

Estudos de Homenagem a Mário Esteves de Oliveira

Errata

2017

ESTUDOS DE HOMENAGEM
A MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA
Errata

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, nºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

ISBN ORIGINAL

978-972-40-7107-7

novembro, 2017

PÁGINA INTERNET DO LIVRO

http://www.almedina.net/catalog/product_info.php?products_id=41942

A Crescente Relevância da Fase de Preparação dos Procedimentos de Formação de Contratos Públicos – Breves Notas à Luz da Diretiva 2014/24/UE*

JORGE FARIA LOPES**

Nota introdutória. Indicação de sequência

Se, em rigor, a decisão de contratar¹ “nasce de algo que a antecede, porque tem de ser preparada”², parece-nos oportuna a reflexão sobre alguns aspetos

* Com este artigo procura-se delimitar a relevância jurídica da fase de preparação dos procedimentos de formação de contratos públicos no renovado enquadramento de objetivos, princípios e normas da Diretiva 2014/24/UE. Sugere-se, ainda, de forma necessariamente prospetiva, um “esboço” do que esta fase preparatória poderá consubstanciar na sistemática do Código dos Contratos Públicos, atenta a futura transposição daquela Diretiva para o ordenamento jurídico português.

O texto foi redigido no seguimento da frequência da *Public Procurement Summer School – The New EU Directives* que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola do Porto), entre 7 e 11 de setembro de 2015. Após o amável convite que me foi endereçado para participar nesta obra de homenagem, foi atualizado e revisto, tendo sido introduzidas ligeírrimas alterações.

** Advogado. Mestre em Direito Administrativo e Contratação Pública pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

¹ Sobre o conteúdo específico da decisão de contratar, enquanto ato administrativo que determina o início do procedimento de formação de contratos públicos, veja-se SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra Almedina, 1987, p. 664; TIAGO DUARTE, “A Decisão de Contratar no Código dos Contratos Públicos: *Da Idade do Armário à Idade dos Porquês*”, Estudos de Contratação Pública, I, Coimbra Editora, p. 148-180; MIGUEL ASSIS

relativos à ‘preparação’ dos procedimentos de formação de contratos públicos que agora surge prevista na epígrafe da Secção I do Capítulo III, sob a epígrafe ‘Condução do procedimento’, da Diretiva 2014/24/UE³.

Não sendo a ‘preparação’ dos procedimentos pré-contratuais um tema que tenha merecido particular atenção por parte da doutrina e, também, da jurisprudência portuguesa e das instâncias europeias, poder-se-á considerar que aquela encerra uma realidade tendencialmente inócua no plano jurídico. Neste sentido dir-se-á, porventura, que a inserção do termo ‘preparação’ na nova Diretiva revela somente uma perspetiva *utilitarista* de “arrumação” de preceitos legais, sem qualquer densidade jurídica; ou, ainda, uma atividade do foro estritamente interno das entidades adjudicantes dos Estados-Membros da União Europeia que pouco interesse suscita no espaço de diálogo científico sobre as questões que a reforma do direito europeu da contratação pública de 2014 coloca e que têm vindo a ser identificadas pela doutrina. Porém, não pensamos que assim seja.

Na verdade, e como procuraremos demonstrar numa perspetiva essencialmente problematizante, a inserção do termo ‘preparação’ na nova Diretiva dos setores clássicos pode revelar, em ampla medida, a *teleologia* da reforma de 2014, e constitui, em nosso entender, uma inovação verdadeiramente *estruturante* da tramitação geral dos procedimentos de formação de contratos públicos.

RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013, p.771; PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, p. 175.

² Conforme ensina SÉRVULO CORREIA em *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 664. O Ilustre Autor aborda, de forma ímpar, a génese jurídica da decisão de contratar, “desbravando caminho” na sua delimitação jurídica. Aqui, além de pretendermos, em modesto contributo, suscitar a continuidade de “consciencialização” da importância teórica e prática da génese jurídica da decisão de contratar, propomo-nos fazê-lo à luz da nova Diretiva dos setores clássicos, tentando, na economia do presente texto, encontrar a génese desta aparente fase preparatória (portanto, *prévia* ao procedimento pré-contratual), tendo em vista uma melhor perspetiva do que a mesma pode representar no ordenamento jurídico português.

³ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos dos setores clássicos, e que, nos termos do disposto na norma do n.º 1 do artigo 91.º, revoga a Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de março de 2004, com efeitos a partir de 18 de abril de 2016. A *preparação* surge na epígrafe da Secção I do Capítulo III, designado “Condução do Procedimento”.

Esta Diretiva contempla, no seu extensíssimo e, não raras vezes, redundante e ambíguo⁴ leque de considerandos, uma *renovada*⁵ apresentação de objetivos de política da União Europeia e de princípios jurídicos da contratação pública. Esta renovação parece encontrar a sua origem programática na estratégia ‘Europa 2020’⁶ definida pela Comissão Europeia e cristaliza, em parte, a jurisprudência⁷ dimanada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ao longo dos anos. Por virtude deste renovado contexto de objetivos políticos e princípios jurídicos, não imune a dúvidas e apreensões, reforça-se, estamos em crer, a regulamentação legal de matérias a ser consideradas pelas entidades adjudicantes dos Estados-Membros numa – aparentemente consagrada – *fase preparatória* do procedimento pré-contratual, ou seja, “a montante” do seu início.

Assim, num primeiro e segundo passos do texto, veremos, por um lado, *em que medida* os renovados objetivos e princípios da Diretiva *envolvem e justificam* a previsão legal europeia da ‘preparação’ dos procedimentos pré-contratuais e, por outro, quais os aspetos substantivos de regime que nesta parecem estar incluídos.

Considerando o atual momento de reflexão sobre os desafios colocados pela transposição das novas Diretivas de contratação pública, pensamos ser também pertinente abordar, ainda que de forma necessariamente sucinta, algumas questões relativas ao espaço – segundo cremos, tendencialmente *alargado* – de relevância jurídica que a preparação dos procedimentos pré-contratuais pode ocupar no ordenamento jurídico português, na sequência desta reforma.

Portanto, num terceiro e último passo do texto, procuramos *(i)* situar, nos planos cronológico e funcional, a preparação dos procedimentos de formação de contratos públicos, *(ii)* densificar o significado técnico-jurídico do que seja esta “fase de preparação”, *(iii)* perspetivar o que a mesma pode consubstanciar, após a transposição da Diretiva, na sistemática do Código dos Contratos Públi-

⁴ Ambiguidade que resulta evidente, por exemplo, das incongruências entre as matérias constantes dos considerandos e das normas da Diretiva. Neste sentido, STEEN TREUMER, “Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive”, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, European Procurement Law Series, FRANCOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA & STEEN TREUMER (Eds.), DJOF Publishing, 2014, p. 20-25.

⁵ Opta-se pelo termo “renovada”, uma vez que, em nosso entender e como será adiante desenvolvido, existe, de facto, uma inovação de conteúdos matizada pela *continuidade* de muitos *objetivos políticos comunitários e princípios jurídicos* consagrados na Diretiva 2004/18/CE.

⁶ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, Bruxelas, 2010, disponível em http://ec.europa.eu/index_pt.htm.

⁷ Para uma exposição sumária sobre a relação entre a nova Diretiva e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, veja-se STEEN TREUMER, “Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive”, *Modernising Public Procurement*, ob. cit., p. 17-20.

cos⁸ (CCP), (iv) enunciar a necessidade e a oportunidade da sua consagração autonomizada na sistemática do Código, (v) apurar da sua possível interferência na definição do momento inicial do procedimento pré-contratual para efeitos de aplicação da lei no tempo e, por último, (vi) identificar a suscetibilidade de determinados atos preparatórios serem considerados destacáveis para efeitos de controlo e sindicabilidade.

