, mas também mais exigente e complexo.

Nesse sentido, importa realçar o papel e a perspetiva da ESPAP, enquanto entidade gestora do Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP) e, simultaneamente, as perspetivas do ponto de vista estratégico da função do comprador público.

O papel da Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.

A ESPAP, criada pelo DL n.º 117-A/2012, de 14 de junho, é um Instituto Público de regime especial, que tem como missão assegurar a obtenção de ganhos de eficiência e eficácia orientados para a criação de valor para a AP, através da utilização racional de recursos públicos comuns e da prestação de serviços partilhados, contribuindo para um Estado mais ágil e direcionado para o desenvolvimento sustentável do país

Por outro lado, a ESPAP no seu mapa de valores defende os valores associados à integridade, ao profissionalismo e à competência, à inovação e à responsabilidade social e sustentabilidade, desenvolvendo a sua atividade em torno da identificação de métricas e indicadores de desempenho, para a criação de valor no serviço público.

Conforme é possível verificar na Figura 2, a prestação de serviços públicos da ESPAP está dividida em cinco áreas de intervenção, concretamente, a área das compras públicas (SPCP), que marca presença de forma transversal na AP, a área de contabilidade centralizada (SPFN)[3], a área de recursos humanos (SPRH)[4], a área de tecnologias de informação e comunicação (SPTIC)[5] e a área de gestão de projetos e programas (SPPMO)[6].

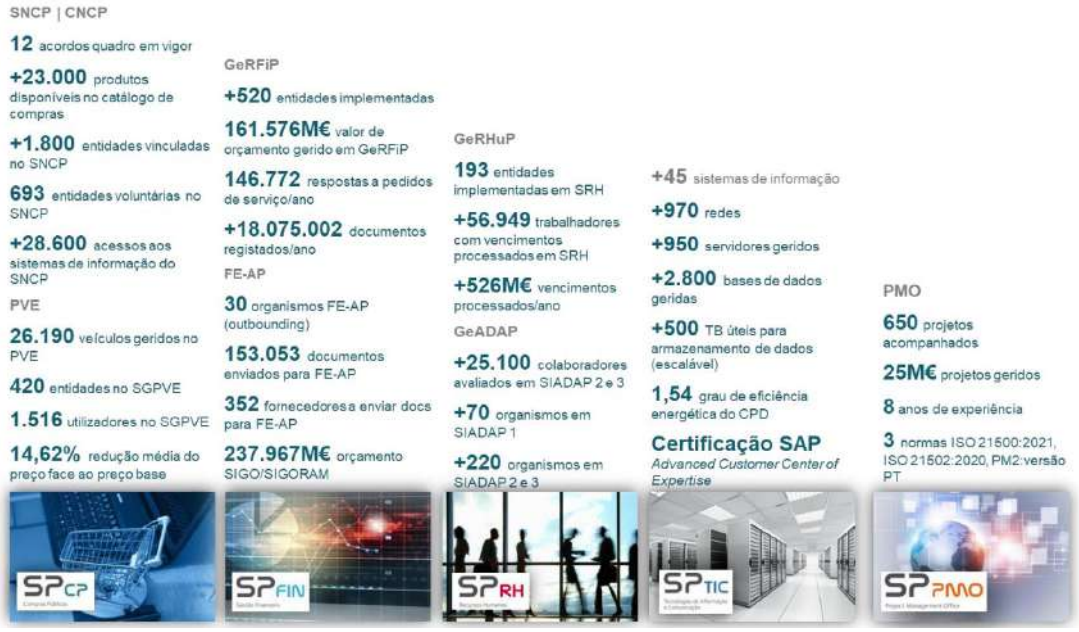


Figura 2 - Áreas de intervenção da ESPAP

Os serviços que a ESPAP presta assentam em plataformas tecnológicas que devem respeitar quatro princípios fundamentais:

- Utilização de soluções tecnológicas transversais, pela impossibilidade de customizar soluções para um universo de cerca de 2.500 entidades públicas, oferecendo serviços que sirvam a todas essas entidades utilizadoras;

[3] Plataforma de Serviços Partilhados Financeiros (SPFIN), materializada na Gestão de Recursos Financeiros em modo Partilhado (GERFIP).
[4] Plataforma de Serviços Partilhados de Recursos Humanos (DPRH), nomeadamente a Gestão de Recursos Humanos em modo Partilhado (GERHUP).
[5] Plataforma de Serviços Partilhados de Tecnologias de Informação e Comunicação (SPTIC) que assegura a prestação de um conjunto de serviços nas áreas do desenvolvimento e manutenção de *software* aplicacional e da gestão de infraestruturas de tecnologias de informação e comunicação (ESPAP, 2020).
[6] Plataforma de Serviços Partilhados de *Project Management Office* (SPPMO), materializada na Gestão Estratégica de Recursos e Projetos (GERPROJ).

- Utilização de processos otimizados e normalizados a serem usados por todas as entidades públicas;
- Foco na eficácia; e
- Operação em rede.

O Sistema Nacional de Compras Públicas

O SNCP, que atingiu a marca de 15 anos em 2022, foi criado pelo DL n.º 37/2007, de 19 de fevereiro.

Este sistema é gerido pela ESPAP e assenta em três pilares fundamentais:

- Na integração de entidades compradoras por imposição legal (entidades compradoras vinculadas) e por adesão voluntária de base contratual (entidades compradoras voluntárias), numa lógica de centralização da coordenação da compra em rede, a ESPAP permite que estas entidades possam usufruir e beneficiar dos instrumentos de CP disponibilizados.
- Na segregação de funções de contratação e de compras e pagamentos assente na adoção de procedimentos centralizados, aos níveis global e setorial.
- Na formação de Acordos Quadro (AQ) ou de outros contratos públicos. Trata-se de uma ferramenta muito poderosa, entre tantas outras, na contratação de bens e serviços, enquadrando-se num modelo contratual transversal.

No âmbito deste sistema, importa assinalar o corolário das principais medidas implementadas e respetivos benefícios, em especial os mais de 50 AQ, que significaram um enorme contributo para o reequilíbrio das contas públicas, com poupanças de mais de 370 milhões de euros em 2020. (vide Figura 3).

Figura 3 – Principais medidas, benefícios e resultados da implementação do SNCP

Note-se que, associado à implementação dos AQ, existe um conjunto de ferramentas tecnológicas que permitem, quer a nível local, quer a nível ministerial setorial, quer ainda a nível central, assegurar a capacidade de recolha de informação de qualidade para o apuramento das necessidades de planeamento e de consumo, das avaliações sobre os preços unitários de aquisição e, por fim, para cálculo dos valores base de aquisição dos procedimentos subsequentes. Simultaneamente, destaca-se ainda o elevado número de EA que se centraliza nos processos de aquisição, com uma assinalável amplitude de cerca de 29.000 utilizadores e mais de 95.000 preços em sistema.

Refira-se, ainda, por outro lado, as elevadas preocupações associadas com a monitorização da rede de empresas fornecedoras do Estado, maioritariamente com pequenas e médias empresas (PME), que representam cerca de 70% do universo de fornecedores do Estado.

Adicionalmente, realça-se outra componente muito importante. O SNCP foi desenvolvido já centrado nas questões da sustentabilidade ambiental e nos critérios ambientais associados aos AQ. Embora se possa assumir algum desconhecimento por parte das entidades adjudicantes, o facto é que a utilização dos AQ se encontra intimamente ligada a compras ambientalmente responsáveis, porque já estão incorporados mecanismos, quer na qualificação dos bens ou serviços, quer nos critérios de adjudicação numeradores de valorização dos critérios ambientais.

A estratégia da compra

A ESPAP entende a função de compras, como uma função estratégica sendo fundamental qualificar e valorizar o comprador público como o seu elemento central.

Genericamente, a gestão estratégica da compra tem que estar alinhada com a missão e a estratégia global das organizações. A missão da equipa de compras é a de garantir a capacidade e continuidade do fornecimento de bens e serviços, com base em critérios de qualidade, tempo, custo e serviço, à estrutura da organização para o cumprimento da sua missão. Para esse efeito, importa definir uma estratégia setorial que tenha em consideração os limites e a característica da despesa, alinhada com os objetivos globais da organização, da inovação, da gestão de custos e da geração de receita.

Por outro lado, deve incorporar as orientações políticas, materializadas no complexo leque jurídico que acompanha o comprador público na sua definição estratégica, no desenho dos contratos e dos processos de contratação. Desde logo, esse leque jurídico aporta princípios estruturantes, que se identificam nos diplomas legais elencados na Tabela 1.

Tabela 1 – Princípios estruturantes que enformam o SNCP

Princípios	Diploma legal
Legalidade, prossecução do interesse público, imparcialidade, proporcionalidade, boa-fé, tutela da confiança, sustentabilidade e responsabilidade, concorrência, publicidade e transparência, igualdade tratamento e não-discriminação.	Artigo 1.º-A do CCP (DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, na sua versão atual)
Interesse público, respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé.	Artigo 166.º Constituição da República Portuguesa
Economia, eficiência e eficácia.	Artigo 18.º da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro)
Igualdade de tratamento, transparência e não discriminação	Artigo 18.º da Diretiva n.º 2014/24/EU, de 26 de fevereiro.
Segregação das funções de contratação e de compras e pagamentos, celebração de AQ ou outros contratos públicos, igualdade de acesso dos interessados aos procedimentos, adoção de ferramentas de compras eletrónicas, adoção de práticas aquisitivas por via eletrónica, adoção de práticas e preferência pela aquisição dos bens e serviços que promovam a proteção do ambiente, promoção da concorrência e da diversidade de fornecedores.	Artigo 4.º do DL n.º117-A/2012, de 14 de junho
Legalidade, regularidade das receitas e despesas públicas e correção económica.	Artigo 1.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de agosto)
Legalidade, prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, boa administração, igualdade, proporcionalidade, justiça e razoabilidade, imparcialidade, boa-fé, colaboração com os particulares, participação, decisão, aplicáveis à administração eletrónica, gratuitidade, responsabilidade, administração aberta, proteção dos dados pessoais e cooperação leal com a União Europeia.	Artigos 3.º a 19.º do Código do Procedimento Administrativo (DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro, na sua versão atual)
Conformidade legal, regularidade financeira, economia, eficiência e eficácia.	Artigo 22.º do Regime da Administração Financeira do Estado (DL n.º 155/92, de 28 de julho, na sua versão atual)

Além dos diplomas mencionados, outros existem, de publicação anual, como a Lei do Orçamento do Estado e o DL de Execução Orçamental, que incorporam as orientações e as definições das políticas para a definição estratégica das compras públicas e o processo de desenho da contratação. Acrescem a estes, as normas excecionais associadas à pandemia SARS-SARS-COV2[7], no âmbito da CP, e à componente de autorização da despesa ou condução e direção de novos procedimentos relacionados com os investimentos projetados no Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) (Ministério do Planeamento [MdP], 2021).

Cumpre, pois, sublinhar que este é o quadro concetual que reflete aa complexidade da função estratégica de compra e do comprador público, e que aponta para a necessidade de organizar a hierarquia de objetivos assim como de uma articulação da vasta legislação enquadrante.

No caso concreto do SNCP, realça-se a hierarquia de diplomas prevista na criação do sistema propriamente dito, assente nos princípios de segregação de funções, da centralização e da padronização dos produtos (DL n.º 37/2007, de 19 de fevereiro). Seguem-se:

- O DL n.º 170/2008, de 26 de agosto, que criou o parque de veículos do estado (PVE) dentro do contexto do SNCP e sob a responsabilidade da ESPAP.

[7] SARS-COV2, mais conhecida por COVID-19, foi decretada como pandemia pela *World Health Organization* no dia 11 de março de 2020 (Ghebreyesus, 2020).

- Os regulamentos que estabelecem as regras de funcionamento do SNCP (Regulamento n.º 330/2009, de 30 de julho) e do PVE (Regulamento n.º 329/2009, de 30 de julho);
- A Portaria n.º 103/2011, de 14 de março, que "[…] procede à revisão das categorias de bens e serviços cujos [AQ] e procedimentos de contratação da aquisição são celebrados e conduzidos pela ANCP […]";
- A Resolução do Conselho de Ministros n.º 78/2017, de 6 de junho, que determina a centralização na ESPAP, da "[…] categoria de compra de energia que compreende eletricidade, combustível rodoviário e gás natural para as entidades compradoras vinculadas ao [SNCP] […]" e, simultaneamente, representa um reforço deste modelo de governação das compras públicas.

Ora, até ao momento, foi abordado o modelo de gestão estratégica na perspetiva de uma função estratégica das compras, que apresenta uma hierarquia de objetivos, consolidada numa complexa base legal determinante do funcionamento do processo e da regulamentação do modelo, e ainda um conjunto de orientações estratégicas sobre a forma como se devem desenhar os modelos contratuais do futuro.

Não obstante, interessa também observar uma outra componente, nomeadamente, a componente da despesa, de modo estudar a sua evolução histórica dos últimos dez anos, sustentada no PIB, conjugado com os seguintes indicadores da AP: dívida bruta, despesas, receitas e défice/excedente público.

No Gráfico 1, é possível constatar o significativo impacto da pandemia nas contas públicas. O ano de 2020 encerrou com 11 mil milhões de Euros de défice, quando no ano 2019 se registou um *superavit*. Ou seja, o contexto em que se desenvolve a estratégia de aquisição também depende da conjugação dos indicadores mencionados.

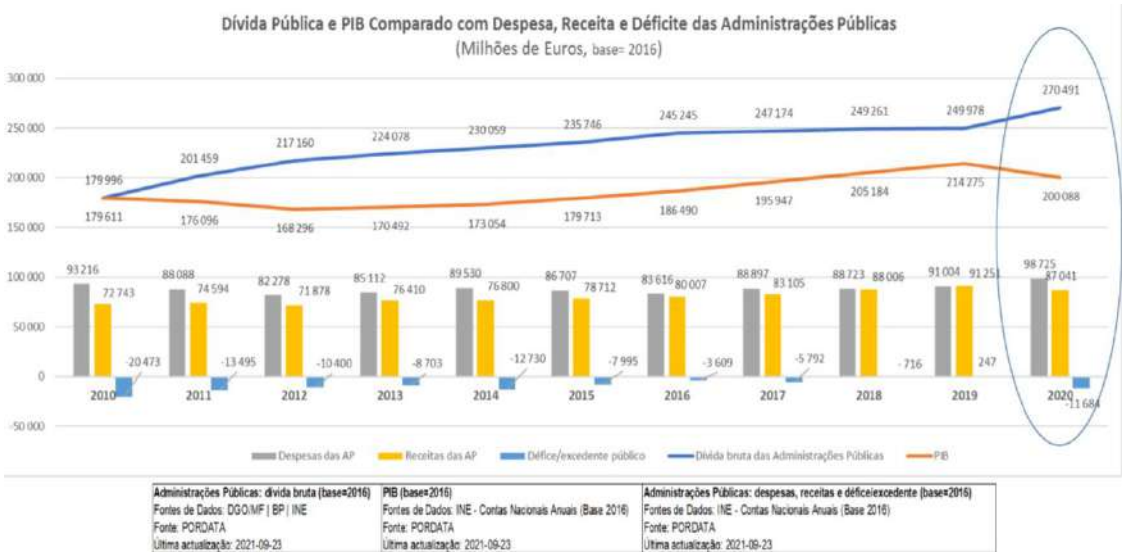
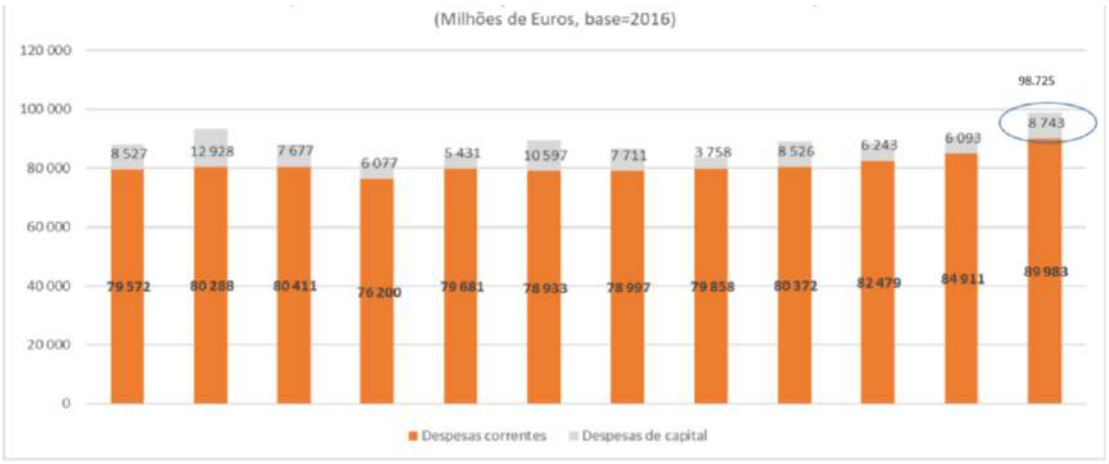


Gráfico 1 – Evolução histórica das Contas Públicas contextualizada com o PIB, receita, despesa, dívida e défice/excedente da AP.

Detalhando a despesa, torna-se fundamental perceber como se divide o total de cerca de 98 mil milhões de Euros registados em 2020, de modo a identificar modalidades de ação, para intervir nas despesas correntes ou de capital, e gerar estratégias para endereçar essa atuação. Conforme é possível observar no Gráfico 2, as despesas correntes encontram-se em larga maioria.



Despesas das Administrações Públicas: total, correntes e de capital (base=2016)
Fontes de Dados: INE - Contas Nacionais Anuais (Base 2016)
Fonte: PORDATA
Última actualização: 2021-09-28

Gráfico 2 – Despesas correntes e de capital da Administração Pública

De seguida, torna-se fundamental detalhar ainda mais a despesa, identificando, por exemplo, as parcelas correspondentes à aquisição de bens e serviços, à qual estão afetos, em 2020, cerca de 11 mil milhões de Euros, e aos bens de capital, com um valor de quase 9 mil milhões de Euros (*vide* gráfico 3). É, pois, deste universo de 20 mil milhões de Euros que se deve estudar a despesa, de modo a reconhecer a fatia vinculada às funções do Estado e perceber em que medida pode, posteriormente, ser trabalhada nas respetivas categorias de compras.

Despesas das Administrações Públicas: total e por classificação económica (base=2016)
Fontes de Dados: INE - Contas Nacionais Anuais (Base 2016)
Fonte: PORDATA
Última actualização: 2021-09-29

Gráfico 3 – Despesa da AP por classificação económica

O comprador público deve ter a capacidade de pensamento estratégico hierarquizado por objetivos, de incorporar as orientações estratégicas dos diplomas legais e de analisar a despesa pública para poder atuar sobre ela.

É nesse sentido, que a ESPAP desenvolve a sua atuação para que o comprador público seja um parceiro estratégico, que contribua de forma substantiva para o cumprimento da missão e numa ótica de crescimento sustentado, e não um mero gestor de encomendas (e que realiza a encomenda urgente), ou de gestor do dossier em papel e da caixa de correio eletrónico.

Afigura-se, por isso, essencial que o comprador público trabalhe alguns fatores que permitam desenvolver a sua atividade, para melhorar o processo de contratação. Esses fatores, no entendimento da ESPAP, são fatores críticos de sucesso que se elencam de seguida:

- Modelos de governação
  - Planeamento da compra pública e estudo da despesa, porque, como foi referido, é muito importante conhecer bem a despesa para se saber onde e como atuar sobre ela.
  - Conhecimento da categoria de compra e dos seus elementos de custo para se poder intervir nas suas alavancas, nomeadamente, se o processo se encontra bem estabelecido, se o procedimento foi bem escolhido, se o processo negocial está bem formulado, se os valores do procedimento estão bem calculados e se a especificação técnica (ET) é bem discutida e construída. A este propósito, será de realçar que uma ET é muito importante e tem muito valor e, sendo mal construída, aporta para o processo um problema de competitividade e de CP, inibindo o comprador público de ir ao mercado e encontrar as melhores alternativas ao nível de bens e serviços pretendidos.
  - Modelos de centralização colaborativa, sejam organizacionais, setoriais, ministeriais ou centrais.
- Profissionalização e qualificação das equipas de compras
  - Formação em várias áreas do conhecimento, designadamente, em CP, gestão de compras públicas, negociação, gestão de projetos, gestão financeira e sistemas de informação (SI).
  - Desenvolvimento de competências em soft skills nas áreas da liderança, comunicação e gestão de equipas.
- Desenvolvimento dos SI
- Monitorização e avaliação dos resultados porque, embora na AP exista por vezes dificuldade em calcular o ponto de partida, em perceber qual o benefício associado e a construção dos modelos de análise de custo e benefício, tudo o que está relacionado com a despesa deve ser medido. Muitas vezes a dificuldade reside na ausência de uma correta individualização dos custos de estrutura, em virtude de uma gestão assente, essencialmente, em critérios contabilísticos, que não são os mais adequados para a construção dos modelos de análise da despesa que veve ser feita com base nas características dos bens e serviços a adquirir, ou seja, nas categorias de compras em concreto e, assim, para assegurar a consistência da avaliação dos impactos das alterações a longo do tempo.