Apenas tomamos em consideração nestas breves notas a regulamentação da Diretiva 2014/24/UE pela simples razão de que é neste instrumento de direito derivado da União Europeia que surge agora prevista a ‘preparação’ dos procedimentos pré-contratuais. Sem prejuízo do referido, parece-nos que as ilações que retiramos neste texto são extensíveis, com as adaptações que se imponham, à regulamentação constante das novas Diretivas⁹ referentes aos contratos públicos dos setores especiais e dos contratos de concessão.

1. A Diretiva 2014/24/UE: o objetivo da eficiência e a acrescida natureza instrumental da contratação pública

1.1. A análise dos documentos preparatórios¹⁰ da reforma operada pela Diretiva 2014/24/UE permite encontrar as metas políticas da União Europeia que sustentam o renovado direito europeu da contratação pública. Daquele acervo documental pontifica, como elemento estruturante, a Comunicação¹¹ da Comis-

⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/01, com as alterações introduzidas pela Retificação n.º 18-A/2008, de 28/03, Lei n.º 59/2008, de 11/09, Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11/09, Decreto-Lei n.º 278/2009, de 02/10, Lei n.º 3/2010, de 27/04, Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14/12, Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12/07, e Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02/10.

⁹ A Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos dos setores especiais e a nova Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos de concessão.

¹⁰ Cf., entre outros, UNIÃO EUROPEIA – COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, Bruxelas, 2011; UNIÃO EUROPEIA – COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Acto para o mercado único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua “Juntos para um novo crescimento”*, Bruxelas, 2011; Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE — Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa; EUROPEAN UNION – EUROPEAN COMMISSION, *Explanatory Memorandum – Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council*, Brussels, 2011; todos disponíveis em http://ec.europa.eu/index_pt.htm.

¹¹ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, ob. cit. Invoca-se nesta comunicação que a visão da economia social de mercado da União Europeia para a próxima década assenta em três prioridades: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação, promover uma economia hipocarbónica, que utilize eficazmente

são Europeia sobre a estratégia ‘Europa 2020’, da qual nos parece ser possível extrair a *motivação política* que acaba, inelutavelmente, por enformar os principais objetivos da reforma: a necessidade de ultrapassar a crise¹² económica, financeira e social disseminada pela maioria dos Estados-Membros da União Europeia.

Tendo em vista a recuperação da economia, a consolidação orçamental e a sustentabilidade das finanças públicas dos Estados-Membros proclama-se, em matéria de contratos públicos, a necessidade de ser alcançada “a *eficiência* e a *qualidade* dos serviços prestados”¹³ e prosseguida “[a] política em matéria de contratos públicos [que garanta] a *optimização da utilização dos fundos públicos*”¹⁴ no mercado da União Europeia¹⁵.

Este particular contexto programático de “recuperação da crise” justifica o destaque conferido, posteriormente, pela Comissão Europeia no Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da União Europeia, ao objetivo da *eficiência* e à *utilização estratégica*¹⁶ da contratação pública como *instrumentos de prossecução das políticas europeias de recuperação inteligente, sustentável e*

os recursos e seja competitiva, e fomentar uma economia com níveis elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial.

¹² Sobre a origem da conjuntura económica e financeira agravada da atualidade, veja-se CARMEN M. REINHART e KENNETH S. ROGOFF, *This Time is Different – Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, 2009. A “contaminação” do regime jurídico da contratação pública pelas “marcas traumáticas” da crise económica, financeira e social presente em muitos Estados Membros da União Europeia reflete um regime de direito que *exprime e atualiza* os valores da realidade. Neste sentido, veja-se MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, ob. cit., p. 351. Neste âmbito, sobre a ordem jurídica como “realidade histórica”, veja-se, entre outros, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 11ª Edição, 2001, p. 45.

¹³ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, ob.cit., ponto 4.3., p. 30.

¹⁴ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, ob.cit., ponto 4.3., p. 30.

¹⁵ Também são enunciados na Comunicação aspetos ‘paralelos’, acessórios ou instrumentais àquele que consideramos ser o principal objetivo – a recuperação da economia e das finanças dos Estados Membros. Neste sentido, destaca-se a importância de alcançar o desenvolvimento em áreas como o conhecimento, a inovação, a competitividade, a luta contra as alterações climáticas, a promoção de energia “limpa” e eficiente, o emprego, e a coesão económica, social e territorial cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, ob.cit., p. 12-23.

¹⁶ Cf. União Europeia – Comissão Europeia, *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE*, ob. cit., p. 3, onde a contratação pública é identificada como instrumento decisivo para melhorar as condições-quadro para a inovação empresarial, utilizando plenamente as políticas de estímulo à procura, para apoiar a transição para uma economia hipocarbónica e que utilize eficazmente os recursos, nomeadamente promovendo um maior recurso aos contratos

inclusiva da economia, “[n]um contexto de grandes restrições orçamentais e dificuldades económicas em muitos Estados-Membros da UE (...)”¹⁷.

Naturalmente, o relevante impacto económico¹⁸ e regulador¹⁹ da atividade de contratação pública terá sido decisivo e conveniente²⁰ para a retórica de pendor neoliberal utilizada pela Comissão Europeia na antecâmara da reforma²¹. Não

públicos ecológicos, e para melhorar o ambiente empresarial, especialmente para as PME’s inovadoras.

¹⁷ “A estratégia Europa 2020 sublinha que a “(...) política de contratos públicos deve assegurar uma utilização o mais eficiente possível dos fundos públicos e que é necessário manter os mercados da contratação abertos em toda a UE. Num contexto de grandes restrições orçamentais e dificuldades económicas em muitos Estados-Membros da UE é especialmente importante otimizar os resultados dos contratos públicos através de procedimentos eficazes. Perante estes desafios, é mais do que nunca necessário um mercado europeu dos contratos públicos operacional e eficaz, que possa contribuir para atingir estes ambiciosos objectivos”. Cf. *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE*, ob. cit., p. 3. O Livro Verde consubstancia um dos primeiros atos formais de “impulso” à reforma das Diretivas e onde, por conseguinte, se encontram muitos “traços da teleologia” da nova Diretiva dos setores clássicos. Neste sentido, MARIO E. COMBA, “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, *Modernising Public Procurement* (...), p. 38.

¹⁸ Tendo presente que a atividade de contratação pública de bens, serviços e empreitadas representa cerca de 18% do Produto Interno Bruto dos países da União Europeia – cf. http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/strategy/index_en.htm.

¹⁹ Conforme é relevado, p.ex., por PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, em *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 59, destacando a ideia de que a realização de compras públicas se traduz numa participação no mercado “but regulating it at the same time”. Consulte-se, sobre este tema, na doutrina nacional, PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Cedipre, Coimbra Editora, 2013, p. 133.

²⁰ Atenta a relevância económica da contratação pública, e atingindo esta um estado de relativa *maturação* no plano da proteção e uniformização de regras atinentes aos valores tradicionais do mercado interno (não discriminação em razão da nacionalidade, publicidade, transparência, concorrência) cumprirá, agora, na cogitação europeia, utilizar o veículo da contratação pública para atingir outros objetivos e políticas definidas no seio da União Europeia. Em sentido crítico ao movimento de instrumentalização da contratação pública, veja-se, ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2011, p. 100, quando refere: “As already mentioned, the use of public procurement as an instrument of (macroeconomic) policy should be separated from its function as a working tool of the government and, in this dimension, it should be set free from such secondary policies-precisely in order to increase the efficiency of the primary policy objectives that are to be implemented through procurement activities. Doing otherwise can be a source of market distortions that will rarely contribute to increasing social welfare”.