Desafios para o SNCP no contexto do plano de Recuperação e Resiliência

No âmbito do PRR identificam-se desafios em várias áreas de intervenção na sua Componente 17, denominada de "Qualidade e Sustentabilidade das Finanças Públicas" (MdP, 2021, p. 180). Relembra-se que esta componente tem como "[…] objetivos primordiais a modernização e simplificação da gestão financeira pública, promovendo assim uma mudança estrutural e fundamental para o aumento da qualidade e sustentabilidade das finanças públicas portuguesas." (MdP, 2021, p. 180), tendo a ESPAP, I.P. desenvolvido projetos dedicados para o efeito.

Paralelamente, está em curso uma significativa reforma dos diplomas legais que enformam a CP, tendo em conta o longo período de vigência de alguns deles, já mencionados anteriormente, e ainda da:

- Portaria n.º 772/2008, de 6 de agosto, que "[…] define as categorias de bens e serviços cujos AQ e procedimentos de aquisição são celebrados e conduzidos pela ANCP […]"; e
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 78/2017, de 6 de junho, que "Centraliza na [ESPAP], a categoria de compra de energia [incluindo a] eletricidade, combustível rodoviário e gás natural para as entidades compradoras vinculadas ao [SNCP].".

Não obstante o processo de revisão previsto, o sistema atual, com 15 anos de existência, funciona, é muito interessante e tem apresentado resultados significativos, optando-se pela sua continuidade, numa ótica de melhoria contínua, em detrimento de uma disrupção com o caminho traçado e percorrido até ao momento.

Em particular, os diplomas que regulam o PVE apresentam alguns aspetos que carecem de revisão, derivada de uma evolução significativa das cadeias de abastecimento e dos impactos relacionados com os critérios ambientais e financeiros na disponibilização de bens na área dos veículos e na sua valorização.

Por outro lado, encontra-se previsto o desenho de novos modelos de contratação, com a evolução dos modelos dos atuais e futuros AQ, com novos formatos, mais ágeis, mais simples, mais fáceis de usar e integrados com SI. E, neste sentido, a ESPAP está perante uma excelente oportunidade para modernizar os SI do SNCP. De tal modo que pretende trabalhar, significativamente, os SI, de uma forma faseada, no sentido de os melhorar e fazer evoluir, numa lógica de continuidade, tendo presente a preocupação da integração da informação, da gestão do ciclo completo da despesa (desde a fase do planeamento, até à fase da adjudicação), das componentes de monitorização e controlo, de disponibilizar ferramentas às entidades públicas, promovendo a gestão e monitorização dos seus próprios contratos e o acesso a um Catálogo Nacional de Compras Públicas mais simples de usar.

Como tal, a ESPAP dividiu os SI em dois grandes grupos. O primeiro grupo que engloba os SI ligados ao SNCP e, por esse motivo, prioritários na sua modernização e melhoria, e os SI relativos à gestão do PVE, que ficarão para uma segunda fase.

Conclusões

Em resumo, e de forma muito sumária, consideramos que o papel da ESPAP e do SNCP na CP deverá manter-se, assim, centrado em quatro vetores.

O primeiro onde pretende promover iniciativas de centralização e agregação de necessidades, na gestão conjunta e participativa dos processos, estimulando a partilha de know-how, e a gestão dos recursos.

O segundo vetor tenciona contribuir para a profissionalização e qualificação do comprador público, através de múltiplas iniciativas de formação e partilha de experiências de várias áreas de conhecimento envolvidas no processo de CP, sensibilizando-os para o facto de que de um gestor de compras é, na realidade, um gestor de projetos com várias competências integradas, que deve cumprir uma função estratégica.

Com o terceiro vetor, a ESPAP objetiva desenvolver os sistemas de informação de suporte, de forma centralizada, permitindo a execução eficiente dos processos, com custos reduzidos e financiados pelo PRR.

E, por fim, o quarto vetor focado em contribuir para a evolução do SNCP e da CP, através da participação em múltiplos grupos de discussão e normalização materializados na revisão dos diplomas legais em vigor e dos processos, potenciando a sua simplificação e o reforço da transparência e da monitorização.

Referências bibliográficas

Assembleia da República (2015). *Constituição da República Portuguesa - Sétima Revisão*. Lisboa: Assembleia da República – Divisão de Edições.

Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (2017). *Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos*. Diário da República, 1.ª Série, 168, 5250-(1894) a 5250-(2052). Lisboa: Ministério do Planeamento e das Infraestruturas.

Decreto-Lei n.º 155/1992, de 28 de julho (1992). *Estabelece o regime da administração financeira do Estado*. Diário da República, 1.ª Série-A, 172, 3502 a 3509. Lisboa: Ministério das Finanças.

Decreto-Lei n.º 170/2008, de 26 de agosto (2008). *Estabelece o regime jurídico do parque de veículos do Estado, abrangendo a aquisição ou locação de veículos, a sua afetação e utilização, manutenção, assistência e reparação, bem como o seu abate e alienação ou destruição*. Diário da República, 1.ª Série, 164, 5953 a 5957. Lisboa: XVII Governo Constitucional.

Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro (2007). *Cria a Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E., com a natureza de entidade pública empresarial*. Diário da República, 1.ª Série, 35, 1252 a 1259. Lisboa: Ministério das Finanças e da Administração Pública.

Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro (2020). *Aprova o novo Código do Procedimento Administrativo (Legislação consolidada)*. Diário da República, 1.ª Série, 4, 1 a 67. Lisboa: Ministério das Finanças.

Decreto-lei n.º 117-A/2012, de 14 de junho (2012). *Cria a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P.*. Diário da República, 1.ª Série, 114, 2998-(3) a 2998-(9). Lisboa: Ministério das Finanças.

Diretiva 2014/24/UE de 26 de fevereiro (2014). *Estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por autoridades adjudicantes relativamente a contratos públicos e a concursos de conceção cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 4.º*. Jornal Oficial da União Europeia, L 94/65 a L 94/242. Bruxelas: Parlamento Europeu e Conselho Europeu.

Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (2020). Tecnologias de Informação e Comunicação [Página *online*]. Retirado de https://www.espap.gov.pt/sptic/Paginas/sptic.aspx

Ghebreyesus, T. A. (2020). WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020 [Página *online*]. Retirado de https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro (2015). *Aprova a Lei de Enquadramento Orçamental*. Diário da República, 1.ª Série, 178, 7566 a 7584. Lisboa: Assembleia da República.

Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro (2007). *Estabelece o regime jurídico das instituições de ensino superior*. Diário da República, 1.ª Série, 174, 6358 a 6389. Lisboa: Assembleia da República.

Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro (2018). *Aprova a Lei do Orçamento do Estado para o ano de 2019*. Diário da República, 1.ª Série, 251, 6039 a 6260. Lisboa: Assembleia da República.

Ministério do Planeamento. (2021). *Plano de Recuperação e Resiliência - Recuperar Portugal, Construindo o Futuro* [versão PDF]. Retirado de https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDQzMgYAqlWyYAUAAAA%3d.

Portaria n.º 103/2011, de 14 de março (2011). *Procede à revisão das categorias de bens e serviços cujos acordos quadro e procedimentos de contratação da aquisição são celebrados e conduzidos pela ANCP, nos termos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro*. Diário da República, 1.ª Série, 51, 1420 a 1422. Lisboa: Ministério das Finanças e da Administração Pública.

Portaria n.º 772/2008, de 6 de agosto (2008). *Define as categorias de bens e serviços cujos acordos quadro e procedimentos de aquisição são celebrados e conduzidos pela ANCP, nos termos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro*. Diário da República, 1.ª Série, 151, 5291 a 5293. Lisboa: Ministério das Finanças e da Administração Pública.

Regulamento n.º 329/2009, de 30 de julho (2009). *Procede à centralização, na ANCP, dos procedimentos de aquisição e contratação, incluindo a adjudicação das propostas em representação das entidades compradoras, relativamente aos bens e serviços compreendidos no âmbito do PVE, definindo ainda a organização dos processos de trabalho e a articulação das relações funcionais entre a Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E., as unidades ministeriais de compras e os serviços e entidades utilizadores do PVE*. Diário da República, 2.ª Série, 146, 30474 a 30478. Lisboa: Agência Nacional de Compras Públicas.

Regulamento n.º 330/2009, de 30 de julho (2009). *Estabelece a disciplina aplicável ao sistema nacional de compras públicas, definindo o modo de funcionamento em rede, a organização dos processos de trabalho e a articulação das relações funcionais entre a Agência Nacional*

de Compras Públicas, E.P.E., as unidades ministeriais de compras e as entidades compradoras, designadamente o controlo interno do sistema. Diário da República, 2.ª Série, 146, 30478 a 30486. Lisboa: Agência Nacional de Compras Públicas.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 78/2017, de 6 de junho (2017). *Centraliza na Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P., a categoria de compra de energia que compreende eletricidade, combustível rodoviário e gás natural para as entidades compradoras vinculadas ao Sistema Nacional de Compras Públicas*. Diário da República, 1.ª Série, 109, 2792 a 2793. Lisboa: Conselho de Ministros.

Tribunal de Contas. (2021). *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas - Regulamento*. Lisboa: Autor.

1.º Painel – As perspetivas legislativas da Administração Pública e das empresas Vodafone Portugal

Dr. Henrique Sacadura Fonseca
Membro do Conselho Executivo da Vodafone Portugal
Administrador com o pelouro da Unidade de Negócios Empresariais

A Vodafone é uma empresa que se configura como um potencial adjudicatário do comprador público, embora não seja esse o seu foco estratégico. A maioria das receitas da empresa advêm dos clientes particulares e a restante componente é proveniente dos serviços prestados a empresas privadas e entidades públicas. A parcela relativa à AP é a mais reduzida entre as receitas provenientes de serviços prestados a empresas privadas e entidades públicas. Há duas razões históricas para que tal aconteça. Numa primeira fase, com a ausência de concorrência no setor das telecomunicações, sustentada pelo patrocínio político de apenas um operador, o que perpetuava um tipo de CP. Numa segunda fase, quando foi permitido o acesso ao mercado por outros operadores, havia a ausência, até 2008, de um CCP[8] que incluísse este setor.

Será, pois, oportuno relevar a importância da CP enquanto ferramenta de modernização da AP, a significância do CCP como alavanca para a transição digital do país em geral, e da economia em particular, e apresentar os atuais entraves do CCP e do SNCP à atuação das empresas, nomeadamente da Vodafone.

A importância da contratação pública

Para se perceber a real importância da CP é preciso, em primeiro lugar, conhecer o peso que tem no PIB. De acordo com o Parlamento Europeu (2021), a CP tem "[…] um peso significativo nas economias dos Estados-Membros e calcula-se que o seu valor seja responsável por mais de 16 % do PIB da União." que contrastam com os números nacionais, cujo "[…] peso dos valores contratuais comunicados ao portal BASE [representaram cerca de] 5,36% do PIB […]" em 2020 (IMPIC, 2021).

Não obstante, o papel da CP é fundamental para a aquisição de bens e serviços para a AP, salvaguardando os princípios da concorrência e da transparência, mas também para que se atinjam objetivos de ordem social, ambiental e de inovação. O CCP é, sem dúvida alguma, um instrumento de realização das políticas públicas.

Esse instrumento enquadra-se no SNCP para o qual a eficácia é primordial para mitigar inúmeros desafios estratégicos, nomeadamente, a disciplina orçamental, a modernização da AP, o crescimento económico e o emprego, a abertura ao mercado de PME qualificadas pela AP, a luta contra a corrupção e colusão, a confiança dos cidadãos nas autoridades públicas e na democracia, a prossecução da inovação e do crescimento sustentável (Comissão Europeia [CE], 2017).

O SNCP é um sistema que, não sendo perfeito (não existem sistemas perfeitos), funciona bem e necessita, naturalmente, de ser modernizado.

[8] O CCP foi nove vezes alterado até 2017 (DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, 2017).

Alavancas da transição digital

Ao longo dos últimos anos, a temática da transição digital tem sido muito abordada em Portugal, com especial enfoque na digitalização da economia. Para que este desígnio nacional se concretize, é essencial, em primeiro lugar, que se verifique a implementação de redes de comunicação de nova geração que suportem a transição digital, para que, consequentemente, se verifique a transformação digital da AP.

A CP é crucial para se percorrer este caminho, na medida em que, ou controla, ou influencia os quatro grandes pilares identificados pela CE (2022), para alavancar a transição digital, designadamente, infraestruturas digitais seguras e sustentáveis, competências, digitalização dos serviços públicos e transformação digital das empresas. Desde logo, prosseguir com a implementação de infraestruturas digitais seguras e sustentáveis, com uma conetividade assente no 5G[9], uma gestão de dados (periferia e nuvem) de alta segurança com impacto neutro no clima, no desenvolvimento e implantação de infraestruturas de comunicação quântica e espacial ultra-seguras e na aquisição de supercomputadores e computadores com aceleração quântica (CE, 2021, 2022). Numa outra perspetiva, é de elementar importância aumentar o conhecimento em tecnologias de informação e comunicação (TIC) e, por conseguinte, investir nas competências das pessoas, na sua formação, para se alcançar um universo de cerca de 20 milhões de especialistas em TIC (na União Europeia) e se atingir cerca de 80% de população com competências digitais básicas (CE, 2021, 2022). No âmbito da digitalização dos serviços públicos, será fundamental a AP encabeçar o processo da transformação e transição digital da sociedade, exercendo a sua influência junto das empresas e liderando todo o processo, de modo a lograr 100% dos serviços públicos essenciais em linha, bem como a saúde para que, neste domínio, todos os cidadãos possam aceder ao seu processo clínico, e ainda conseguir que 80% dos cidadãos usem a identificação digital (CE, 2021, 2022).

Embora se reclame que a AP lidere o processo, também as empresas deverão promover a sua transformação digital. No entanto, a transformação digital das empresas depende da sua capacidade para a realizar de forma rápida e generalizada, sendo de realçar que este aspeto é de particular importância, se se considerar o facto de que a maior fatia do tecido empresarial português assenta nas PME. "Para além dos facilitadores, todas as tecnologias [são] elementos fulcrais de novos produtos, novos processos de fabrico e novos modelos empresariais assentes na partilha equitativa de dados numa economia dos dados" (CE, 2021).

Entraves da contratação pública à atuação das empresas

O CCP tem um papel primordial no desenvolvimento do país. O SNCP é um sistema que funciona bem, mas tem margem para funcionar melhor, não fossem alguns entraves colocados à atuação das empresas, nomeadamente com:

- A *proof of concept* (PoC), no âmbito da testagem de novas soluções ou demonstrações práticas, no terreno, de serviços e produtos baseados em novas tecnologias;
- Os Acordo Quadro (AQ);
- A garantia de uma consistência estratégica; e

[9] O 5G é a quinta geração de redes móveis e assenta na tecnologia OFDM, que materializa uma forma de codificar dados digitais em múltiplas frequências, permitindo lidar com uma grande quantidade de dados e enviá-los de um lugar para outro em menos de 5 milissegundos (Vodafone, 2022).

– Os processos em contencioso.

Os constrangimentos da PoC destacam-se pelas reais dificuldades que o CCP coloca na permissão das Entidade Públicas, com quem as empresas lidam diariamente, testarem soluções inovadoras ou que lhes sejam feitas demonstrações sobre a forma como a tecnologia, por exemplo, pode resolver problemas objetivos.

As empresas no geral, e a Vodafone em particular, trabalham permanentemente em novas soluções e novas tecnologias que permitam aos seus clientes maior agilidade, maior eficiência e que assegurem maior produtividade. Mas, se qualquer operador económico (OpE) tiver a iniciativa de consultar EA para, no âmbito da PoC, mostrar como é que podem ser mais ágeis, eficientes e produtivas, usando, por exemplo, a tecnologia 5G na modalidade de teste, corre o risco de ser impedido de participar em futuros procedimentos pré-contratuais, que tenham por base as soluções alvo de testagem e/ou de demonstração.

Esse risco é materializado pelo estipulado:

– Na alínea i) do n.º 1 do art.º 55. º do CCP (2017), que impede candidaturas de entidades promotoras "[…] a qualquer título, [..], direta ou indiretamente, [de] assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência […]"; e
– No n.º 5 do art.º 113.º do mesmo diploma, que inibe o convite a entidades "[…] que tenham executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à [EA], a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores, exceto se o tiverem feito ao abrigo do Estatuto do Mecenato." (DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, 2017).

São precisamente estes dois aspetos que desmotivam as entidades empresariais em potenciarem sinergias existentes com a testagem de novas soluções e/ou as demonstrações práticas dessas mesmas soluções, que resolvam problemas crónicos, ou do dia-a-dia, das EA.

Não obstante, a mitigação destes constrangimentos será de relativa simplicidade, mas sem a pretensão de se recuperarem modelos do passado que permitiam a perpetuação de relações comerciais e a falta de transparência. Afigura-se, por isso, necessário criar mecanismos, simples e ágeis, que contribuam para fomentar a concorrência, para prevenir a corrupção e o conflito de interesses e aumentar a transparência e a igualdade de participação, que passam por:

– Uma moldura legal propícia à testagem e à demonstração de soluções no âmbito de uma PoC, permitindo que um OpE consulte uma EA para testar e demonstrar soluções. Caso a EA tenha interesse na PoC, publicitará essa manifestação do OpE, proporcionando a outros OpE a apresentação das suas soluções nos mesmos moldes.
– Uma atuação diligente e de prevenção das EA, precavendo qualquer aspeto ou questão que possa ser entendida como limitadora ou restritiva da concorrência, nomeadamente para efeitos de CP (*e.g.* divulgação dos resultados dos testes).
– Existir uma recomendação do IMPIC sobre esta matéria que determine, nomeadamente, os requisitos de transparência e de igualdade de participação dos OpE a ter em consideração pelas EA, assegurando-se, assim, o cumprimento do princípio da concorrência.

O segundo constrangimento é consumado pelos AQ, sob a responsabilidade da ESPAP. Efetivamente, os AQ são extremamente úteis para as EA e os OpE, pois definem os requisitos do

procedimento e do bem ou serviço a adquirir/contratar, indicam as entidades qualificadas para o efeito e os preços máximos definidos a pagar pelas EA, determinando, assim, um caminho, uma orientação e uma padronização. O constrangimento existe quando não há um AQ para determinado bem ou serviço, de tal forma que cada EA concretiza o procedimento à sua medida.

- Cumpre, pois, reconhecer, no domínio das tecnologias, a ausência de AQ para:
- Soluções *Internet of Thinks* (IoT), associadas a máquinas que falam com máquinas e à sensorização, permitindo alterar a forma como as empresas e a AP trabalham, adicionando valor às organizações e à sociedade, tornando-as mais ágeis e produtivas.
- Serviços em *cloud*, de modo a responder às atuais e futuras necessidades das várias entidades vinculadas ao SNCP e ter abrangência alargada nas várias soluções possíveis de cloud, em especial nas soluções privada, pública e híbrida.
- A definição de requisitos para a *Cloud* Soberana, visando proteger a liberdade de escolha dos utilizadores, assim como a confidencialidade e a soberania dos dados. Note-se que, de acordo com a KPMG (2021), o atual paradigma do mercado europeu da *Cloud* não se afigura eterno e, considerando que a migração para a *Cloud* se tornou obrigatória, uma das principais preocupações dos responsáveis pelo setor tecnológico funda-se na segurança e na soberania dos dados.
- Acomodar atualizações tecnológicas relevantes que venham a ocorrer no decurso de AQ, tal como é exemplo a tecnologia 5G que ainda não é abrangida pelos atuais AQ;
- Garantir a uniformização das regras do serviço de segurança e cibersegurança de sistemas e infraestruturas tecnológicas, reduzindo os custos das EA, dotando-as de melhor coordenação e partilha de boas práticas, na área da segurança da informação, em alinhamento com as diretivas europeias.

O terceiro constrangimento deriva de uma ausência de consistência na estratégia de *cloud* pública.

No âmbito do Conselho para as Tecnologias de Informação e Comunicação na AP (CTICAP), foi apresentada uma proposta de estratégia a adotar pela AP, em matéria de computação em *cloud* (Secretaria-Geral do Ministério da Economia e Transição Digital, 2020), com a adoção de uma "[…] cloud pública, sempre que possível, em modelo inteligente, seguro e eficiente […]" assente em serviços de cloud externo e disponibilizados pelos prestadores de serviços *cloud* existentes no mercado (CTICAP, 2020).

No entanto, observando as componentes 17, 18 e 19 inscritas no PRR (Ministério do Planeamento, 2021, pp. 180–196), onde estão assegurados financiamentos que totalizam 1.251 milhões de Euros, é possível constatar que a maioria dos investimentos prevista se destina à aquisição de *hardware*, de *software* e de serviços de consultadoria, entre outros.

Parece que, assim, a materialização da estratégia passa, afinal, pela constituição de *Data Centers* próprios, em total desalinhamento com o que foi definido pelo CTICAP, pelo que será importante esclarecer o papel do PRR, para garantir a consistência da estratégia a adotar no domínio das tecnologias.

Por fim, o último constrangimento da CP à atuação das empresas resulta da lentidão da justiça (*e.g.* Tribunal de recurso – Tribunal Central Administrativo Norte e Tribunal Central Administrativo Sul).

É sabido que, nem sempre a entidade vencedora de um procedimento concursal pode prestar o serviço de forma imediata, porque existe a possibilidade de impugnação por parte de quem foi preterido. Esta situação agrava-se se um dos preteridos no novo procedimento estiver a prestar o serviço no âmbito de um procedimento anterior, acabando por não ocorrer a adjudicação até que o processo se encontre devidamente apreciado e, por conseguinte, com uma decisão do tribunal.

Como consequência, cumpre ter presente que este aspeto compromete, muitas vezes, a adjudicação da melhor proposta (e.g. que cumpre todos os requisitos da documentação conformadora do procedimento) e a eficácia das compras públicas, prejudicando, em alguns casos, a modernização da AP. Na realidade, trata-se de uma situação em que todos saem prejudicados, de uma maneira ou de outra.

Da lentidão da justiça decorrem graves constrangimentos para a EA ao nível da execução orçamental e do serviço que se pretende ver executado, bem como para a entidade vencedora do procedimento contratual, que vê suspensa a sua pretensão de prestar o serviço e receber a devida compensação financeira. No limite, é o contribuinte que sai prejudicado por estar em causa a gestão do dinheiro público.

É, assim, urgente encontrar uma solução que permita acelerar o processo de contencioso pré-contratual, uma vez que que o atual sistema vigente não resolve este problema.

A título de exemplo, a Vodafone ganhou vários procedimentos contratuais que, ao fim de vários anos, ainda se mantêm em contencioso a aguardar resolução o que, nos tempos que correm, não é admissível ou aceitável. Desde logo porque, além de todo este tempo de demora, quando uma EA é informada pelo tribunal para a execução de uma decisão, decorrem, a partir desse momento, mais cerca de 90 dias úteis para que essa decisão seja concretizada.

Nesse sentido, em jeito de contributo para alcançar o estado final desejável, recomenda-se que os tribunais administrativos sejam alvo de um manifesto investimento em recursos humanos, para que ao processo de contencioso pré-contratual, em cumprimento do quadro legal aplicável, seja dada a devida atenção e urgência na resolução dos processos. Alvitra-se, também, a criação de um tribunal arbitral especial para a CP (semelhante aos julgados de paz), com dedicação exclusiva e muito ágil para que, num período até três meses no máximo, possa analisar e decidir este tipo de processos.

Conclusão

Como conclusão, numa perspetiva empresarial e de gestão privada, será fundamental assumir que não há sistemas perfeitos, que o nosso SNCP funciona bem e cumpre vários dos princípios necessários a um sistema eficaz e que o CCP é crucial na digitalização e na transição digital do país.

Posto isto, constata-se que existe margem para melhorar o CCP, pelo que se elencam quatro pontos essenciais:

- Mitigar ou eliminar os constrangimentos associados à PoC (testagem e demonstrações práticas de produtos e serviços);
- Elaborar AQ específicos no domínio das tecnologias;
- Promover o alinhamento das estratégias ao nível da cloud pública; e
- Agilizar e acelerar o contencioso pré-contratual.

Referências bibliográficas

Comissão Europeia (2017). Ficha temática do semestre europeu - Contratos Públicos. Retirado de https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_pt.pdf

Comissão Europeia (2021). *Proposta de decisão do Parlamento europeu e do Conselho que estabelece o programa para 2030 intitulado "Guião para a Década Digital."* (COM(2021) 574 final). Bruxelas: Autor.

Comissão Europeia (2022). Década Digital da Europa: objetivos digitais para 2030 [Página *online*]. Retirado de https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_pt#documents

Conselho para as Tecnologias de Informação e Comunicação na Administração Pública (2020). *Estratégia Cloud para Administração Pública em Portugal*. Lisboa: Autor.

Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (2017). *Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos*. Diário da República, 1.ª Série, 168, 5250-(1894) a 5250-(2052). Lisboa: Ministério do Planeamento e das Infraestruturas.

Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção I.P. (2021). *Contratação Pública em Portugal 2020 - Relatório Anual*. Lisboa: Autor.

KPMG (2021). *The European Cloud market: key challenges for Europe and five scenarios with major impacts by 2027-2030*. Londres: Autor.

Ministério do Planeamento (2021). Plano de Recuperação e Resiliência - Recuperar Portugal, Construindo o Futuro. Retirado de https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDQzMgYAqlWyYAUAAAA%3d

Parlamento Europeu (2021). Contratos públicos - Fichas temáticas sobre a União Europeia [Página *online*]. Retirado de https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/34/contratos-publicos%3E

Secretaria-Geral do Ministério da Economia e Transição Digital (2020). CTIC - Estratégia Cloud para a Administração Pública em Portugal [Página *online*]. Retirado de https://www.sgeconomia.gov.pt/noticias/ctic-estrategia-cloud-para-a-administracao-publica-em-portugal.aspx

Vodafone Portugal (2022). 5G: Reimagina o futuro [Página *online*]. Retirado de https://www.vodafone.pt/5g.html

1.º Painel – As perspetivas legislativas da AP e das empresas

Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P.

Dr. Fernando Miguel dos Santos Batista
Presidente do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P.
Docente convidado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas

O papel do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.

A regulação, ou governação, da CP é, sem margem de qualquer dúvida, um fator determinante para o seu sucesso. O legislador europeu, no pacote de diretivas de CP de 2014 do Parlamento Europeu (PE) e do Conselho (CE) (as diretivas 23, 24 e 25) veio reforçar esse papel, ao afirmar que todos os Estados-Membros devem ter, pelo menos, um organismo nacional que zele pela governança da CP, menção expressamente feita na Diretiva n.º 2014/24/EU, de 26 de fevereiro, do PE e CE, concretamente no seu considerando 121 e no seu artigo 83.º. Essa regulação da CP assenta, sobretudo, na monitorização, acompanhamento, apoio e orientação.

A Lei Orgânica do IMPIC (DL n.º 232/2015, de 13 de outubro) veio estabelecer que em matéria de contratos públicos, o IMPIC tem como atribuições, designadamente, apresentar "[…] ao membro do Governo da tutela propostas legislativas e regulamentares relacionadas com os contratos públicos, incluindo os respeitantes à transposição de diretivas europeias […]", "gerir o portal dos contratos públicos, designado «Portal Base» […]", e "[…] produzir manuais de boas práticas sobre contratos públicos de aquisição de obras, de bens e de prestação de serviços […]".

O CCP, aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua alteração e republicação operada pelo DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, viu ser aditado o artigo 454.º-A, segundo o qual, sem margem para dúvidas, o IMPIC assume o papel de entidade reguladora da CP em Portugal.

Contudo, existe um paradoxo associado às funções do IMPIC, na medida em que esta entidade tem poderes regulatórios, embora não tenha nas suas atribuições esse papel de regulador. Com efeito, o IMPIC emana orientações técnicas, sem natureza vinculativa por falta de independência do governo, visto que, até ao momento, se encontra na tutela do Ministério das Infraestruturas e da Habitação. Assim sendo, esta falta de independência retira-lhe a qualidade de Entidade Reguladora.

Porém, e por força da lei, cabe ao IMPIC ter o papel de monitorização e divulgação de boas práticas, sendo ainda o ponto de referência de cooperação com a CE no respeitante aos contratos públicos. Importa referir que no ecossistema regulatório, não se deve descurar o papel desempenhado por outras entidades, designadamente com poderes de auditoria. Nesse sentido, de acordo com os artigos n.º 454.º-A e n.º 454.º-B do CCP (na redação que lhe foi dada pelo DL n.º 111-B/2017), além do IMPIC, na governação dos contratos públicos encontra-se o TdC, as Inspeções gerais e setoriais e a Inspeção-Geral de Finanças.

Assim, podemos dizer que o IMPIC zela pela governança da CP, nomeadamente a monitorização e a disseminação de boas práticas, conforme exigido a todos os Estados-Membros, nos termos da Diretiva n.º 2014/24/EU, de 26 de fevereiro.

A contratação pública como instrumento de política pública

Pode-se considerar como basilar a importância de "como comprar", designadamente para efeitos do cumprimento do normativo legal vigente, seja de cariz procedimental, seja de cariz financeiro. Porém, a importância que os contratos públicos têm nas economias dos Estados-Membros, "sendo um dos principais motores do crescimento económico, da criação de emprego e da inovação" (PE, 2021)[10], obriga a ter, necessariamente, uma visão de uma maior completude. Nesse sentido, deve-se olhar para o contrato público como um instrumento de alavancagem e prossecução de outras políticas horizontais, pelo que, em paralelo de "como comprar", reveste-se de idêntica importância "o que comprar", ou seja, deve-se ter sempre em devida conta a forma de fazer com que um contrato público crie um *best value for money*[11]. Para alcançar esse desiderato, é fundamental ter em especial atenção aos quatro pilares identificados na Figura 4.

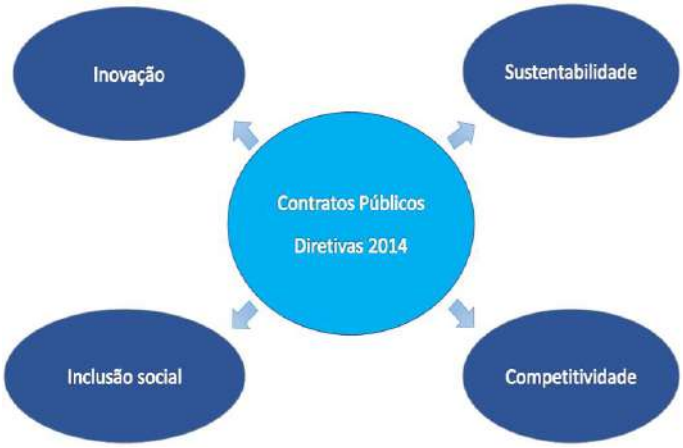


Figura 4 - A Contratação Pública estratégica

No que se refere ao pilar da Inovação, deve-se criar condições, no procedimento adotado e nas peças procedimentais, para que seja potenciado que a mesma ocorra através de um contrato público[12], ou seja, o comprador público (numa linguagem mais jurídica, a entidade adjudicante) deve posicionar-se como um verdadeiro indutor da inovação na economia[13].

Em termos de Sustentabilidade, a mesma encontra-se associada ao conceito de "compra verde". Contudo, a sustentabilidade não se deve restringir à sustentabilidade ambiental, devendo-se considerar também como relevante a sustentabilidade económica. Quando se compra, deve-se olhar não só para o presente, mas também para o futuro, mais ou menos próximo, como decorre, aliás dos denominados "custos dos ciclos de vida", previstos no n.º 7 do artigo 75.º do CCP. Para além do custo inicial da aquisição, é aconselhável que sejam tidos em devida conta os custos de utilização do bem ou da obra, como sejam os custos de consumo de energia, de consumíveis e de outros recursos, ou os custos de manutenção e assistência técnica, ou os custos de fim de vida,

[10] Evidenciada nos cerca de 2.448 mil milhões de euros, representando 14 a 16% do Produto Interno Bruto da União Europeia (UE)
[11] Traduz-se num impacto superior na economia.
[12] Estima-se que o valor das Compras Públicas de Inovação em Portugal se situe entre os 635 milhões e os 1,3 mil milhões de euros por ano.
[13] Em outubro de 2021 foi criado o site do Centro de Competência de Compras Públicas de Inovação, estimando-se que, brevemente, o mesmo se encontre *on-line*, com informação privilegiada para a compra da inovação.

tais como custos de recolha e reciclagem e. bem assim. os custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao bem, serviço ou obra.

No pilar da Competitividade fala-se da promoção da participação nos procedimentos aquisitivos das PME, criando condições, em situações de plena concorrência, a que estas possam assumir o papel de adjudicatárias no procedimento, e consequentemente, de cocontratantes no contrato público. Para isso, um dos instrumentos legalmente consagrados prende-se com a regra da divisão do objeto aquisitivo em lotes, por forma a permitir que um maior número de PME possam vir a ser adjudicatárias. Aliás, conforme decorre do artigo 46.º da Diretiva n.º 2014/24/EU, transposta para o artigo 46.º-A do CCP, existe um dever das EAem fundamentar a não divisão em lotes sempre que o possam fazer, dever que ocorre quando o valor do contrato for igual ou superior a 135.000 € no caso de bens ou serviços, ou de 500.000 € no caso de empreitadas de obras públicas. Esta exigência de fundamentação passou a ser conhecida na máxima "*devide or explain*".

Por fim, em termos de Inclusão social, veio-se criar os contratos reservados, os quais permitem que, por exemplo, num procedimento concursal, se limite a participação a entidades que já se encontrem no terreno a realizar inclusão social, ou seja, que o seu objeto social seja exatamente esse, desde que pelo menos 30% dos seus trabalhadores sejam deficientes ou desfavorecidos. Para além dos contratos reservados, podem-se igualmente encontrar aspetos relacionados com a inclusão social nos aspetos a colocar no caderno de encargos ou nos fatores de avaliação das propostas.

As medidas especiais de contratação pública aprovadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio

A Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, ao aprovar medidas especiais de CP, veio permitir que, em alguns procedimentos, se apliquem regras diferentes das que se encontram ínsitas no CCP. Dessas alterações, destacam-se os seguintes vetores de atuação:

- Procedimentos pré-contratuais relativos à execução de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus (*cfr.* o definido no artigo 2.º);
- Procedimentos pré-contratuais em matéria de habitação e descentralização, com data-limite de 31 de dezembro de 2022, conforme o art.º 3.º;
- Procedimentos pré-contratuais em matéria de tecnologias de informação e conhecimento, podendo ser adotados procedimentos com decisão de contratar até 31 de dezembro de 2022, como referido no art.º 4.º;
- Procedimentos pré-contratuais no âmbito do setor da saúde e do apoio social, desde que os procedimentos sejam adotados até 31 de dezembro de 2022, de acordo com o art.º 5.º;
- Procedimentos pré-contratuais relativos à execução do Programa de Estabilização Económica e Social e do PRR, enquanto durar o programa e o plano, como expresso no art.º 6.º;
- Procedimentos pré-contratuais no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais, sem prazo definido, e referente ao art.º 7.º;
- Procedimentos pré-contratuais relativos a bens agroalimentares, também sem data definida, como refere o art.º 8.º.

Para apoiar na clarificação das medidas, a Orientação Técnica n.º 07/CCP/2022, de 17 de janeiro, do IMPIC, estabelece que o "[…] regime das medidas especiais de contratação é de aplicação facultativa", ou seja, "ainda que um contrato esteja abrangido pelas medidas especiais aprovadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, a entidade adjudicante pode sempre optar por adotar um procedimento ao abrigo da parte II do [CCP]".

Pode-se dizer que estas medidas vêm criar quatro procedimentos alternativos, tal como definido no art.º 2.º na referida Lei[14]. Tais procedimentos são:

- Concurso público simplificado;
- Concurso limitado simplificado;
- Consulta prévia simplificada;
- Ajuste direto simplificado.

Os procedimentos concursais simplificados, em termos de limites monetários, podem ser adotados até aos limiares comunitários[15], extensível à consulta prévia simplificada no que diz respeito à aquisição ou locação de bens e de aquisição de serviços, sendo que para as empreitadas de obras públicas, o limite deste procedimento é de 750.000 €. O ajuste direto simplificado tem como limite o valor de 15.000€.

Os procedimentos das medidas especiais apresentam as seguintes características:

- Tramitam em plataformas eletrónicas, mas admite-se que a consulta prévia simplificada possa tramitar fora das plataformas, desde que por meios eletrónicos de transmissão de dados, com o pressuposto de tal constar do convite e do valor do contrato e se encontrar dentro dos limites previstos pelo CCP, ou seja, de 75.000 € para bens e serviços e de 150.000 € para empreitadas de obras públicas.
- Dispensam o dever de fundamentação da não divisão em lotes, o qual é obrigatório nas situações previstas no já referido artigo 46.º-A do CCP. Contudo, aconselha-se veemente essa fundamentação, especialmente em procedimentos acima dos limiares comunitários, pois esta exigência encontra-se plasmada nas diretivas europeias supra-referidas, não podendo ser olvidado, de forma alguma, o famoso primado do direito europeu.
- Não é obrigatório fundamentar a determinação do preço base, contrariamente ao estabelecido no art.º 47.º do CCP. No entanto, na senda do respeito pelos princípios da transparência e da boa gestão pública, é de todo aconselhável que exista, no processo administrativo, a fundamentação da fixação de determinado preço base.
- Verifica-se um significativo aumento da contabilização dos limites para efeitos de admissibilidade de se endereçar convite a um operador económico para consulta prévia simplificada, face à consulta prévia prevista no CCP, uma vez que, a contabilização de contratos anteriores (no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores), deixa de ser de 75.000 € e 150.000 €, respetivamente para as aquisições de

[14] Que na verdade são procedimentos que já se encontram no CCP, mas aos quais foram introduzidas algumas características especiais

[15] Cujos valores são revistos de dois em dois anos e são implementados através de Regulamentos Delegados (RD) da UE. Os RD (UE) n.º 2021/1951, n.º 2021/1952 e n.º 2021/1953, de 10 de novembro, da CoE, alteraram os limiares europeus aplicáveis aos contratos públicos a partir de 01 de janeiro de 2022, encontrando-se os mesmos definidos na Nota Informativa n.º 01/2022, de 3 de janeiro, do IMPIC.

bens e serviços e para empreitadas, para passar a ter os limiares comunitários para bens e serviços e os 750.000 € para empreitadas de obras públicas;

- Se houver lugar à obrigatoriedade de prestação de caução, quer por força da lei, quer pelo regulamento procedimental, mas o adjudicatário demonstrar que não possui liquidez (comprovada por termo de revisor oficial de contas ou de contabilista certificado), e não tiver conseguido, por duas vezes, obter o seguro caução ou declaração de assunção de responsabilidade solidária, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 88.º, fica dispensado de a prestar, aplicando-se, neste caso, de acordo com o seu n.º 3, a "[…] retenção de até 10 % do valor dos pagamentos a efetuar[…]";
- Os prazos de apresentação de impugnação administrativa, da pronúncia dos contrainteressados, e da decisão dessa impugnação, são reduzidos de cinco para três dias;
- Os contratos celebrados ao abrigo das medidas excecionais, continuam a estar sujeitos à fiscalização prévia do TdC, nos mesmos moldes dos contratos celebrados ao abrigo do CCP, conforme valores constantes do art.º 48.º da Lei n.º 98/1997, de 26 de agosto, mas passam igualmente a estar sujeitos à fiscalização concomitante do TdC em todos os contratos dispensados da referida fiscalização prévia.

As alterações ao Código dos Contratos Públicos operadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio

São muitas as alterações ao CCP que, apesar de concetualmente serem perfeitamente percetíveis, algumas delas apresentam dificuldades na sua operacionalização.

No que se refere ao preço base, é possível adjudicar acima do mesmo, desde que o programa do procedimento assim o preveja e se verifique um conjunto de pressupostos cumulativos (*cfr.* n.º 6 do artigo 70.º e a Orientação Técnica n.º 02/CCP/2019, de 11 de julho). A estranheza da norma é que o legislador vem admitir que uma proposta excluída seja passível de ser adjudicada, o que vai ao arrepio de toda a doutrina até agora preconizada.