²¹ Para uma visão crítica sobre a “retórica neoliberal” da Comissão Europeia na política de contratação pública, cuja origem remonta à década de 70 com a revolução *antitrust* nos Estados Unidos da América, veja-se PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and EU Public Procurement”, ob. cit., p. 329.

obstante a sua inconsistência²², facto é que esta retórica parece ter moldado a *teleologia* da nova Diretiva com inovadores – embora confusos²³ – objetivos inspirados na estratégia ‘Europa 2020’, surgindo um renovado direito europeu da contratação pública em que, aparentemente, os tradicionais valores da não discriminação em razão da nacionalidade, publicidade, transparência e concorrência “medem forças”, na sua influência conformadora, com os objetivos prioritários europeus²⁴ da *eficiência*²⁵ e da *utilização estratégica*²⁶ da contratação pública.

²² Na medida em que parece existir contradição entre os possíveis efeitos regulatórios do mercado através do objetivo da utilização estratégica da contratação pública e a abordagem neoliberal de reforço do princípio da eficiência. Neste sentido, PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and EU Public Procurement”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Oxford, v.15, 2012-2013, p. 315.

²³ Cf. PETER TREPTE, *Foreword to Second Edition of Public Procurement and the EU Competition Rules*, ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, Oxford and Portland Oregon, Hart, 2015: “There is *confusion over the purposes of the directives and what they can be used to achieve*. Indeed, if they could be used to achieve all of the goals claimed for them, they would be very fluid instruments indeed. This is not merely due to a lack of clarity in drafting, it also has to do with the place of the directives in the developing policies of the European adventure, the incrementalism of regulatory intervention and the very context of the legislation which applies in Member States alongside national goals” – itálico nosso.

²⁴ Não devendo esquecer-se, nesta análise panorâmica de “objetivos” e “valores”, as renovações específicas de regime da contratação pública e dos contratos públicos que a Diretiva comporta (e resultantes, algumas, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e de outras instâncias da União), como a regulamentação sobre contratos entre entidades do setor público, a obrigatoriedade de adoção de procedimentos de adjudicação eletrónicos, o novo regime dos motivos de exclusão (onde vigora, com particular relevo, o princípio da proporcionalidade), e a nova regulamentação de aspetos de execução do contrato (modificação objetiva, subcontratação e resolução). Para uma análise detalhada sobre as alterações constantes da Diretiva, veja-se SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK, Volume I*, Third Edition, Sweet & Maxwell, 2014, p. 204 a 209.

²⁵ No memorando de exposição de motivos da proposta de revisão da Diretiva, o valor da eficiência na utilização de fundos públicos na contratação pública surge geneticamente associado ao quadro estratégico “Europa 2020”, quando se refere: “*At the same time, the Europe 2020 strategy stresses that public procurement policy must ensure the most efficient use of public funds and that procurement markets must be kept open Union-wide*”. Por outro lado, expressam-se as consequências que o objetivo da eficiência promove: “*Increase the efficiency of public spending to ensure the best possible procurement outcomes in terms of value for money. This implies in particular a simplification and flexibilisation of the existing public procurement rules. Streamlined, more efficient procedures will benefit all economic operators and facilitate the participation of SMEs and cross-border bidders*” – cf. EUROPEAN COMMISSION, *Explanatory Memorandum – Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council*, Brussels, 20.12.2011 COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD).

²⁶ No que já foi também designado como o *novo paradigma* da contratação pública – a sustentabilidade. Cf. D.C. DRAGOS, B. NEAMTU, “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, *Modernising Public Procurement*, ob. cit., p. 302.

1.2. Note-se que até esta reforma nunca o objetivo da eficiência na contratação pública tinha merecido tamanha relevância no quadro do direito derivado da União Europeia. É, na verdade, a primeira vez que aquela surge autonomizada, como objetivo *per se*²⁷, nos considerandos da Diretiva.

Porém, não se afigura que tal facto resulte de desconsideração ou “esquecimento”²⁸ dos órgãos institucionais, mas antes da configuração substantiva que o objetivo da eficiência, num sentido mais restrito de “contenção/restrrição da despesa pública”, tem no quadro jurídico dos Tratados da União Europeia²⁹, não incumbindo a esta *harmonizar e aproximar* regimes jurídicos de contratação pública em função daquele: neste conspecto, a prossecução da eficiência será, em primeira linha, da competência dos Estados-Membros e não da União Europeia, o que tem suscitado crítica³⁰ sobre a sua previsão nos considerandos da Diretiva.