O art.º 290.º-A do CCP (dedicado à figura do gestor do contrato) foi amplamente alterado, com uma maior densificação, e com satisfação pode-se constatar que o legislador perfilhou todas as recomendações contantes da Orientação Técnica n.º 05/CCP/2019, de 18 de dezembro, do IMPIC. Em boa hora assim o fez, uma vez que o artigo em causa estava claramente deficitário na sua formulação e o gestor do contrato é uma figura importante, para que exista uma mais eficiente fiscalização do contrato. Esta é uma consequência de constatação evidente de um investimento elevado das EA na fase da formação do contrato, mas um sofrível investimento no acompanhamento da execução contratual, com muitos incumprimentos a não serem sequer detetados, com todas as consequências nefastas, desde logo, na prossecução do interesse público e, em última análise, na própria sã concorrência.

Assim, ficou estabelecido que esta pessoa, responsável por acompanhar permanentemente a execução do contrato, pode ser contratualizada em casos excecionais, tendo, em qualquer caso, de assinar uma declaração de inexistência de conflito de interesses, antes do início das suas funções. Ficou igualmente previsto que pode ser designado mais do que um gestor do contrato, desde que fiquem claramente determinadas quais as funções e responsabilidades de cada um. Por

fim, no n.º 3 do artigo 128.º, ficou expressamente consagrado que não é obrigatório designar um gestor do contrato no caso de ajustes diretos simplificados, algo que vinha suscitando muitas cisões doutrinárias.

Uma outra alteração introduzida no CCP prende-se com a impossibilidade de se convidar, a apresentar propostas em ajustes diretos ou em consultas prévias, os operadores económicos que se encontrem especialmente relacionadas com as entidades impedidas de serem convidadas nos termos do n.º 2 e do n.º 5 do artigo 113.º do CCP. Neste âmbito, consideram-se incluídas as entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes legais ou sócios, ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo. No mesmo sentido, num mesmo procedimento de consulta prévia, não podem ser convidadas entidades que se encontrem especialmente relacionadas entre si. Esta alteração vai implicar que a Orientação Técnica n.º 01/CCP/2018, de 2 de fevereiro, do IMPIC, deva ser atualizada, para acomodar as mencionadas alterações a este artigo 113.º do CCP. Sendo o objetivo do legislador cristalino, na sua finalidade, a sua operacionalização é complexa, uma vez que, muitas das vezes, não é fácil para uma entidade adjudicante saber quais as entidades que se encontram especialmente relacionadas entre si. Parece-nos que uma das possibilidades para mitigar esta questão é exigir ao concorrente que apresente, com a sua proposta, uma declaração sob compromisso de honra em como não se encontra especialmente relacionado com uma entidade que já atingiu os limites do nº 2 do artigo 113.º ou que se encontre impedida nos termos do n.º 5 do mesmo artigo.

Por outro lado, o IMPIC tem em curso a elaboração de uma orientação técnica sobre trabalhos e serviços complementares, matéria que foi amplamente alterada com a Lei n.º 30/2021. Este diploma estabeleceu o fim da distinção entre trabalhos complementares por circunstâncias imprevisíveis ou não previstas e introduziu uma maior flexibilidade para a exigência dos trabalhos complementares. Por outro lado, ainda nesta matéria, o legislador promoveu um retrocesso quanto à responsabilidade financeira do cocontratante pelos trabalhos complementares de suprimento de erros e omissões, que podendo ser detetados ainda na fase da apresentação da proposta, não o tenham sido, determinando que nestes casos o cocontratante (sobretudo nas empreitadas de obras públicas) tenha de suportar metade dos custos com tais suprimentos.

As futuras Orientações Técnicas a serem divulgadas pelo IMPIC incidirão sobre as modificações objetivas, os contratos reservados, o preço ou custo anormalmente baixo, os critérios de adjudicação, a cessão da posição contratual e o pagamento direto ao subcontratado.

Adicionalmente, tentando contribuir para as dúvidas suscitadas na intervenção anterior, cumpre referir que o n.º 5 do art.º 113.º do CCP, estipula que estão inibidas de

> […] ser convidadas a apresentar propostas entidades que tenham executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores, exceto se o tiverem feito ao abrigo do Estatuto do Mecenato.

No entanto, entende-se que este normativo deve ser interpretado tendo em conta a sua verdadeira finalidade, que é a de haver um benefício contratual por força de uma "doação" anterior. Como tal, existem sérias dúvidas de que o fornecimento de provas de conceito, por parte das empresas, seja enquadrável neste normativo.

De igual forma, a alínea i), do n.º 1 do art.º 55.º do CCP assinala o impedimento daquele que teve uma participação direta ou indireta na elaboração das peças do procedimento. Esta situação é completamente diferente em relação a quem tenha participado numa consulta preliminar ao mercado, a qual, na sua essência, não pode ser considerada como uma participação direta ou indireta na elaboração das peças procedimentais. Por conseguinte, o que se pretende na alínea i), do n.º 1 do artigo 55.º do CCP é evitar que, quem tenha participado na elaboração das peças procedimentais, obtenha uma vantagem desproporcional face aos demais concorrentes.

Desafios a enfrentar

Para finalizar, existem alguns desafios que se apresentam ao IMPIC e que são merecedores de reflexão, nomeadamente:

- Saber como aferir e controlar a aplicação dos n.º 4 e 6 do artigo 113.º e do n.º 2 do art.º 114.º do CCP;
- Perceber o que pode ser considerado plano de prevenção da corrupção, para efeitos de documento de habilitação, quando os valores se situam acima 750.000€, de acordo com o n.º 9 do art.º 81.º do CCP;
- A necessidade de identificação dos requisitos mínimos do plano de prevenção da corrupção;
- Como concretizar a adjudicação acima do preço base, como referido no n.º 6 do art.º 70.º do CCP;
- Estudar a problemática dos contratos reservados com PME, além da inclusão social;
- Execução do contrato de forma imediata antes da sua redução a escrito, por razões de urgência, cuja regra deve ser vista com cautela, nomeadamente se o contrato se encontra numa situação de necessidade da obtenção do visto prévio por parte do TdC.

Com a introdução de especificações técnicas "estratégicas", coloca-se a questão de como conseguir almejar as políticas públicas com um contrato público. A preocupação deve residir com "o que comprar" e não somente com o "como comprar", e, por isso, é fundamental trabalhar as especificações técnicas estratégicas, não se olhando somente para o preço imediato, para a satisfação direta da necessidade pública, mas ter uma visão para um horizonte mais vasto, tendo em conta, designadamente, as mais-valias futuras.

Referências bibliográficas

Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (2017). *Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos*. Diário da República, 1.ª Série, 168, 5250-(1894) a 5250-(2052). Lisboa: Ministério do Planeamento e das Infraestruturas.

Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de outubro (2015). *Aprova a orgânica do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P.* Diário da República, 1.ª Série, 200, 8866 a 8870. Lisboa: Ministério da Economia.

Diretiva n.º 2014/24/EU, de 26 de fevereiro (2014). *Estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por autoridades adjudicantes relativamente a contratos públicos e a concursos de conceção cujo valor estimado não seja inferior aos*

limiares definidos no artigo 4º. Jornal Oficial da União Europeia, L 94/65 a L 94/242. Bruxelas: Parlamento Europeu e Conselho Europeu.

Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (2021). *Aprova medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro*. Diário da República, 1.ª Série, 99, 2 a 39. Lisboa: Assembleia da República.

Lei n.º 98/1997, de 26 de agosto (1997). *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas*. Diário da República, 1.ª Série-A, 196, 4401 a 4424. Lisboa: Assembleia da República.

Nota Informativa n.º 01/2022, de 3 de janeiro (2022). *Novos limiares europeus aplicáveis aos contratos públicos a partir de 1 de janeiro de 2022*. Lisboa: Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e Construção, I.P..

Orientação Técnica n.º 01/CCP/2018, de 2 de fevereiro (2018). *Escolha das entidades a convidar nos procedimentos de Ajuste Direto e de Consulta Prévia (artigo 113.º do CCP)*. Lisboa: Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e Construção, I.P..

Orientação Técnica n.º 02/CCP/2019, de 11 de julho (2019). *Preço Base*. Lisboa: Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e Construção, I.P..

Orientação Técnica n.º 05/CCP/2019, de 18 de dezembro (2019). *Gestor do Contrato*. Lisboa: Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e Construção, I.P.

Orientação Técnica n.º 07/CCP/2022, de 17 de janeiro (2022). *Medidas especiais de contratação pública criadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio*. Lisboa: Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e Construção, I.P.

Parlamento Europeu (2021). Contratos públicos - Fichas temáticas sobre a União Europeia. [Página *online*]. Retirado de https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/34/contratos-publicos%3E

Portaria n.º 30/2022, de 14 de janeiro (2022). *Procede à primeira alteração à Portaria n.º 371/2017, de 14 de dezembro, e à aprovação dos modelos para os novos procedimentos previstos na Lei n.º 30/2021, de 21 de maio*. Diário da República, 1.ª série, 10, 210-306.Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, Finanças e Infraestruturas e Habitação.

Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1951, de 10 de novembro (2021). *Altera a Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos limiares das concessões*. Jornal Oficial da União Europeia, L 398/21 a L 398/22. Bruxelas: Comissão da União Europeia.

Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1952, de 10 de novembro (2021). *Altera a Diretiva n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos limiares para os contratos públicos de fornecimento, os contratos públicos de serviços e contratos de empreitada de obras públicas, bem como para os concursos de conceção*. Jornal Oficial da União Europeia, L 398/23 a L 398/24. Bruxelas: Comissão da União Europeia.

Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1953, de 10 de novembro (2021). *Altera a Diretiva n.º 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos limiares para os contratos de fornecimento, os contratos de serviços e os contratos de empreitada, bem como para os concursos de conceção*. Jornal Oficial da União Europeia, L 398/25 a L 398/26. Bruxelas: Comissão da União Europeia.

2.º Painel – Procedimentos de conformidade na Contratação Pública
Estudos de Caso - Marinha

Capitão-Tenente Diocleciano Manuel Branco Batista
Técnico Superior Naval - Jurista
Chefe do Departamento Jurídico Económico Contratual da Direção de Justiça da Marinha
Assessor Jurídico para a Contratação Pública na Superintendência do Material da Marinha
Professor de Contratação Pública na Escola Naval

A construção de contratos públicos

A atividade de CP, embora seja remota na história (Raimundo, 2013), é recente na codificação em Portugal, na redação dada pelo DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto[16], e merece hoje especial atenção para quem tem por dever providenciar a satisfação do interesse público.

O presente artigo tem como objetivos aumentar o conhecimento sobre a temática da CP e a perceção dos seus elementos fundamentais que, no atual contexto, coloca aos decisores públicos no geral, e nos militares em particular, um elevado número de desafios e exigências.

O artigo foi elaborado deliberadamente sem grandes referências legislativas e doutrinárias por se considerar que, em ambiente militar, é extremamente importante a essência da tomada de decisão na CP e, acima de tudo, da boa execução de um contrato público.

A decisão de contratar

A decisão de contratar é um ato complexo que excede, por "natureza", a dimensão jurídica em que é manifestado. Trata-se da decisão para a realização de um contrato público associado à satisfação de uma necessidade pública. Nos termos das atribuições e competências de um organismo público ou privado, dotados de financiamento público, esta decisão de contratar implica a determinação de um montante máximo de despesa com uma determinada estrutura de custos (anual ou plurianual), a indicação de um procedimento de formação do contrato a concretizar e de um tipo contratual próprio a executar.

Além da "simples" dimensão jurídica, a configuração da decisão de contratar envolve outras dimensões igualmente importantes, nomeadamente as dimensões económica, logística, contabilística, administrativa e gestionária, tendo por base um conhecimento informado do mercado a que se vai socorrer para satisfação da necessidade pública, que justifica a existência da decisão de contratar. Adicionalmente, pode ainda envolver o recurso a entidades "fora do mercado", de natureza pública em especial, exigindo-se igualmente um conhecimento com as mesmas características.

Está em causa o conhecido encadeamento de questões prévias à conformação, em sentido amplo, de qualquer contrato, como:

O quê?

Quando?

Como?

[16] Procede à nona alteração do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e republica o CCP.

Porquê?

Para quê? e

Com quem?

Tais questões não podem, nem devem ser menosprezadas, e/ou tomadas, sem a devida atenção. Sem a identificação de um quadro prévio de indícios e índices de satisfação, quanto a estes pressupostos, que possibilitem a sua posterior verificação em atividade de acompanhamento e fiscalização, corre-se o risco de não se atingir, de forma legal, eficiente, eficaz e economicamente relevante, o valor acrescentado que se pretende corporizar com a despesa pública na esfera patrimonial pública.

De forma especial, a questão de "Com quem?" se irá contratar, não poderá deixar de pesar na decisão de contratar, devido à necessidade de respeitar as regras da concorrência, os direitos de autor ou de valia técnica, um perfil de qualificação e, inclusive, uma história de contração que nos aporte confiança.

Todos estes elementos devem ser presentes à entidade decisora, que se estribará sempre e via de regra, em informações e ou pareceres prévios que denotem a justeza e a necessidade relativas da despesa a realizar, no contexto que lhe será próprio, explanando os elementos referidos.

Neste contexto, a questão inicial "o quê?" assume a função de elemento essencial na perspetiva da atividade de contratação a desenvolver. Além de se sustentar no pressuposto obrigacional da possibilidade e da legalidade do objeto contratual a realizar, quer na vertente das prestações a definir no clausulado contratual, quer na vertente dos bens e dos resultados dos serviços a integrar na esfera do património público durante a execução do contrato a materializar, a especificidade da resposta à questão "o quê?" também se mostra essencial na busca de um "quem?" o possa concretizar.

Sem a clara definição inicial de uma estrutura de custos associados a um plano de pagamentos e de entregas/prestações de serviços, o objetivo de satisfazer um interesse público que suporte a decisão de contratar não poderá ser pleno e eficazmente atingido. Existe, pois, o dever de se associar com carácter vinculativo, através do cabimento e dos compromissos, as disponibilidades financeiras pela via orçamental anual ou plurianual.

Neste âmbito, o caso do Programa de Aquisição de Navios de Patrulha Oceânica (NPO), que entrou na 3ª série das atividades de contratação, é paradigmático. Tratando-se de um caso que entra na esfera dos interesses públicos militares, claramente associados a aquisições e ações de manutenção de equipamentos militares, a ausência de um estudo e de uma previsão do ciclo de vida dos bens da despesa e a respetiva estrutura de custos associados dificultou a sua concretização.

Estes dois elementos fundamentais da decisão, designadamente o objeto e a disposição de custos, materializam-se num procedimento com uma vertente administrativa e outra vertente contabilística pública, que devem estar interligadas (*cfr.* figura 1). Estas vertentes estruturam-se na lei, no decorrer de fases típicas ordenadas em atos e formalidades, onde a adjudicação e os pedidos de libertação de créditos associados assumem especial relevo (*vide* a Circular n.º 1400-A, de 8 de fevereiro de 2021, e o DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto).

Figura 5 – Fases típicas das vertentes administrativa e contabilística pública

Assim, o respeito pelas determinações definidas, durante o decorrer das fases identificadas na Figura 5, mostra-se fundamental.

Paralelamente, afastar tentações de modificação do objeto contratual nas suas duas vertentes – clausulado contratual de bens e serviços a obter que se traduzem na linguagem mais corrente pelo famoso "já agora" – e afastar ou sancionar de imediato desvios ao contrato, presentes em situações de atraso e cumprimento deficiente do mesmo, mostram-se igualmente cruciais para se atingir o objetivo definido com elevado grau de sucesso.

Por isso, reduzir a atenção e a satisfação da necessidade ao momento da adjudicação, pela escolha do "quem" se associará à satisfação do interesse público em causa para se alcançar o sucesso do contrato, será um erro a evitar.

Efetivamente, o momento[17] mais importante da atividade de CP não se resume ao ato de escolha de um cocontratante, mas sim ao da execução contratual.

O momento da execução contratual coloca em confronto uma inter-relação de prestações, advindas de um credor público e de um devedor privado, que se devem corresponder ou complementar para satisfazer o interesse público em concreto e que o respetivo contrato público possibilita.

Sempre que se verificam as tentações de modificação do objeto contratual e/ou não se toma a devida atenção à execução do contrato, prevendo um efetivo presente e constante acompanhamento e fiscalização, fazendo atuar os poderes públicos de conformação contratual que as entidades publicas contratantes dispõem, aumenta-se o risco de não se atingirem os objetivos inerentes ao contrato público realizado.

Estas lições aprendidas decorrem do primeiro e do segundo contratos de construção da 1.ª e 2.ª série dos NPO e puderam ser sintetizadas num modelo de construção de contratos públicos, que visa a construção, em concreto, de um arranjo completo específico de pontos de articulação de interesses entre dois ou mais contratantes, estruturando-se em obrigações principais (as que conformam diretamente o objeto contratual) e acessórias (as que dependem e se subordinam às obrigações principais).

Este modelo teve especial atenção ao desenrolar da execução, cujos pressupostos de bom funcionamento devem ser, desde logo, acautelados aquando da tomada de decisão de contratar e

[17] Entendendo-se a expressão "momento" na sua aceção na ciência física.

que se devem projetar, não só sob a forma de prognose articulada no clausulado a realizar, mas também, e de forma específica, nos normativos regulamentares ou indicativos dos documentos de natureza técnica que conformarão as prestações a concretizar pelo cocontratante publico.

Partindo de uma declaração negocial expressa e escrita, sujeita a forma legal, efetuada por uma entidade adjudicante, e recebendo uma resposta também ela expressa e escrita, sujeita a forma legal de um concorrente, a construção do contrato assenta na definição, entre as partes, sob a forma de um "arranjo completo"[18], de pontos de articulação de interesses, conforme apresentado na Figura 6.

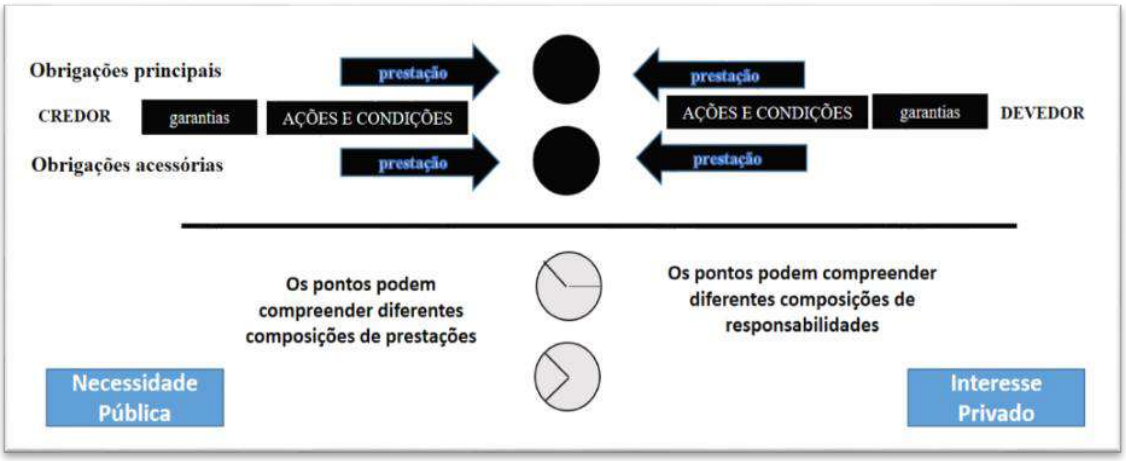


Figura 6 – Declaração negocial – Pontos de articulação de interesse

As prestações constitutivas dos pontos de articulação de interesses, imputáveis quer ao credor público, quer ao devedor privado, sujeitos principais da obrigação contratual publica a constituir, corresponderão ao "quê?", ao "como?" e ao "quando?" identificados anteriormente. Com efeito, englobam um conjunto de situações e posições contratuais, que assumem a sua especificidade relativa, perante a necessidade pública a concretizar, a que o interesse privado se associa nos resultados a atingir e se realiza nos pagamentos a receber, como proveito daquela satisfação.

O resultado concreto da satisfação do interesse público depende, neste contexto, do arranjo completo que as prestações, e contraprestações, definidas pelo clausulado contratual, conseguirão concretizar sob a alavanca da atividade de acompanhamento e fiscalização[19].

Salienta-se que se trata de um arranjo e não de uma combinação, na medida em que a figura do arranjo pressupõe a existência de uma certa ordem, isto é, a concretização de certas prestações antes de outras que delas dependem, numa associação de relativa correspondência de valores, com tradução patrimonial nas diferentes esferas patrimoniais em confronto (a pública e a privada). É precisamente neste aspeto que consiste a essência do sinalagma contratual concreto a definir.

O carácter previsional e de prognose da estrutura contratual, abrange dois domínios de obrigações principais distintos, mas complementares, e um domínio mais vasto de obrigações

[18] Recorrendo por analogia ao conceito matemático da expressão
[19] Esta atividade viu reforçada a sua importância com a recente introdução da figura legal do "gestor do contrato".

acessórias, cujos limites podem fugir, muitas vezes, ao conjunto finito e idealmente completo das obrigações contratuais expressas pelo clausulado contratual definido entre os contratantes (contraente público e cocontratante).

Atente-se, porém, que essa estrutura contratual concreta deverá assentar em três núcleos distintos de articulação prestacional. O primeiro núcleo obrigacional prende-se diretamente com a configuração das prestações de "fazer" e de "não fazer", diretamente ligados aos resultados a alcançar do contrato em causa. O segundo núcleo prende-se com a configuração das condições das prestações de pagamento, emergentes das primeiras prestações. A sua relativa autonomia emerge dos condicionalismos financeiros existentes, mormente com as decorrências do ciclo orçamental público a observar, a disponibilidade financeira e a gestão dos pedidos de libertação de crédito a respeitar, cuja gestão é, via de regra, efetuada na esfera própria e autónoma do Estado, com sede no Ministério das Finanças. O terceiro núcleo é concernente às obrigações resultantes de atrasos (mora) e incumprimento contratual, garantias (financeiras e técnicas), seguros e demais formas de assunção de responsabilidade civil e efeitos da eventual resolução contratual.

Será sob esta estrutura que a execução contratual será desenvolvida, manifestando a construção contratual ora sob análise.

A execução contratual

A atividade de acompanhamento e fiscalização assume a função essencial que mais pode contribuir para o sucesso do contrato publico estabelecido, na medida em que a entidade pública contratante tem o poder e o dever de dirigir e fiscalizar o contrato, garantindo uma boa e legal execução contratual da sua parte.

Num contexto de mútua boa-fé, respeito pela autonomia técnica, financeira e gestionária do cocontratante, a entidade pública contratante exerce o seu poder de direção, através do acompanhamento pontual do cumprimento do contrato (isto é, acompanhando o cumprimento das prestações devidas pelo cocontratante) e de uma intervenção cirúrgica, sempre que o clausulado contratual seja insuficiente ou omisso, no sentido de emitir ordens, diretivas ou instruções, que possam melhor conformar o cumprimento das prestações para a satisfação do interesse público em causa.

Limitando a sua ação de fiscalização ao imediato modo de execução do contrato, a atividade de fiscalização realiza-se através de inspeção de locais, equipamentos, documentação, registos informáticos e contabilidade ou mediante pedidos de informação.

O contexto em causa deve ser dirigido por um gestor do contrato, que acompanha em permanência a execução do mesmo, tendo em conta o quadro prévio de indícios e índices de satisfação dos resultados do contrato, anteriormente mencionados, e verificando se os aspetos quantitativos e qualitativos, inerentes às prestações estabelecidas, são cumpridos, de modo a que possa emitir um contínuo juízo de valor sobre o desempenho do cocontratante.

A função mais importante do gestor do contrato é antecipar problemas, sugerindo possíveis soluções, no contexto dos poderes de conformação contratual típicos da entidade publica contratante, em informação ou parecer devidamente fundamentado a ser presente àquela entidade.

Porém, embora devidamente assessorado, ao gestor do contrato compete, ainda, proporcionar informações que permitam autorizar e efetivar pagamentos, notificar e posteriormente aplicar sanções e, no limite, propor a resolução do contrato, tendo presente que, via de regra, tais poderes estão alocados apenas no contratante público.

Esta atividade dependerá muito do clausulado contratual e, de forma muito específica, da densidade das especificações técnicas contratuais existentes, na media em que são essas especificações que indicam, com maior ou menor extensão e precisão, os aspetos técnicos e materiais que as prestações do cocontratante devem cumprir, além do próprio clausulado jurídico que também acolhe os aspetos financeiros.

De modo a evitar conflitos, estes documentos que indicam, descrevem ou apontam, resultados a atingir, ou bens a adquirir para incorporação na esfera patrimonial pública, não devem ter indicações que conflituem com o clausulado jurídico e ou financeiro. Nesse sentido, considera-se prudente que, antes do momento da manifestação da vontade contratual, tais documentos sejam expurgados, na medida do possível, de tais indicações conflituantes.

Conclusão

De acordo com o modelo apresentado, a concreta construção de um contrato público depende, essencialmente, da concreta visão do que se pretende atingir, da forma como será possível alcançar o resultado e com quem, mais do que o prévio deslindar e enumerar de uma vasta ou complexa legislação. Esta, por outro lado, deve surgir como meio para atingir tais finalidades, impondo, obviamente, limites e as determinações legais aplicáveis.

Daqui resulta que, o fundamental é ter capacidade de "desenhar" o arranjo completo das prestações em causa, de parte a parte, sem ter como base de partida modelos contratuais já existentes. Por outro lado, esta capacidade deverá considerar, em cada caso, a relação material controvertida (termo jurídico advindo do direito processual) e apontar para a individualização de uma relação específica, a ser construída entre as partes, com vista a satisfazer os fins concretos inerentes ao interesse público em causa.

Este foi o fator de sucesso no caso do Programa de Construção dos NPO, especialmente no caso da segunda vaga de construções, partindo das necessidades concretas para construir um modelo, ao invés de se partir de um modelo para construir uma satisfação concreta.

Referências Bibliográficas

Circular n.º 1400-A, de 8 de fevereiro (2021). *Instruções aplicáveis à execução orçamental de 2021*. Lisboa: Direção-Geral do Orçamento. https://files.dre.pt/bases_especiais/dgo/2021/02/08/157996691.pdf

Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (2017). *Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos*. Diário da República, 1.ª Série, 168, 5250-(1894) a 5250-(2052). Lisboa: Ministério do Planeamento e das Infraestruturas.

Raimundo, M. (2013). *A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

2.º Painel – Procedimentos de conformidade na Contratação Pública
Estudos de Caso - Exército

Tenente-Coronel Elisa Maria Fernandes Coimbra
Administração Militar
Chefe da Repartição de Concursos e Contratos
Direção de Aquisições do Comando da Logística do Exército

Enquadramento

A temática da CP tem vindo a assumir, nos últimos anos, uma crescente importância, sendo o trabalho desenvolvido pelas Entidades Públicas (EP) cada vez mais escrutinado, de modo a garantir que o "dinheiro público" é usado corretamente e permitir, assim, a satisfação de necessidades de interesse geral.

O CCP, "[…] estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam natureza de contrato administrativo […]" (Cfr. o n.º 1 do art.º 1.º, do [DL] n.º 111-B/2017, de 31 de agosto). Este diploma foi, inicialmente, publicado em 2008, pela necessidade de transportar para o ordenamento jurídico nacional as Diretivas n.º 2004/17/CE e n.º 2004/18/CE, ambas de 31 de março de 2004, do Parlamento e do Conselho Europeu.

Além de regular o regime aplicável à formação dos contratos (art.º 16.º a 277.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto), o CCP veio, igualmente, estabelecer o regime substantivo dos contratos, ou seja, o processo de execução contratual (art.º 278.º a 454.º do referido diploma).

As EA com responsabilidades nestas matérias (formação/execução do contrato), encontram-se previstas no art.º 2.º do CCP e têm a obrigação de conhecer muito bem todas as normas definidas, garantindo, assim, que são cumpridas todas as formalidades legalmente previstas, sob pena de estarem sujeitas a sanções. Pode-se eventualmente comparar o CCP ao Código da Estrada[20].

O planeamento e a correta tramitação da formação dos contratos públicos são pedras angulares para que a despesa cumpra os objetivos pretendidos, dentro dos princípios da eficiência, da eficácia e da economia.

O caso de estudo apresentado retrata uma necessidade levantada pelo Exército, no domínio do fornecimento da alimentação a todas as suas Unidades, Estabelecimentos e Órgãos (UEO). Para se compreender um pouco melhor o caso de estudo, será importante referir que:

- A aquisição da alimentação para todas as UEO do Exército, é da responsabilidade do Comando da Logística;
- Cabe à Direção de Material e Transportes a elaboração da manifestação da necessidade e da especificação técnica, bem como a supervisão de todo o processo;
- A Direção de Aquisições é a entidade responsável pelo procedimento pré-contratual e, posteriormente, já na fase de execução do contrato, pelo pagamento das faturas.

[20] Este diploma legal estabelece igualmente uma série de "regras" que têm que ser cumpridas por todos aqueles que circulam na estrada, pois se tal não acontecer são aplicadas multas

Identificação da necessidade

O lançamento de um procedimento pré-contratual visa, obrigatoriamente, a satisfação de uma necessidade previamente identificada pela EA. Com efeito, para que o procedimento seja iniciado, é fundamental caracterizar essa necessidade pela definição dos requisitos técnicos, para que a tramitação do processo aquisitivo, bem como a execução posterior do respetivo contrato, decorra sem incidentes.

Ora, esta necessidade surge, fruto da inevitabilidade de reafetar os recursos humanos (RH), afetos ao serviço de alimentação, a outras atividades desenvolvidas por algumas UEO. Nesse sentido, dada a carência de RH no Exército, tornou-se imprescindível definir um novo modelo de alimentação para a organização, prevendo as seguintes soluções:

- Receber, nas suas instalações, a alimentação confecionada pelo adjudicatário;
- Ceder o espaço de confeção nas suas instalações, ficando a cargo do adjudicatário a disponibilização dos géneros e dos RH e a preparação das refeições; ou
- Receber os géneros, assegurando a confeção através dos seus próprios recursos.

Definido o modelo a implementar em cada UEO, transitou-se para a fase seguinte de definição dos requisitos técnicos associados a cada "tipologia de fornecimento". Paralelamente, também foram definidas as ementas, as quantidades para cada refeição, os horários de fornecimento, o número de funcionários, as capitações, o material disponível em cada UEO a ceder ao futuro adjudicatário para a confeção, entre tantos outros aspetos.

Em todo este processo, foi crucial a correta definição do "objeto contratual", que salvaguardasse as necessidades e especificidades das diversas UEO do Exército, permitindo mitigar ou, até mesmo, eliminar possíveis interrupções no fornecimento da alimentação, sem que nunca tal se tenha verificado.

Preço Base

Nos termos do n.º 1 do art.º 47.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), o preço base "[…] é o montante máximo que [a EA] se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, incluindo eventuais renovações do contrato."

O n.º 3 do mesmo artigo refere ainda que a justificação do preço base deve ser parte integrante dos instrumentos instrutórios dos processos aquisitivos, demonstrando assim a sua importância. Na realidade, conforme consta no n.º 4 do referido artigo, este deve "[…] respeitar os limites até aos quais pode ser utilizado o tipo de procedimento […] e os limites máximos de autorização da despesa do órgão competente, para a decisão de contratar […]". O mesmo artigo estipula que a definição "[…] do preço base deve ser fundamentada com base em critérios objetivos [, nomeadamente através dos preços obtidos na sequência] da consulta preliminar prevista no art.º 35.º-A do CCP, ou [dos] custos médios unitários, resultantes de anteriores procedimentos, para prestações do mesmo tipo" (n.º 3 do art.º 47.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto).

Nesta conformidade, o preço base do procedimento, para aquisição da alimentação para o Exército, foi definido tendo por base os custos médios resultantes de procedimentos anteriores e as quantidades de refeições estimadas.

A correta definição do preço base, assume, assim, particular importância. Se este não for ao encontro dos valores praticados no mercado, potencia-se o risco de, durante a fase de apresentação de propostas, nenhum concorrente apresentar propostas, ou eventualmente o valor apresentado ser acima do preço base e, por conseguinte, a proposta ter que ser excluída.

Decisão de contratar e de autorização da despesa

Nos termos do n.º 1 do art.º 36.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), qualquer procedimento pré-contratual inicia-se[21] com a decisão de contratar, devidamente fundamentada, cabendo ao órgão competente autorizar a correspondente despesa.

Definido o preço base, para aquisição da alimentação para todas as UEO do Exército para o período de um ano, constatou-se que, nos termos da alínea e) do art.º 17.º do DL n.º 197/1999, de 8 de junho, competia ao Conselho de Ministros (CM) autorizar essa despesa, bem como o tipo de procedimento a adotar. Considerando a morosidade associada à aprovação de uma Resolução de Conselho de Ministros (RCM), foi entendimento do Exército avançar com um procedimento plurianual (3 anos), mitigando, deste modo, todos os constrangimentos inerentes à aprovação da RCM. Efetivamente, o processo foi instruído para aprovação do CM e, só passados sete meses, foi recebido despacho favorável à sua realização, a coberto da RCM n.º 115/2020, de 30 de dezembro.

Aprovado o procedimento pela RCM mencionada, o Ministro da Defesa Nacional (MDN) elaborou o Despacho n.º 367/2021, de 12 de janeiro, a subdelegar, no Chefe de Estado Maior do Exército (CEME), a competência para a prática de todos os atos no âmbito do procedimento a concretizar, subdelegação essa já prevista na respetiva RCM.

A RCM n.º 115/2020, de 30 de dezembro, aprovou a despesa máxima que o Exército podia assumir em cada ano[22], num total global de cerca de 47 M€, bem como o procedimento a adotar, para proceder à aquisição da alimentação para todas as UEO do Exército. O procedimento autorizado foi o concurso público com publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), conforme previsto na alínea a) do n. º1 do art.º 20.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP).

Peças do procedimento

No âmbito do concurso público mencionado, as peças utilizadas no procedimento foram o anúncio, o programa do procedimento e o caderno de encargos, em conformidade com a alínea c) do n.º 1 do art.º 40.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP). A sua aprovação coube ao órgão competente para a decisão de contratar, nomeadamente, ao Chefe de Estado Maior do Exército, ao abrigo do Despacho n.º 367/2021, de 12 de janeiro, de subdelegação de competências do MDN.

A correta elaboração das peças do procedimento é crucial, pois são estes documentos que vão comunicar, a todos os interessados, as regras do procedimento, bem como o conteúdo do projeto de clausulado do contrato a celebrar.

Considerando as diversas tipologias de necessidades identificadas (géneros, refeições confecionadas nas instalações do Exército, refeições confecionadas nas instalações do adjudicatário), foram lançados vários procedimentos, atendendo aos diferentes requisitos

[21] A componente orçamental do processo aquisitivo não será tratada no âmbito deste artigo.
[22] 7.563.087,00 € em 2021, 15.452.527,00 € em 2022, 16.047.385,00 € em 2023 e 8.410.671,00 € em 2024.

técnicos associados a cada processo, na certeza de que deveriam estar bem definidos nas peças do procedimento.

Conforme consta no art.º 41.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), o programa do procedimento "[…] é o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até á sua celebração", ou seja, é no programa do procedimento que a EA define as formalidades que todos os concorrentes/adjudicatário devem cumprir até à outorga do contrato. ªA título de exemplo, em conformidade com o estipulado no art.º 132.º do DL n.º 111-B/2017 (CCP), é no programa do procedimento que estão definidos, entre outros aspetos:

- O prazo de entrega das propostas;
- Os documentos que constituem a proposta;
- O modo de apresentação da proposta;
- Os documentos de habilitação; e
- O modo de prestação da caução.

Já o caderno de encargos, conforme definido no n.º 1 do art.º 42.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), "[…] contém as clausulas a incluir no contrato a celebrar", devendo definir todos os aspetos da execução do contrato. No caso em análise, cada caderno de encargos definiu exatamente o pretendido pelo Exército, para cada uma das situações. Os itens seguintes servem apenas para ilustrar algumas particularidades, nomeadamente:

- Para a aquisição de Géneros:
  - Definição dos lotes (cada lote era constituído por diversas UEO, agregadas por regiões do país);
  - Locais de fornecimento;
  - Tipo e quantidade de cada tipologia de géneros;
  - Horários de fornecimento.
- Para as refeições confecionadas nas instalações da Unidade:
  - Plano de ementas;
  - Capitações;
  - Quantidade por tipologia de refeição;
  - Regras a cumprir na confeção de cada refeição;
  - Número mínimo de funcionários;
  - Material disponibilizado pelo Exército para confeção;
  - Horário de cada refeição.
- Para as refeições confecionadas nas instalações do adjudicatário:
  - Plano de ementas;
  - Capitações;
  - Quantidade por tipologia de refeição;
  - Regras a cumprir na confeção/transporte de cada refeição;
  - Horário de cada refeição.

Critério de Adjudicação

O critério de adjudicação é o método, ou o meio, de avaliação das diversas propostas apresentadas pelos concorrentes num procedimento de CP, de forma a que a EA escolha a melhor proposta.

De acordo com o art.º 74.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), "a adjudicação [de um procedimento] é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a [EA], determinada por uma das seguintes modalidades: […]"

- Multifator

  Nesta modalidade são fixados os fatores de avaliação e, eventualmente, os subfatores dentro de cada fator, devendo estes corresponder a aspetos da execução do contrato a celebrar. Cumpre referir que, de acordo com o n.º 3 do art.º 75.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), a escolha desta modalidade implica a densificação dos fatores de avaliação, sem que digam respeito "[…] a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes", ou seja os fatores só podem estar relacionados com aspetos relativos á execução do contrato.

- Monofator

  Como modalidade alternativa, define apenas um fator, correspondente a uma única questão da execução do contrato a celebrar, recaindo, muitas vezes, no preço a identificação como único critério de avaliação das propostas.

Efetivamente, a modalidade do critério de adjudicação deve estar definida no programa do concurso, conforme previsto na alínea q) do n.º 1 do art.º 164.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), permitindo que os operadores económicos tenham conhecimento, desde o início do procedimento, sobre o que vai ser tido em consideração pela EA na avaliação das propostas e, consequentemente, que apresentem as suas melhores propostas.

Ora, no caso em análise, a modalidade adotada foi o monofator onde o preço foi o critério selecionado e todos os demais fatores, relacionados com a execução do contrato, se encontravam definidos no caderno de encargos.

Júri do Procedimento

Pelo estipulado no n.º 1 do art.º 67.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), os procedimentos para a formação de contratos são conduzidos por um júri, designado pelo órgão competente para a decisão de contratar, composto sempre em número ímpar e por um número mínimo de 3 membros efetivos, dos quais um preside. Todos os membros do júri, devem subscrever a declaração de inexistência de conflitos, em conformidade com o plasmado no n.º 5 do art.º 76.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP).

Nos termos do n.º 1 do art.º 68.º do referido diploma, "o júri inicia o exercício das suas funções no dia útil subsequente ao envio do anúncio para publicação ou do convite". O órgão competente para a decisão de contratar pode, adicionalmente e nos termos previstos no n. º2 do art.º 69.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), delegar no júri o exercício de outras competências que considere pertinentes, com exceção da delegação da "[…] competência para retificação das peças do procedimento, a decisão sobre erros ou omissões identificados pelos interessados, a decisão de qualificação dos candidatos ou a decisão de adjudicação".

No âmbito do caso em análise, a competência para designar o júri foi subdelegada no CEME que, por sua vez, nomeou um júri para cada procedimento. Além dessa competência, também foram subdelegadas as competências para prestar esclarecimentos sobre as peças do procedimento e para prorrogar o prazo de entrega das propostas.

Supletivamente, além das competências atribuídas pelo órgão competente, nos termos do n.º 1 do art.º 69.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), compete ao júri proceder á análise das propostas e elaborar os relatórios de análise das propostas.

Anúncio e prazo para apresentação de propostas

Uma vez autorizado o lançamento do procedimento (Concurso Público com publicação no JOUE), autorizada a despesa e aprovadas as peças do procedimento e a designação do júri, estão reunidos todos os pressupostos para se proceder ao lançamento do procedimento.

Nos termos previstos no n.º 1 do art.º 131.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), o anúncio do procedimento no JOUE deve ser elaborado "[…] contendo as menções previstas na parte C do Anexo V da Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014". Não obstante, a "[…] publicação do anúncio no Jornal Oficial da União Europeia não dispensa a publicação do anúncio […]" "[…] no Diário da República [DRE], através de anúncio conforme modelo aprovado por portaria dos membros do Governo responsáveis pela edição do Diário da República e pelas áreas das finanças e das obras públicas" (*Cfr.* o n.º 6 do art.º 131.º, conjugado com o n.º 1 do art.º 130.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto - CCP). Note-se que, o envio dos anúncios para o DRE e o JOUE deve ser concretizado em simultâneo e deve, ainda, ser publicitado na Plataforma Eletrónica de Contratação Pública (PECP) em uso pela EA, na qual a tramitação de todo o procedimento deve ocorrer.

No caso em análise, o procedimento autorizado foi o Concurso Público com publicação de anúncio no JOUE, tendo o Exército cumprido com o mencionado anteriormente.

Relativamente ao prazo para apresentação das propostas, nos termos do n.º 1 do art.º 63.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), é fixado livremente pela EA em total respeito pelos prazos legalmente definidos.