Parece-nos igualmente relevante sublinhar a marcada *difusão* que o conceito de eficiência apresenta na letra dos considerandos da Diretiva. Surge na forma

²⁷ Na Diretiva 2004/18/CE surge o conceito de eficiência na vertente *value for money* sempre associado a outras matérias – no considerando 5) à contratação ‘verde’ e no considerando 46) ao critério de adjudicação. Neste sentido, MARIO E. COMBA, “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, *Modernising Public Procurement (...)*, ob. cit., p. 35.

²⁸ Sobre o tratamento e a relevância dadas ao princípio da eficiência pelos diversos órgãos comunitários, desde as primeiras Diretivas dos anos 70 até aos dias de hoje, veja-se MARIO E. COMBA, “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, *Modernising Public Procurement (...)*, p. 39-40.

²⁹ Enquanto os objetivos ambientais, sociais, de inovação e de combate à corrupção podem ser associados a específicas políticas da União Europeia, não parece que o objetivo da eficiência da despesa pública seja da competência daquela. Veja-se, sobre esta matéria, MÁRIO E. COMBA, “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, *Modernising Public Procurement (...)*, ob. cit., p. 47.

³⁰ Cf. SUE ARROWSMITH, PETER KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 32, quando é destacado o facto de a inserção da eficiência em documentos preparatórios e na própria Diretiva (a propósito da Diretiva 2004/18/CE, considerando 5), aparentemente, como limite na prossecução horizontais na área do ambiente, e no considerando 46), a propósito dos critérios de adjudicação) ter originado “confusão” quanto ao sentido que daí deve ser retirado. Entendem estes Autores que a eficiência (na vertente do *value for money*) prevista na Diretiva e documentos preparatórios configura apenas um valor a prosseguir pelos Estados-Membros e não uma nova *base legal* de direito comunitário, em violação das normas dos Tratados da União Europeia. Neste sentido também, à luz da nova Diretiva, MARIO E. COMBA, “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, *Modernising Public Procurement (...)*, ob. cit., p. 46-47.

de expressões como a “utilização eficiente de fundos públicos”³¹, o “aumento da eficiência da despesa pública”³², a “melhoria da eficiência na aquisição de produtos, obras ou serviços inovadores”³³, o “aumento da eficiência dos procedimentos de contratação por virtude dos meios electrónicos de comunicação”³⁴, ou, ainda, o “reforço da eficiência da contratação pública graças a melhores conhecimentos e a uma maior segurança jurídica e profissionalização das práticas de contratação pública”³⁵.

Num esforço de exegese, pensamos que estas manifestações difusas do conceito de eficiência se aproximam mais de *objetivos políticos de enquadramento*³⁶, dos quais não resulta uma base legal comum de aproximação e harmonização de regimes de contratação pública mas antes um *princípio que ilumina e reforça*, como um “*plus*”³⁷, a *normatividade do princípio da boa administração*, na vertente da *eficiência*, pré-existente em cada um dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros³⁸.

³¹ Cf. considerando 2 da Diretiva.

³² Cf. considerando 2 da Diretiva.

³³ Cf. considerando 47 da Diretiva.

³⁴ Cf. considerando 52 da Diretiva.

³⁵ Cf. considerando 121 da Diretiva.

³⁶ Neste sentido, veja-se PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and EU Public Procurement”, ob. cit., p. 349, “[i]t is because value for money is primarily a concern of the national taxpayer that achieving some concept of value for money is the *primary goal of the regulation of public procurement at the national level*. International public procurement regimes, including the EU regime, are naturally framed to take that need into account.” – itálico nosso.