Ora, no âmbito do procedimento autorizado para o caso em análise (Concurso Público com publicação de anúncio no JOUE), e de acordo com o previsto no n.º 1 do art.º 136.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), o prazo mínimo para apresentação das propostas é de "[…] 30 dias a contar da data do envio para publicação do anúncio ao Serviço das Publicações Oficiais da União Europeia".

Todavia, na determinação do prazo mencionado, as entidades devem ter sempre em conta o tempo necessário para a elaboração das propostas por parte dos concorrentes, em condições adequadas e de efetiva concorrência,

> […] em função da natureza, das características, do volume e da complexidade das prestações objeto do contrato a celebrar, em especial dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, bem como a necessidade de prévia inspeção ou visita a locais ou equipamentos […] (*vide* o n.º 2 do art.º 67.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto – CCP),

entre outros aspetos relevantes submetidos no caderno de encargos. Só assim é possível asseguar a salvaguarda de um dos princípios basilares da CP, designadamente, o princípio da concorrência.

Contextualizando no caso em análise, o Exército determinou o prazo de 30 dias para apresentação das propostas, tendo-se manifestando suficiente, pelo simples facto de que nenhum dos interessados solicitou prorrogação do prazo.

Esclarecimentos, erros e omissões

Para a apresentação de uma adequada proposta, "[…] os interessados podem solicitar os esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento […]", devendo fazê-lo no primeiro terço do prazo fixado para apresentação das propostas (*Cfr.* n.º 1 do art.º 50.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto – CCP). Adicionalmente, podem ainda identificar erros e omissões nas peças do procedimento, cabendo à EA a decisão da sua aceitação ou não.

Além dos interessados, a EA também pode identificar erros e omissões, devendo comunicar a sua decisão até ao final do segundo terço do prazo fixado para entrega das propostas. A competência de decidir sobre erros e omissões é única e exclusiva do órgão competente para a decisão de contratar, conforme o disposto no n.º 2 do art.º 69.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP).

Será importante referir que, existindo atraso nas respostas aos esclarecimentos e aos erros e omissões, cujos pedidos e comunicações, tenham sido interpostos dentro dos prazos legalmente definidos, o prazo de entrega das propostas terá que "[…] ser prorrogado, no mínimo, por período equivalente ao do atraso verificado" (*vide* o n.º 1 do art.º 64.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto - CCP). Do mesmo modo, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo e diploma, sempre que […] as retificações ou a aceitação de erros ou de omissões das peças do procedimento […], independentemente do momento da sua comunicação, [impliquem] alterações de aspetos fundamentais das peças do procedimento, o prazo fixado para a apresentação das propostas deve ser prorrogado, no mínimo, por período equivalente ao tempo decorrido desde o início daquele prazo até à comunicação das retificações ou à publicitação da decisão de aceitação de erros ou de omissões.

Transpondo para o caso em análise, os interessados apenas solicitaram visitas aos locais onde iria ser confecionada a alimentação, não havendo registo que qualquer questão sobre as peças procedimentais. Logo, o período de entrega das propostas decorreu sem incidentes.

Abertura e Análise[23] das Propostas

Considerando o caso em análise, terminado o prazo para apresentação das propostas, o passo seguinte é a sua abertura pelo júri nomeado para o efeito, com publicitação da lista dos concorrentes na respetiva PECP (*Cfr.* o n.º 1 do art.º 138.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto - CCP), de modo a dar a conhecer a todos os interessados as propostas presentes a concurso.

Abertas as propostas, o júri procede à sua análise, enquadrada nos motivos materiais de exclusão, em conformidade com o n.º 2 do art.º 70.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), e nos motivos formais de exclusão, de acordo com o n.º 2 do art.º 146.º do referido diploma.

[23] Nos procedimentos lançados pelo Exército foi definido que não iria haver lugar a leilão eletrónico.

É nessa análise que incide o relatório preliminar do júri, conforme estipulado no n.º 1 do art.º 146.º, onde consta a sólida fundamentação de exclusão das propostas, bem como a orientação de ordenação das propostas admitidas a concurso, de acordo com o critério de adjudicação definido no programa do procedimento.

Esse relatório preliminar é disponibilizado pelo júri na PECP a todos os concorrentes, com "[…] um prazo não inferior a 5 dias para se pronunciarem, por escrito, ao abrigo da audiência prévia" (*vide* art.º 147.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto - CCP). Decorrido o período de audiência prévia, o júri analisa as pronúncias apresentadas (se aplicável), mantendo, ou eventualmente alterando, as conclusões constantes no relatório preliminar, concluindo, assim, o relatório final. Não obstante, qualquer alteração às conclusões do relatório preliminar, como por exemplo, caso seja alterada a ordenação das propostas, o júri terá de conceder novo período de audiência prévia, em conformidade com o plasmado no n.º 2 do art.º 148.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP).

Voltando ao caso em análise, importa referir que o júri conduziu o procedimento da aquisição de alimentação para as UEO do Exército da forma correta, procedendo à abertura das propostas nas datas definidas para o efeito, seguindo-se a publicitação da lista de concorrentes e a disponibilização das propostas a todos os concorrentes (*vide* o art.º 138.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto).

Analisadas as propostas apresentadas nos vários procedimentos para os lotes elencados, verificou-se o seguinte:

- Apenas não foi apresentada qualquer proposta para o lote do Destacamento de Segurança do Porto Santo[24];
- Algumas propostas foram excluídas, nos termos previstos na alínea d) do n.º 2 do art.º 70.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), aplicável por remissão da alínea o) do n.º 2 do 146.º, do referido diploma, por ultrapassarem o preço base definido no caderno de encargos. Este foi o caso das propostas para o lote do Regimento de Infantaria n.º 1, pelo facto de excederem o preço base.

O júri elaborou, então, os relatórios preliminares para cada procedimento e ordenou as propostas admitidas, de acordo com o critério de adjudicação na modalidade monofator, em que o único fator submetido à concorrência foi o preço.

Disponibilizado o relatório preliminar e na ausência de pronuncia dos concorrentes em sede de audiência prévia, foram elaborados os respetivos relatórios finais, nos quais o júri submeteu e propôs ao órgão competente a adjudicação de todos os lotes, com exceção dos dois mencionados anteriormente, dando, assim, por terminada a sua intervenção nos procedimentos.

Adjudicação

Submetidos os relatórios finais, cumpre agora ao órgão competente adjudicar as propostas vencedoras, nos termos do disposto do art.º 76.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), exceção feita às situações previstas no art.º 79.º do referido diploma. A decisão de adjudicação é notificada a todos os concorrentes, até ao termo do prazo de manutenção das propostas, que a lei determina ser de 66 dias contados da data do termo fixado para apresentação das mesmas (*cfr.*

[24] Este lote será alvo de análise mais à frente.

art.º 65.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto), caso nada tenha sido dito em contrário no programa do procedimento.

Neste âmbito, o Exército tem estabelecido nos programas dos procedimentos que os concorrentes ficam obrigados a manter as suas propostas por um prazo de 120 dias, de modo a salvaguardar atrasos processuais, nomeadamente na análise das propostas.

Após a tomada de conhecimento do relatório final do júri, a EA, tendo o dever de adjudicar, aprova as conclusões listadas, para efeitos de adjudicação, de acordo com o definido no n.º 4 do art.º 148.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto).

A aprovação da decisão de adjudicação conduz à fase seguinte, designadamente, a comunicação da decisão de adjudicação, em conjunto com o relatório final, a todos os concorrentes em simultâneo, conforme estipulado no n.º 1 do art.º 77.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP). Com a notificação da adjudicação, o órgão competente para a decisão de contratar deve ainda notificar o adjudicatário para, entre outros aspetos:

- Apresentar os documentos de habilitação;
- Prestar a caução, se for exigível;
- Confirmar os compromissos por terceiras entidades relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada;
- Se pronunciar sobre a minuta do contrato, se este for reduzido a escrito.

Nos diversos procedimentos, conduzidos pelo Exército, o CEME, aprovou as conclusões constantes nos relatórios finais elaborados pelo júri, tendo igualmente aprovado a adjudicação aos diversos adjudicatários e as minutas dos contratos. Com a notificação da decisão de adjudicação através respetiva PECP, os adjudicatários foram, igualmente, notificados para apresentação da documentação já referida anteriormente.

Documentos de habilitação, caução e aprovação minuta do contrato

O escrutínio dos restantes concorrentes não termina com a notificação da adjudicação. No seguimento do n.º 1 do art.º 85.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), o adjudicatário tem 5 dias para apresentar os documentos de habilitação previstos no art.º 81.º do referido diploma, que terão que ser disponibilizados aos restantes concorrentes para consulta.

O passo seguinte é a prestação da caução.

A caução destina-se a garantir "[…] o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais […]", devendo esta ser exigida sempre que o preço contratual seja superior a 500.000,00€ (*vide* a alínea a) do nº2 do art.º 88.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) e não pode exceder 5% do valor contratual. Sem prejuízo do estipulado no art.º 89.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), o valor da caução tem que ser entregue no prazo máximo de 10 dias úteis, contados a partir da notificação de adjudicação (*vide* n.º 1 do art.º 90.º do diploma mencionado. No n.º 2 desse mesmo artigo, encontram-se previstas as formas de prestação da caução, designadamente, por depósito em numerário, por garantia bancária e por seguro caução.

Relativamente ao caso em estudo, todos os adjudicatários entregaram, nos prazos legalmente definidos, os documentos de habilitação e as devidas cauções.

Quanto à minuta do contrato, depois de aprovada pelo órgão competente para autorizar a despesa, foi remetida aos adjudicatários para aprovação, com a prerrogativa de terem 5 dias úteis (no caso de o procedimento adotado ser um Concurso Público com publicação no JOUE) para se

pronunciarem (*cfr.* definido no art.º 101.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto - CCP). Importa salientar que, da minuta do contrato e do contrato a assinar, fazem parte integrante os elementos previstos no art.º 96.º do citado diploma.

Considerando que o Exército tinha previsto, nas peças dos procedimentos, a adjudicação em lotes, conforme consta no n.º 1 do art.º 46.º-A do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), foram elaboradas tantas minutas quantos os lotes previstos (num total de cerca de 25), sem que qualquer adjudicatário se tenha pronunciado, pelo que foram tacitamente aceites.

Outorga do Contrato

A outorga do contrato encontra-se prevista no n.º 1 do art.º 104.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), e deve ocorrer "[…] no prazo [máximo] de 30 dias contados da data de aceitação da minuta […], mas nunca antes de […] apresentados todos os documentos de habilitação exigidos [ao adjudicatário ou de] comprovada a prestação da caução […]". Embora exista um prazo máximo, caso se trate de um procedimento por Concurso Público com publicação no JOUE, o contrato só pode ser outorgado 10 dias depois da data da notificação de adjudicação.

De acordo com o definido no n.º 1 do art.º 94.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), "[…] o contrato deve ser reduzido a escrito através da elaboração de um clausulado em suporte papel ou em suporte informático com a aposição de assinaturas eletrónicas.".

Regressando, novamente, ao caso em análise, cumpridas todas as formalidades legalmente definidas, os contratos foram outorgados pelas partes com recuso à assinatura eletrónica.

Tribunal de Contas

Após a sua celebração, torna-se necessário aferir da necessidade, ou não, de visto prévio do TdC sobre os contratos.

De acordo com o art.º 48.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, ficam dispensados de fiscalização prévia os contratos de valor inferior a 750.000,00€ (s/IVA) e inferior a 950.000,00€, caso os contratos estejam, ou aparentem estar, relacionados entre si.

Considerando o referido anteriormente e o valor total dos contratos de cerca de 47 M€ (*vide* a RCM n.º 115/2020, de 30 de dezembro), o Exército submeteu a visto do TdC todos os contratos celebrados e obteve visto em todos eles.

Relançamento dos Lotes não Adjudicados

Relativamente aos lotes não adjudicados, um por não terem sido apresentadas propostas e outro por todas as propostas terem ultrapassado o preço base, considerando que a necessidade se mantinha, foi entendimento do Exército relançar os procedimentos.

No caso do lote do Regimento de Infantaria n.º 1, em que todas as propostas apresentadas ultrapassaram o preço base, o Exército teve de reajustar o preço base, tendo como referência as propostas apresentadas e lançou novo Concurso Público com publicação no JOUE. A tramitação deste novo procedimento decorreu sem incidentes, com o contrato, depois de outorgado, a ser submetido a visto prévio do TdC, resultando, desta ação, a obtenção de visto.

No que ao lote do Destacamento de Segurança de Porto Santo diz respeito e na ausência de indícios de que o preço base estava desajustado, foi lançado novo Concurso Público com publicação no JOUE e, mais uma vez, não foram recebidas quaisquer propostas.

Analisado este caso, o Exército desenvolveu diligências no sentido de verificar a existência de um operador económico local que estivesse interessado em apresentar proposta. Desta diligência, resultou a manifestação de interesse de uma entidade, pelo que foi lançado um ajuste direto suportado em critérios matérias, tal como previsto na alínea a) do n.º 1 do art.º 24.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), com o convite endereçado ao operador económico que manifestou o interesse.

Todavia, ao adotar este tipo de procedimento pré-contratual, o Exército viu-se inibido de alterar os requisitos do caderno de encargos, nomeadamente o preço base, mantendo-se este inalterado desde o lançamento do primeiro procedimento, bem como todos os outros requisitos técnicos. Decorridas todas as formalidades legais inerentes ao ajuste direto, o contrato foi submetido, igualmente a visto prévio do TdC, tendo o mesmo sido visado.

Execução do contrato

Embora a tramitação do procedimento pré-contratual seja importante, assegurando o cumprimento de todas as normas legais em vigor, se a execução do contrato celebrado não for devidamente acompanhada, deixa de ter qualquer relevância.

Para mitigar este risco, o legislador criou a figura do Gestor do Contrato, descrita no art.º 290.º-A do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (CCP), cuja identificação deve estar prevista no contrato (Cfr. a alínea i) do n.º 1 do art.º 96.º do referido diploma). Com efeito, o Gestor do Contrato é nomeado pelo órgão competente para autorizar a despesa e tem como função o acompanhamento permanente da execução do contrato. "Caso o gestor detete desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato, deve comunicá-los de imediato ao órgão competente, propondo em relatório fundamentado as medidas corretivas que, em cada caso, se revelem adequadas" (vide o n.º 3 do art.º 290.º-A do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto).

Relativamente aos contratos celebrados para aquisição da alimentação para todas as UEO, foi nomeado um Gestor do Contrato por UEO, apoiado pelo Gestor da Alimentação. Estas são as entidades responsáveis pelo acompanhamento da execução dos contratos e pela comunicação à Direção de Aquisições, através da Repartição de Controlo e Qualidade, Alimentação e Messes do Gabinete do Comandante da Logística, se os pagamentos das faturas podem ser processados.

Referências Bibliográficas

Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (2017). *Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos*. Diário da República, 1.ª Série, 168, 5250-(1894) a 5250-(2052). Lisboa: Ministério do Planeamento e das Infraestruturas.

Decreto-Lei n.º 197/1999, de 8 de junho (1999). *Estabelece o regime da realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e de serviços*. Diário da República, 1.ª Série-A, 132, 3171 a 3210. Lisboa: Ministério das Finanças.

Despacho n.º 367/2021, de 12 de janeiro (2021). *Subdelegação no Chefe do Estado-Maior do Exército de competência para a prática dos atos com o fornecimento de géneros, alimentação confecionada e prestação de serviços de alimentação a todas as unidades; estabelecimentos e órgãos do Exército*. Diário da República, 2.ª Série-C, 7, 36 a 36. Lisboa: Ministério da Defesa Nacional.

Diretiva n.º 2004/17/CE, de 31 de março (2004). *Relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*. Jornal Oficial da União Europeia, L 134/1 a L 134/113. Bruxelas: Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia.

Diretiva n.º 2004/18/CE, de 31 de março (2004). *Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços*. Jornal Oficial da União Europeia, L 134/114 a L 134/240. Bruxelas: Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia.

Lei n.º 98/1997, de 26 de agosto (1997). *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas*. Diário da República, 1.ª Série-A, 196, 4401 a 4424. Lisboa: Assembleia da República.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/2020 de 30 de dezembro. (2020). *Autoriza a realização da despesa relativa ao fornecimento de géneros alimentares ao Exército Português.* Diário da República, 1.ª Série, 252, 7 a 8. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros.

2.º Painel – Procedimentos de conformidade na Contratação Pública
Estudos de Caso – Força Aérea

Tenente-Coronel Nuno Alberto Rodrigues Dias Costa
Jurista
Chefe do Gabinete de Contratação no
Comando Logístico e Administrativo da Força Aérea

Introdução

Em boa hora o IUM teve a iniciativa, extremamente atual, de organizar o presente seminário sobre a CP. Trata-se de uma matéria de reconhecida relevância e que importa estudar, seja numa perspetiva mais genérica, seja com todo o detalhe e rigor, por parte de todos quantos, nas FFAA, diariamente praticam os mais diversos atos decorrentes da tramitação dos procedimentos pré-contratuais.

E nunca é demais salientar que, a tramitação com sucesso de cada concreto procedimento, permite dotar a Marinha, o Exército e a Força Aérea (FA) dos recursos materiais necessários ao cumprimento da sua missão, sejam eles dos mais genéricos e transversais a todos os entes públicos, aos mais específicos inerentes ao emprego direto da força militar.

O desafio colocado pelo IUM, vem precisamente nesse sentido, pretendendo a apresentação de estudos de caso dos ramos das FFAA, quanto a procedimentos de conformidade na CP.

Após a normal reflexão sobre os estudos apresentar que refletissem a realidade da FA neste domínio, foram identificados como particularmente apropriados e justificados, os casos decorrentes da aplicação do regime jurídico da CP nos domínios da defesa e da segurança, constante do DL n.º 104/2011, de 6 de outubro. Note-se que este diploma transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 2009/81/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu (PE) e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou EAnos domínios da defesa e da segurança.

Na verdade, trata-se de uma temática que não é normalmente abordada, quando se apresenta ou se estuda o Direito da CP, e que se enquadra perfeitamente no objetivo proposto pelo IUM, de envolver os participantes na temática da CP quando estão em causa aspetos de Defesa Nacional, segurança, emergência e a vida humana.

Objeto e âmbito do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro

O suprarreferido diploma legal surge, no ordenamento jurídico nacional, em transposição de uma diretiva comunitária de 2009, que visa:

- A constituição progressiva de um mercado europeu de equipamentos de defesa;
- O reforço da base industrial e tecnológica de defesa europeia; e
- O desenvolvimento das capacidades militares necessárias à aplicação da Política Europeia de Segurança e de Defesa.

Até essa data a Comissão e o PE apenas haviam regulado os chamados setores tradicionais. No entanto, diversos fatores, alguns dos quais refletidos no Livro Verde apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias, em 23 de setembro de 2004, sobre "Contratos públicos no setor da Defesa", originaram a ação comunitária de completar o quadro legal comunitário com um novo instrumento legislativo específico para os contratos no setor da Defesa. Nesse sentido, desenvolveu-se mais uma dimensão do mercado comum europeu, particularmente o Mercado Europeu de Equipamentos de Defesa – EDEM, assente nos valores e objetivos partilhados da União, embora sempre com as necessárias salvaguardas relativamente ao caráter específico das políticas de segurança e defesa dos Estados-Membros.

Assim, de acordo com o n.º 2 do artigo 1.º do DL n.º 104/2011, de 6 de outubro, este regime jurídico

> […] aplica-se à formação de contratos que tenham por objeto:
>
> a) O fornecimento de equipamento militar, incluindo quaisquer partes, componentes e ou elementos de ligação do mesmo;
>
> b) O fornecimento de equipamento sensível, incluindo quaisquer partes, componentes e ou elementos de ligação do mesmo;
>
> c) Empreitadas de obras públicas, fornecimentos e serviços diretamente relacionados com o equipamento referido supra em relação a um ou a todos os elementos do seu ciclo de vida;
>
> d) Empreitadas de obras públicas, fornecimentos e serviços para fins militares específicos, ou obras e serviços sensíveis.

Contudo a sua aplicação não é a todos e quaisquer contratos que tenham tais objetos. Dentro do âmbito objetivo de aplicação deste diploma, encontra-se uma outra previsão, comum no direito comunitário. Trata-se de limitar a sua aplicação apenas aos contratos cujo valor, sem o Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), seja igual ou superior ao limiar comunitário definido em cada momento (Cfr. o n.º 4 do artigo 1.º do DL n.º 104/2011). Este limiar é atualmente de 431.000,00€ para o fornecimento de bens e serviços e de 5.382.000,00€ para empreitadas de obras públicas (Regulamento Delegado (UE) 2021/1950, de 10 de novembro)[25].

Neste ponto, impõe-se uma primeira constatação, especificamente, a de que não constituiu opção de o legislador nacional fixar um único regime para a CP nos domínios da defesa e da segurança, pois a formação dos contratos que não estiverem abrangidos pelo regime do DL n.º 104/2011, nomeadamente o respetivo valor ser inferior ao do limiar aplicável, segue o regime geral do CCP. Com efeito, o estatuído no n.º 2 do artigo 1.º do CCP (DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) determina que o "[…] regime da contratação pública estabelecido na parte II [seja] aplicável à formação dos contratos públicos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação.".

Quanto à qualificação do que deve ser considerado como equipamento militar, de acordo com o n.º 3 do artigo 1.º do DL n.º 104/2011,

> […] entende-se por equipamento militar, nomeadamente, os tipos de produtos incluídos na lista de armas, munições e material de guerra, aprovada pela Decisão

[25] Este limiar é sujeito a revisão periódica, de dois em dois anos, nos mesmos termos que a revisão dos limiares do CCP.

> do Conselho n.º 255/58, de 15 de [abril], interpretada em função do carácter evolutivo da tecnologia, das políticas de contratos e dos requisitos militares, [de que resulta o desenvolvimento de novos tipos de equipamentos, por exemplo,] com base na Lista Militar Comum da União Europeia.

Ou seja, e para todos os efeitos práticos de interpretação desta norma, para esta qualificação atendemos ao incluído na referida lista, entretanto atualizada pelo Conselho Europeu, em 17 de fevereiro de 2020.

Já a qualificação de equipamento sensível refere-se à outra dimensão deste regime jurídico, o domínio da segurança e, por conseguinte, não militar, nomeadamente quanto à atividade e necessidades das diversas forças policiais ou dos serviços de informação, excluindo-se, por isso, do âmbito de aplicação do DL n.º 104/2011.

Contratos excluídos

Conforme definido no artigo 5.º do DL n.º 104/2011, este regime jurídico contempla diversas tipologias de contratos excluídos, das quais se destacam três, pela sua relevância e aplicação prática na FA, que se detalham de seguida:

- Os contratos celebrados ao "[…] abrigo de regras processuais específicas de um acordo internacional ou de disposições acordadas entre um ou mais Estados membros e um ou mais países terceiros […]" (Cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do DL n.º 104/2011);
- Os contratos destinados à proteção dos interesses essenciais da segurança do Estado português, abrangidos pelo disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (vide alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º do DL n.º 104/2011);
- Os contratos adjudicados ao governo de outro Estado[26]

  [..] relativos a:

  i) Fornecimento de equipamento militar ou de equipamento sensível; ou
  ii) Empreitadas de obras públicas e serviços [diretamente] ligados a esse equipamento; ou
  iii) Empreitadas de obras públicas e serviços especificamente para fins militares, ou obras e serviços sensíveis; […] (Cfr. alínea f) do n.º 2 do artigo 5.º do DL n.º 104/2011).

Para salvaguardar os interesses essenciais da segurança do Estado português, a FA vem celebrando, desde 2008, sucessivos contratos com a OGMA – Indústria Aeronáutica de Portugal, S.A., referentes à manutenção de aeronaves, dos seus motores e respetivos órgãos ou equipamentos, componentes, sistemas e subsistemas associados. O primeiro contrato foi celebrado na sequência da Resolução do Conselho de Ministros (RCM) n.º 29/2008, de 24 de janeiro, e o mais recente, que cessou a vigência a 31 de dezembro passado, na sequência da RCM n.º 45/2018, de 12 de abril. Adicionalmente, foi precisamente com este enquadramento que foi contratada à OGMA a realização da modificação das aeronaves C-130H, para cumprimento dos requisitos do Céu Único Europeu, atento o Despacho n.º 10788/2018, de 10 de outubro de 2018, do Ministro da Defesa Nacional.

Dispõe a alínea b) do artigo 346.º do TFUE (União Europeia, 2016), que

[26] Doravante designados somente por contratos ou contratação G2G.

> […] Qualquer Estado-Membro pode tomar as medidas que considere necessárias à proteção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra; tais medidas não devem alterar as condições de concorrência no mercado interno no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares.

Neste desiderato, tem vindo a constituir entendimento da FA, o qual foi acolhido pelos sucessivos governos que concederam as necessárias autorizações de contratação e de realização da despesa, que é imprescindível manter em Portugal uma capacidade de manutenção das suas aeronaves, que permita atuar rapidamente quando e como necessário.

Em bom rigor, as políticas de segurança e defesa são orientadas pela promoção dos interesses nacionais. Ora, para concretizar os objetivos da política de Defesa Nacional, as FFAA deverão ser capazes de gerar e explorar capacidades militares, que lhes permitam executar missões em diversos cenários gerais de emprego, designadamente no âmbito da segurança e defesa do território nacional e dos seus cidadãos, mas também dos compromissos internacionais a que está obrigado. Justifica-se, por isso, que o Estado português defenda "[…] os interesses nacionais por todos os meios legítimos, dentro e fora do seu território, das zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional e do espaço aéreo sob sua responsabilidade […]", bem como assegure "[…] a salvaguarda da vida e dos interesses dos portugueses, num quadro autónomo ou multinacional […]", como preconizado no Conceito Estratégico de Defesa Nacional (RCM n.º 19/2013, de 05 de abril, p. 1988).

Nesse sentido, considerando que compete a cada Estado-Membro definir os seus interesses de segurança e protegê-los, o referido artigo 346.º do TFUE reconhece-lhes esta prerrogativa e a necessária derrogação das normas comunitárias, nomeadamente as relativas à concorrência.

Para o cumprimento das missões das FFAA (MIFA's) (Conselho de Chefes de Estado-Maior, 2014), a FA contribui com um conjunto de capacidades militares, materializadas por via do emprego e operação de diversas aeronaves, com variadas tipologias e configurações, tipificadas em quantitativos de forças e meios no Sistema de Forças Nacional (SFN). Concomitantemente, essas aeronaves devem apresentar uma elevada operacionalidade, complementada com o grau de prontidão adequado à especificidade da missão a desempenhar. Através da celebração destes sucessivos contratos com a OGMA foi, e continua a ser, objetivo da FA assegurar a permanente disponibilidade para, sempre que solicitada, disponibilizar os seus meios aéreos militares para o cumprimento das missões superiormente determinadas.

Naturalmente que esta contratação tem de respeitar as condições definidas no Tratado, segundo a interpretação que lhes confere o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que é sempre de índole restritiva, como reiteradamente referido nos seus acórdãos. A título de exemplo, veja-se o Acórdão Augusta (TJUE, 2008), proferido no Processo C-337/05, de 8 de abril de 2008, a propósito da aquisição de helicópteros, pelo Estado Italiano, com capacidade militar e civil, tendo por este motivo o respetivo processo de aquisição sido excluído do âmbito de aplicação deste artigo do TFUE.

Também o PE (2021) vem acompanhando esta matéria, promovendo o desenvolvimento de uma cultura europeia comum de segurança e defesa, assente nos valores e objetivos partilhados da União. Na sua Resolução de 25 de março de 2021 sobre a aplicação da Diretiva 2009/81/CE,

> […]Sublinha que a utilização sistemática pelos Estados-Membros das disposições relativas à exclusão, em particular as previstas no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), poderá prejudicar a plena e correta aplicação da Diretiva relativa aos contratos públicos no setor da defesa […]

e recorda de seguida

> […] as orientações interpretativas da Comissão no que se refere às condições em que o artigo 346.º do TFUE pode ser invocado no domínio dos contratos públicos no setor da defesa, que visam prevenir o recurso potencialmente abusivo a esta disposição, a sua utilização indevida e a interpretação incorreta por parte dos Estados-Membros […] (PE, 2021).

Esta derrogação apenas pode aplicar-se em casos bem delimitados, mediante uma avaliação casuística, em que deverá ser evidente e devidamente fundamentado:

- O interesse essencial de segurança em presença;
- A conexão entre esse interesse essencial de segurança e a decisão de contratação;
- A razão pela qual se justifica a não aplicação da diretiva em nome da proteção do interesse de segurança.

Os mais relevantes contratos, do maior programa de aquisição de equipamento militar celebrado em Portugal nos últimos 20 anos, designadamente, o das aeronaves KC-390[27] (RCM n.º 120/2019, de 29 de julho), foram celebrados com este enquadramento, conjugado com uma outra previsão legal, mais concretamente, com as regras processuais específicas de um acordo internacional e disposições acordadas entre um Estado-membro e um Estado terceiro, no caso o Brasil. Efetivamente, com estes contratos, esteve presente uma outra realidade do setor da Defesa, mais concretamente a dos programas de desenvolvimento cooperativo, enquanto fator de desenvolvimento da base tecnológica e industrial nacional para o setor aeronáutico. Nessa medida, este programa assumiu o papel de vetor mobilizador da dinamização do cluster aeronáutico nacional, permitindo o incremento da capacidade de empresas nacionais, ou localizadas em território português, no apoio às FFAA em resposta às suas necessidades operacionais e na prossecução dos interesses soberanos do Estado português.

A este propósito, de acordo com a RCM n.º 120/2019, de 11 de julho,

> […] os contratos a celebrar no quadro do programa de aquisição e sustentação das aeronaves KC-390 decorrem, em primeira linha, da participação portuguesa no programa de desenvolvimento e produção da aeronave, a qual tem por base acordos e disposições celebradas no quadro das relações bilaterais Portugal-Brasil […],

mas complementando e concluindo que "[…] importa assegurar os interesses essenciais de segurança e defesa do Estado Português, bem como reforçar a capacidade de transporte aéreo estratégico e tático das [FFAA] Portuguesas e a capacidade de apoio a missões de interesse público. […]".

Por último, temos a tipologia da contratação G2G. Esta tipologia é, certamente, a mais conhecida e divulgada de todas neste domínio dos contratos excluídos no setor da Defesa, muito por via dos instrumentos há muito implementados pelo Governo dos Estados Unidos da América

[27] Especificamente os três contratos assinados no dia 22 de agosto de 2019, em Évora, relativos à aquisição de cinco aeronaves KC-390 e um simulador de voo, dos serviços de sustentação logística das aeronaves (excluindo motor) e do simulador de voo e dos equipamentos de guerra eletrónica (EW Suite).

(EUA) nesta matéria, os "*Foreign Military Sales (FMS) Cases*"[28]. Os FMS são uma modalidade de assistência no âmbito de atividades de segurança e defesa, prevista no "*Arms Export Control Act* (AECA)", e um instrumento fundamental da política externa norte-americana. Contudo, será importante salientar que, qualquer contrato celebrado entre entidades governamentais de dois países, enquadra-se nesta tipologia.

Neste aspeto, a FA já celebrou, ou teve direta intervenção, contratos G2G nas duas qualidades de outorgante (como adquirente e como vendedor), porquanto é também este o enquadramento para os contratos de venda de equipamentos militares pelo Estado português. A este respeito, apontam-se dois exemplos, nomeadamente a alienação de 17 aeronaves F-16 à Roménia, com todos os bens e serviços associados, e a alienação de 2 aeronaves C-212-300 Aviocar ao Uruguai.

Um outro exemplo conhecido incide nas aquisições de bens militares fabricados nos EUA, desde logo as aeronaves (C-130H, P-3C, F-16), mas também os seus motores, componentes ou equipamentos de apoio, ainda que, para instalação em aeronaves, não sejam de fabrico norte-americano, contanto com todos os serviços associados.

Focando o estudo de caso das aquisições G2G, sublinha-se que, a identificação da possibilidade de celebração de um contrato excluído neste âmbito, não constitui uma permissão automática ou imediata para a sua concretização. Para além de outros aspetos que poderiam ser detalhados, há que tomar em consideração a comunicação da Comissão Europeia (CE) (2016) contendo orientações para a adjudicação de contratos G2G nos domínios da defesa e da segurança, com o intuito de disciplinar a utilização desta exclusão pelos Estados-Membros. O principal aspeto a retirar destas orientações, além de algumas clarificações doutrinárias, como por exemplo, o entendimento de "governo", é a previsão de que "[…] a decisão de adjudicar um contrato a outro governo deve ser precedida de uma análise adequada, que estabeleça claramente que […]" essa "[…] é a única ou a melhor opção para responder aos requisitos de contratação identificados pelo governo adquirente." (CE, 2016, p. C 450/3). A CE (2016, p. C 450/3) acrescenta, ainda, que, deverá ser determinado se a concorrência é inexistente ou impraticável, recomendando a documentação desta análise de modo a poder ser demonstrado[29], sempre que necessário, que a decisão tomada é justificada.

No caso da FA, a celebração de um FMS Case, para a contínua modernização das aeronaves F-16, é efetivamente a única opção. A razão prende-se com o facto de que, no âmbito do *Multinational Fighter Program* (MNFP)[30], o desenvolvimento das capacidades deste sistema de armas é efetuado através do F-16 *Systems Program Office* (F-16 SPO) da FA norte-americana (USAF), assegurando a sua interoperabilidade, conformidade e sustentabilidade. É, sem dúvida alguma, a melhor opção para a aquisição de sobressalentes para essas aeronaves, mediante a implementação de acordos do tipo *Cooperative Logistics Supply Support Arrangement* (CLSSA). Esses acordos permitem aceder aos inventários de sobressalentes geridos centralmente pela *Defense Logistics Agency* do Departamento da Defesa dos EUA, bem como ao inventário e aos

[28] Administrados pela *Defence Security Cooperation Agency*, podendo ser consultada em linha a atividade desta agência (https://www.dsca.mil/), que no ano fiscal de 2021 celebrou FMS Cases no montante de 34,81 biliões de dólares.
[29] Neste aspeto da Comunicação da Comissão, há claramente uma recordatória da competência dos órgãos comunitários em fiscalizar os procedimentos aquisitivos dos Estados-Membros.
[30] A que Portugal aderiu no ano 2000 e do qual fazem ainda parte os EUA, a Noruega, a Dinamarca, os Países Baixos e a Bélgica.

itens em reparação dos Depot orgânicos, em condições de preço iguais aos da USAF, ou da Marinha dos EUA, e com prazos de entrega muito reduzidos.

Ou seja, em todas as circunstâncias, há a necessidade de a entidade adjudicante fundamentar e documentar, de forma clara, a opção por um contrato excluído, para responder aos requisitos de contratação identificados pelo adquirente, nomeadamente quanto à necessidade e proporcionalidade das exclusões invocadas, atendendo às circunstâncias concretas de cada caso. Ora, esta necessidade de fundamentar e documentar a opção por contratação excluída materializa-se no apelo do PE (2021) para

> […] que se utilizem corretamente as isenções e os requisitos de compensação nas aquisições no setor da defesa, que limitam a concorrência leal no mercado europeu de equipamento de defesa, e, mais especificamente, [na solicitação de] um melhor acompanhamento e cumprimento da utilização correta da isenção referente às vendas governo a governo, em conformidade com a nota de orientação da Comissão, de 2016, sobre as vendas governo a governo e sobre a aplicação da Diretiva relativa aos contratos públicos no setor da defesa […].

Tipos de procedimentos

Naturalmente, o regime jurídico constante do DL n.º 104/2011, de 6 de outubro, não prevê apenas os contratos excluídos.

De uma forma em tudo idêntica ao estatuído no CCP, aquele diploma prevê os tipos de procedimentos pré-contratuais que podem ser adotados, tendo em alguns deles o apelo à concorrência.

De acordo com o artigo 14.º do DL n.º 104/2011, estão previstos os seguintes procedimentos, e apenas estes:

- Procedimento por negociação, com publicação de anúncio de concurso;
- Procedimento por negociação, sem publicação de anúncio de concurso;
- Diálogo concorrencial;
- Concurso limitado por prévia qualificação.

Destes, poderão ser escolhidos dois procedimentos segundo critérios materiais, nomeadamente:

- O procedimento por negociação, sem publicação de anúncio de concurso;
- O diálogo concorrencial.

Por força da remissão do n.º 2 do artigo 14.º do DL n.º 104/2011, aplica-se ao diálogo concorrencial o regime previsto no CCP, nos seus exatos termos.

Já quanto ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, pode ser caracterizado como equivalente ao ajuste direto do CCP (DL n.º 111-B/2017), desde logo porque, em ambos os casos, a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha, para que esta apresente uma proposta. Mas também porque, analisado o elenco das situações em que o procedimento por negociação sem publicação de anúncio pode ser escolhido, constante dos artigos 16.º a 20.º do DL n.º 104/2011, é possível encontrar, no essencial, a cópia das mesmas situações acolhidas nos artigos 24.º a 27.º do CCP (DL n.º 111-B/2017). Todavia, e para citar apenas alguns exemplos, esta escolha só é possível quando:

- Os anteriores procedimentos tenham ficado desertos ou todas as propostas tenham sido excluídas;
- Existam situações de urgência imperiosa resultantes de acontecimentos imprevisíveis;
- Subsistam motivos técnicos ou atinentes à proteção de direitos exclusivos; ou
- Se mantenham previstas entregas complementares efetuadas pelo fornecedor inicial.

Porém, existem diferenças entre ambos, sendo a principal diferença relativa à existência de uma fase de negociação da proposta apresentada. Com efeito, no elenco das possibilidades de escolha do procedimento por negociação sem publicação de anúncio, encontram-se algumas previsões que não integram o elenco do CCP, mas estão perfeitamente justificados pelo objeto do diploma, como é o caso da prestação de serviços de transporte marítimo ou aéreo, destinados às FFAA que vão ser destacadas para fora do território nacional (Cfr. artigo 20.º do DL n.º 104/2011). Mas também, para além casos de urgência imperiosa perfeitamente documentados na doutrina e na jurisprudência nacional[31], subsiste a possibilidade de escolher o procedimento por negociação sem publicação de anúncio se a urgência for decorrente de uma situação de crise, não compatível com os prazos exigidos pelos procedimentos do tipo concursal (Cfr. alínea c) do artigo 16.º do DL n.º 104/2011). Tal possibilidade é perfeitamente compreensível e aceitável, atenta a finalidade das FFAA de empenhamento de forças em cenários imprevisíveis, para a qual é fundamental obter os meios necessários para um incremento da atividade operacional e para o rápido aprontamento dos sistemas de armas.

Assim, e à semelhança do que é a normal dicotomia do regime geral da CP, também no setor da Defesa se impõe uma avaliação e um equilíbrio permanentes, entre o recurso a procedimentos submetidos e não submetidos à concorrência.

Em bom rigor, o vocábulo "concorrência", tem vindo a ser crescentemente utilizado como paradigma da CP, muitas vezes como se se tratasse do único paradigma. Considerando-se apenas os princípios aplicáveis à CP e à atividade administrativa de todos os entes públicos, note-se que são igualmente aplicáveis, entre outros, os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público.

Na atividade administrativa, o princípio da legalidade defende uma atuação jurídico-administrativa subordinada à lei, tendo sempre por base uma norma jurídica que habilite essa mesma atuação.

Em resumo, e de acordo com o estipulado no artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) (DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro), os entes públicos apenas podem fazer aquilo que, de forma expressa e prévia, a lei autorize, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins.

Quanto à prossecução do interesse público, os entes públicos só podem prosseguir os interesses públicos especificamente definidos por lei, para cada atuação administrativa concreta, e não os interesses privados.

Especificamente, a CP tem como objetivo principal o fim público que a celebração do contrato visa prosseguir, como sejam, por exemplo, a satisfação da necessidade de reparação de componentes para o aprontamento de uma aeronave, a construção ou beneficiação de determinada infraestrutura para a instalação de uma esquadra de voo, a aquisição dos

[31] *Cfr.*, entre outros exemplos possíveis, o entendimento do TdC plasmado no seu Acórdão n.º 40/2014 - 1.ª S/SS, de 10 de novembro.

equipamentos e sistemas de comunicação e informação necessários ao exercício do comando e controlo. Através da celebração de um contrato público, os órgãos administrativos asseguram a concretização da tarefa administrativa de satisfação do interesse público, pelas entidades com as quais foi celebrado o contrato, recorrendo a estes privados, por questões de interesses e necessidades coletivas, aos quais estão obrigados a prosseguir e satisfazer. Mormente, o interesse público é o que legitima o contrato.

Complementando a dimensão estritamente jurídica com a dimensão financeira, uma vez que qualquer contrato público origina despesa pública (e daí já alguns autores afirmarem toda uma dimensão do interesse público financeiro), constata-se que, de acordo com o plasmado no artigo 18.º da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro), a realização de despesa está sujeita aos princípios orçamentais da economia, eficiência e eficácia, assim qualificados pela:

- Utilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público;
- Promoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa; e
- Utilização dos recursos mais adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar.

Os critérios de eficiência e economicidade subjacentes aos respetivos princípios, foram incluídos, em 2015, no princípio da boa administração, na revisão do CPA desse ano, embora anteriormente fossem apresentados como uma decorrência do princípio da prossecução do interesse público, supramencionado.

O que consta do bloco legislativo da CP em Portugal, onde tem lugar de destaque o CCP enquanto diploma estruturante, mas também o DL n.º 104/2011, de 6 de outubro, é a harmonização entre os princípios da economicidade e eficiência na atividade de AP, a concorrência e a igualdade de oportunidades no acesso aos contratos públicos. Tais desideratos são alcançáveis mediante a previsão de exceções à utilização dos procedimentos concorrenciais abertos, admitindo-se a existência de situações em que não se justifica, ou não é possível, desenvolvê-los. Porém, sempre que a lei estabelece exceções aos procedimentos concorrenciais mais abertos, é fundamental elevar o nível de rigor e exigência na interpretação e na aplicação dessas exceções.

Assim, cumprido o pressuposto do princípio da legalidade, pela existência de uma norma jurídica que habilite a escolha de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso e pela fundamentada escolha desse procedimento como a mais adequado para a satisfação do interesse público que legitima o contrato, estão reunidas as condições para que não restem dúvidas da decisão tomada, nem alegar que a concorrência é um valor superior. O procedimento deverá, pois, prosseguir com o mínimo de recursos para atingir o resultado, tomando como exemplo, a indução da aeronave na estação reparadora para a realização das ações de manutenção programada.

A lei define as condições da atuação dos agentes administrativos, determinando as tarefas e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas. Estas condições são materializadas no dever de fundamentação dos atos administrativos, que visa o perfeito esclarecimento dos destinatários sobre o percurso cognoscitivo e valorativo seguido pelo órgão

decisor, dando-lhes a conhecer os motivos ou as razões pelas quais se pratica o ato. Conforme previsto nos artigos 161.º e 162.º do CPA (DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro), a fundamentação deverá ser expressa, através da exposição dos fundamentos de facto e de direito que estão na base da decisão, enunciando, igualmente, as finalidades que o ato visa prosseguir. Estando em causa a realização de despesa pública, impõe-se o escrutínio da atividade dos entes públicos, para que seja possível, por esta via, aos órgãos fiscalizadores, máxime ao TdC, proceder a um controlo em relação à despesa que é realizada, aferindo da oportunidade, necessidade e, sobretudo, legalidade do contrato.

Como em qualquer área da atividade administrativa, a pedra de toque consiste precisamente na adequada ponderação dos interesses em presença.

No caso específico da FA, para se fundamentar a escolha do procedimento em função dos critérios materiais, conforme previsto pelo DL n.º 104/2011 e de acordo com o referido anteriormente, assume particular relevo a exclusividade técnica decorrente da proteção de direitos exclusivos, nomeadamente quando apenas se pode contratar o fabricante do componente, sistema, equipamento, motor ou mesmo aeronave. Este aspeto é essencial por ser a única entidade que, em cumprimento das normas aplicáveis em matéria de aeronavegabilidade, pode fornecer o bem em questão ou executar os trabalhos de inspeção, reparação, revisão geral ou modernização. Esses trabalhos requerem, cada vez mais, um alto nível de capacidades técnicas, mão-de-obra especializada, disponibilização de publicações técnicas pertinentes, ferramentas especiais, equipamento auxiliar específico e acesso às quantidades necessárias de matéria prima e material sobresselente de origem certificada, que apenas os fabricantes, ou as entidades por estes devidamente autorizadas, estão em condições de reunir.

Para finalizar, como último estudo de caso, é importante recentrar esta discussão na dimensão da concorrência, que deve ser, efetivamente, o ponto de partida para a satisfação das necessidades de qualquer entidade, inclusivamente no domínio da defesa e segurança.

Um perfeito exemplo, onde esta dimensão concorrencial tem aplicação, é a aquisição de novos sistemas de armas, como foi o recente caso da substituição dos veneráveis helicópteros Alouette III, que se concretizou através de um procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso.

Já havia sido por esta tramitação procedimental, embora no quadro legislativo anterior[32], que haviam sido adquiridos os helicópteros EH-101 (para substituição dos SA-330 Puma) e as aeronaves C-295M (para substituição dos C-212 Aviocar). Também foi por esta via que a FA passou a contar, no seu sistema de forças, com os novos helicópteros ligeiros AW119MkII Koala, do fabricante Leonardo – Societá per Azioni, num procedimento que se evidenciou relativamente rápido, desmistificando alguns preconceitos sobre a morosidade e complexidade inerentes a esta contratação.

Constituiu objeto do procedimento pré-contratual a aquisição de cinco helicópteros ligeiros monomotor (com a opção de mais dois), a coberto do Despacho n.º 337/2017, de 7 de março, do Ministro da Defesa Nacional, que autorizou a contratação e a respetiva realização da despesa pela adoção do procedimento de negociação com publicação de anúncio de concurso. Neste procedimento, foram recebidas duas propostas, dos concorrentes Airbus e Leonardo, que foram analisadas e, sobre as quais, foram pedidos esclarecimentos sobre o teor das mesmas.

[32] Constante do DL n.º 33/1999, de 5 de fevereiro.

Como é habitual, face ao objeto e montante em causa, houve uma pronúncia em sede de audiência prévia do concorrente preterido. Da decisão de admissão e passagem à fase de negociação de apenas uma proposta, tomada em 24 de setembro de 2017, como também seria expectável, ocorreu a impugnação graciosa do concorrente preterido que teve de ser decidida. Só depois foi possível avançar para a negociação da proposta admitida a essa fase, que culminou na adjudicação em 20 de dezembro e a subsequente assinatura do contrato no dia 27 de dezembro de 2017.

Se numa reflexão preliminar se poderá alegar que o prazo de cerca de dez meses para esta tramitação é muito demorado, os especialistas destas matérias defenderão o contrário. Em todo o caso, a celeridade e a conclusão, com sucesso da tramitação dos procedimentos pré-contratuais em reduzidos períodos de tempo, embora não seja de fácil resolução, é um desafio que perpassa por toda a atividade de CP, incluindo no setor da Defesa.

Conclusão

Em conclusão, a CP nos domínios da defesa e da segurança reveste-se de especificidades, não apenas em função do objeto dos fornecimentos, mas também por seguir um regime jurídico específico, distinto do CCP, baseado numa diretiva que necessitou de ser transposta para o ordenamento jurídico nacional. Foi possível analisar os traços gerais desse diploma, o DL n.º 104/2011, de 6 de outubro, o seu âmbito de aplicação e nos instrumentos que disponibiliza às FFAA e Forças de Segurança, enquanto entidades adquirentes, para satisfazerem as respetivas necessidades de aquisição de equipamento militar ou obras públicas, e de bens e serviços diretamente relacionados com esse equipamento.

Foram elencadas as tipologias de contratos excluídos mais utilizadas na FA, com especial destaque para os contratos destinados à proteção dos interesses essenciais da segurança do Estado português, abrangidos pelo disposto no artigo 346.º do TFUE, e para os contratos adjudicados ao governo de outro Estado, enunciando os termos a seguir para proceder à sua aplicação com segurança jurídica, dentro dos limites e assente nas recomendações que, sobre esta matéria, as instâncias comunitárias têm emitido.

Percorreram-se os procedimentos pré-contratuais tipificados neste regime jurídico, que são distintos dos previstos no CCP, e, para finalizar, promoveu-se o esclarecimento, de forma dialética, dos grandes princípios em jogo, refletindo sobre a necessidade de uma adequada ponderação dos interesses em presença, concretizados mediante uma avaliação e equilíbrio permanentes entre o recurso a procedimentos sumbetidos e não submetidos à concorrência.

Referências Bibliográficas

Comissão das Comunidades Europeias (2004). *Livro Verde sobre contratos públicos no setor da defesa* (COM(2004)608 final). Bruxelas: Autor.

Comissão Europeia (2016). *Comunicação da Comissão sobre as orientações para a adjudicação de contratos governo a governo nos domínios da defesa e da segurança [artigo 13.º, alínea f), da Diretiva n.º 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho]*. Jornal Oficial da União Europeia, C 450/1 a C 450/5. Bruxelas: Autor.

Conselho de Chefes de Estado-Maior (2014). *Missões das Forças Armadas*. Lisboa: Ministério da Defesa Nacional.

Conselho Europeu (2020). *Lista Militar Comum da União Europeia, adotada pelo Conselho em 17 de fevereiro - equipamento abrangido pela Posição Comum 2008/944/PESC do Conselho que define regras comuns aplicáveis ao controlo das exportações de tecnologia e equipamento militares - atualiza e substitui a Lista Militar Comum da União Europeia adotada pelo Conselho em 18 de fevereiro de 2019 (PESC)* (2020/C 85/01). Jornal Oficial da União Europeia, C 85/1 a C 85/37. Bruxelas: Autor.

Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro (2011). *Estabelece a disciplina aplicável à contratação pública nos domínios da defesa e da segurança e transpõe a Diretiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho*. Diário da República, 1.ª Série, 192, 4584 a 4597. Lisboa: Ministério da Defesa Nacional.

Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (2017). *Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Público*s. Diário da República, 1.ª Série, 168, 5250-(1894) a 5250-(2052). Lisboa: Ministério do Planeamento e das Infraestruturas.

Decreto-Lei n.º 33/1999, de 5 de fevereiro (1999). *Aprova o regime jurídico das aquisições no domínio de defesa abrangidas pelo artigo 223.º, n.º 1, alínea b), do Tratado de Roma*. Diário da República, 1.ª Série-A, 30, 668 a 675. Lisboa: Ministério da Defesa Nacional.

Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro (2015). *Aprova o novo Código do Procedimento Administrativo (legislação consolidada)*. Diário da República, 1.ª Série, 4, 50 a 87. Lisboa: Ministério da Justiça.

Despacho n.º 10788/2018, de 10 de outubro (2018). *Autoriza a contratação e a realização da despesa com a aquisição dos serviços de modificação das aeronaves C-130H da Força Aérea para se cumprir com os requisitos exigidos pela regulamentação do Céu Único Europeu*. Diário da República, 2.ª Série, 224, 30995 a 30996. Lisboa: Ministro da Defesa Nacional.

Despacho n.º 337/2017, de 7 de março (2017). *Autoriza a despesa para a aquisição de cinco helicópteros ligeiros monomotor, a adoção do procedimento de negociação com publicação de anúncio de concurso e a alienação das aeronaves ALIII*. Diário da República, 2.ª Série, 79, 7624 a 7625. Lisboa: Ministério da Defesa Nacional.

Diretiva n.º 2009/81/CE, de 13 de julho (2009). *Regula a coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança e altera as Diretivas n.º 2004/17/CE e n.º 2004/18/CE*. Jornal Oficial da União Europeia, L 216/76 a L 216/136. Bruxelas: Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia.

Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro (2015). *Aprova a Lei de Enquadramento Orçamental*. Diário da República, 1.ª Série, 178, 7566 a 7584. Lisboa: Assembleia da República.

Parlamento Europeu (2021). *Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de março de 2021, sobre a aplicação da Diretiva n.º 2009/81/CE relativa aos contratos públicos nos domínios da defesa e da segurança e da Diretiva n.º 2009/43/CE sobre a transferência de produtos relacionados com a defesa (2019/2204(INI))* (P9_TA(2021)0102). Bruxelas: Autor.

Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1950, de 10 de novembro (2021). *Altera a Diretiva n.º 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos limiares para os contratos de fornecimento, os contratos de serviços e os contratos de empreitada*. Jornal Oficial da União Europeia, L 398/19 a L 398/20. Bruxelas: Comissão da União Europeia.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 120/2019, de 29 de julho (2019). *Autoriza a realização da despesa para a aquisição de cinco aeronaves KC-390 e de um simulador de voo ao consórcio constituído pela Embraer, S. A., e Embraer Portugal, S. A.*. Diário da República, 1.ª Série, 143, 10 a 12. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2013, de 05 de abril (2013). *Aprova o Conceito Estratégico de Defesa Nacional*. Diário da República, 1.ª série, 67, 1981-1995. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2008, de 24 de janeiro. (2008). *Autoriza a realização da despesa inerente à celebração de um contrato de aquisição de serviços de assistência técnica, manutenção, reparação e ou modificação de aeronaves, seus motores e respetivos órgãos ou equipamentos, componentes, sistemas e subsistemas associados, que a Força Aérea venha a encomendar*. Diário da República, 1.ª Série, 34, 1071 a 1072. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2018, de 12 de abril (2018). *Autoriza a contratação e a realização da despesa de aquisição dos serviços de manutenção e reparação das aeronaves C-130H e P-3C da Força Aérea, seus motores e respetivos órgãos ou equipamentos, componentes, sistemas e subsistemas associados, para o quadriénio 2018 -2021, mediante a celebração de um contrato com a OGMA*. Diário da República, 1.ª Série, 81, 1702 a 1703. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros.

Tribunal de Contas (2014). *Relatório de fiscalização prévia do contrato celebrado entre a ANPC e o consórcio INAER PT – INAER ES (INAER) para a aquisição de serviços de manutenção, operação e locação de aviões anfíbios pesados complementares* (Acórdão n.º 40/2014, de 10 de novembro - 1.ª S/SS). Lisboa: Autor.

Tribunal de Justiça da União Europeia (2008). *Acórdão sob o Processo C-337/05, no qual a Comissão das Comunidades Europeia pede ao Tribunal de Justiça que declare que a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das diretivas europeias* (Acórdão de 8.4.2008 - Processo C-377/05). Luxemburgo: Autor.

União Europeia (2016). *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada) - Organiza o funcionamento da União e determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências*. Jornal Oficial da União Europeia, C 202/47 a C 2020/200. Bruxelas: União Europeia.

Nota de encerramento

Capitão-de-Mar-e-Guerra Nuno Filipe Cortes Lopes
Coordenador da Área de Ensino de
Comportamento Humano e Administração de Recursos do
Departamento de Estudos Pós-Graduados do Instituto Universitário Militar

Como mencionado no início deste Seminário por Sua Excelência o Comodoro João Paulo Ramalho Marreiros, Chefe do Centro de Investigação e Desenvolvimento do Instituto Universitário Militar, e brilhantemente apresentado por todos os que nos quiseram dar a honra de partilhar a sua experiência e visão, a credibilidade da IM assenta em vários pilares, tais como os valores, a ética e o espírito de missão, nos quais se incluem também as suas boas práticas no seio da AP, nomeadamente em termos de CP.

Com efeito, a CP encontra-se sujeita a vários riscos, tanto com origem em agentes públicos, como em agentes privados, que se procuram eliminar ou mitigar, através do cumprimento de normas e regulamentos internos, promovendo assim a transparência e a concorrência procedimental, não apenas aos olhos de quem pretenda contratar com as FFAA e a GNR, mas, acima de tudo, aos olhos da sociedade portuguesa.

Concomitantemente, a CP acarreta enormes desafios para a IM, quando estão em causa aspetos de segurança de pessoas e bens, de emergência e de salvaguarda da vida humana.

E é sobre estes e todos os desafios abordados no Seminário que urge refletir, incorporando os conhecimentos adquiridos e as boas experiências e práticas partilhadas, transformando-os em oportunidades que conduzam a uma maior compreensão e capacitação de todos os intervenientes no processo, potenciando a racionalização e superação das dificuldades, nomeadamente financeiras, materiais e ao nível dos recursos humanos, para a sustentação e incremento do desempenho da IM.

Neste âmbito, e para terminar, exorta-se a todos os militares das FFAA e da GNR que, no exercício das suas funções, materializem este conhecimento e experiência partilhada nos demais procedimentos concursais e, simultaneamente, se sintam inspirados e estimulados a melhorar os procedimentos existentes, uma vez que a IM também é uma instituição viva que sabe valorizar e recriar as suas fundações, sempre numa perspetiva de melhoria e adaptação contínua ao futuro, que rapidamente se torna presente e passado.

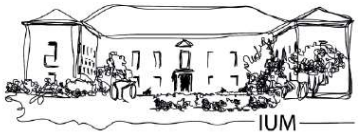
Posfácio de Coordenadores[33]

Nuno Filipe Cortes Lopes é Capitão-de-mar-e-guerra da Marinha Portuguesa. É licenciado em Ciências Militares Navais-Marinha, pela Escola Naval, tendo-se especializado em Armas Submarinas. Prestou serviço no navio São Miguel, onde em 1991 participou na Operação *Granby*, no golfo pérsico. Embarcado na fragata Roberto Ivens, participou em 1992 nas Operações *Sharp Vigilance e Sharp Guard*. Na fragata Álvares Cabral, desempenhou o cargo de Chefe do Departamento de Operações e participou em vários exercícios nacionais e da NATO. Foi oficial do Estado-Maior da Força Naval Portuguesa. Comandou dois navios, o patrulha Geba e a fragata Corte-Real, nos quais participou em inúmeras missões. No Comando Naval, assumiu a função de Chefe da Secção de Exercícios. Foi Oficial de Operações no Comando Marítimo da NATO Response Force, em Rota, Espanha. No Estado-Maior da Armada, exerceu a função de oficial responsável pelas Relações Internacionais. Prestou serviço no Gabinete do Almirante CEMA, como Assessor do Almirante Chefe do Estado-Maior da Armada, e foi Coordenador do Comando-Geral da Polícia Marítima. Antes do ingresso no CPOG 2019/2020, era Comandante da Zona Marítima do Sul, e em acumulação, Chefe do Departamento Marítimo do Sul, Capitão do Porto de Faro, Comandante Regional da Polícia Marítima do Sul e Comandante Local da Polícia Marítima de Faro. Atualmente está colocado no Instituto Universitário Militar, como Coordenador da Área de Ensino de Comportamento Humano e Administração de Recursos do Departamento de Estudos Pós-Graduados. Em acumulação, é orientador e membro de júris de trabalhos de investigação do Curso de Promoção a Oficial General.

Bruno Alexandre Soares Mercier é Capitão-Tenente da Marinha Portuguesa. É licenciado em Ciências Militares Navais, pela Escola Naval, especializado em Administração Naval; pós-graduado em Gestão de Projetos, pelo ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa; pós-graduado em Ciências Militares – Segurança e Defesa, pelo Instituto Universitário Militar (IUM). Para além dos cursos curriculares de carreira, está habilitada com o Curso de Introdução à Comunicação Social. Como Oficial subalterno, exerceu funções de Chefe do Serviço de Abastecimento a bordo do NRP Álvares Cabral, de Chefe do Serviço de Aprovisionamento e Património do Instituto Hidrográfico, de Chefe do Serviço de Abastecimento da Base de Fuzileiros, Adjunto do Chefe do Gabinete de Tecnologias Educativas da Escola de Tecnologias Navais, de Consultor Interno da Área de Logística na Direção de Serviços de Sistemas de Informação na Secretaria-Geral do Ministério da Defesa Nacional e de Consultor Interno da Área de Logística e Adjunto do Chefe do Gabinete de Organização, Controlo e Auditoria da Direção de Abastecimento. Como Oficial superior, foi Consultor Interno da Área Financeira na Direção de Serviços de Sistemas de Informação na Secretaria-Geral do Ministério da Defesa Nacional e Chefe do Departamento de Logística do NRP Corte Real. Atualmente está colocado no IUM como docente na Área de Ensino do Comportamento Humano e Administração de Recursos do Departamento de Estudos Pós-Graduados, sendo responsável pela Unidade Curricular (UC) de "Gestão das Organizações"; presta apoio à docência das UC de "Comando e Liderança", de "Comunicação e Relações Públicas" e de "Comportamento Organizacional"; presta apoio à docência do Curso de Introdução à Comunicação Social e da formação em "Comunicação e Interação com os Media". É coautor do artigo "Apoio das Forças Armadas às Operações de Proteção Civil num cenário de catástrofe resultante de um incêndio florestal em Território Nacional", publicado no IUM Atualidade, e do artigo "Os Serviços de Assistência na Doença dos Militares", publicado nos Cadernos do IUM. É orientador de trabalhos de investigação de alunos de pós-graduação e a frequentar cursos curriculares de carreira.

[33] Os coordenadores estão ordenados por ordem de antiguidade.

Endereço eletrónico: cidium@ium.pt
Telefone : (+351) 213 002 100 | Fax: (+351) 213 002 162
Morada: Rua de Pedrouços, 1449-027 Lisboa



Capa
Composição gráfica
Tenente-coronel TINF Rui José da Silva Grilo
Sobre aguarela de
Tenente-general Vítor Manuel Amaral Vieira