³⁷ Neste sentido, SUE ARROWSMITH – “The purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Policies”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2011-2012, Volume 14, Hart, 2012, p. 39 – invoca as, em nosso entender, particularmente objetivas conclusões do Advogado-Geral JACOBS no processo SIAC CONSTRUCTION, C-19/00: “The main purpose purpose of regulating the award of public contracts in general is to ensure that public funds are spent honestly and efficiently, in the basis of a serious assessment and without any kind of favouritism or quid pro quo whether financial or political. The main [purpose] of harmonisation is to ensure *in addition* abolition of barriers and a level playing field by, inter alia, requirements of transparency and objectivity” – itálico nosso.

³⁸ No ordenamento jurídico português, este princípio assume a natureza de parâmetro de organização da Administração Pública [cf. artigo 267º, números 1 e 2 e artigo 81º, nº 1, alínea c), da Constituição da República Portuguesa] ou vetor da ação administrativa (cf. artigo 5º do CPA), significando “o modo de realização óptima dos fins da Administração”, cf. PEDRO MELO, “O juízo de eficiência na alteração das circunstâncias das parcerias público-privadas”, *Revista O Direito*, Ano 141, IV, Almedina, 2009, p. 913-925. Sobre o enquadramento constitucional da *regra de eficiência* na atuação administrativa, veja-se PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, 1995, p. 638-649, onde o Autor refere que a Administração Pública é chamada a concretizar a tarefa fundamental de promoção do bem-estar como

1.3. O princípio da eficiência tem sido recentemente analisado e discutido pela doutrina a propósito dos *objetivos principais*³⁹ das Diretivas europeias de contratação pública.

Na verdade, esta interessante reflexão, não abordada com profundidade na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁰, procura apurar, no plano dos objetivos principais da Diretiva, se “(...) o princípio da protecção das empresas concorrentes [através da não discriminação e transparência] não deve ser *matizado* pelo princípio da eficiência e pelo princípio do *best value for taxpayer’s money*”⁴¹.

Por um lado, SUE ARROWSMITH⁴² e PETER KUNZLIK⁴³ têm vindo a defender que as Diretivas de contratação pública destinam-se a regular, principalmente, a promoção dos valores do mercado interno – ou seja, a não discriminação, a transparência e a remoção de barreiras específicas ao acesso ao mercado pelos operadores, assegurando-se, em suma, a proteção da sua *igualdade de acesso* ao mercado. Em sentido complementar, perspetivam estes Autores a contratação

verdadeiro *dever constitucional*, implicando este dever uma regra obrigatória de *eficiência* na atividade administrativa. Veja-se, também, DIOGO FREITAS DO AMARAL, com a colaboração de LINO TORRALBA, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2001, p. 38-40, referindo-se ao *dever jurídico imperfeito* de boa administração, ou ao princípio da eficiência, insuscetível de controlo jurisdicional ao contrário dos verdadeiros deveres jurídicos resultantes dos princípios da proporcionalidade e imparcialidade cujo desrespeito representa uma ilegalidade suscetível de invalidação judicial.

³⁹ Esta discussão parece ter sido iniciada quando se afigurou necessário delimitar os objetivos secundários ou horizontais da Diretiva 2004/18/CE dos seus objetivos principais. Cf. MARIO E. COMBA, “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, *Modernising Public Procurement* (...), ob. cit., p. 41.

⁴⁰ Veja-se, neste sentido, SUE ARROWSMITH, PETER KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, ob. cit., p. 34; MARIO E. COMBA, “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, *Modernising Public Procurement* (...) ob. cit., p. 45.

Apesar da importância da matéria constata-se, também, a relativa escassez de doutrina que aborde e problematize especificamente as questões referentes aos princípios e objetivos primordiais da contratação pública europeia – que não num sentido tendencialmente “descritivo” destes valores, conforme denota ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2011, p. 97.

⁴¹ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2014, p. 371.

⁴² SUE ARROWSMITH, “The purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Policies”, ob. cit., p. 6-29. Veja-se, em sentido similar, PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and EU Public Procurement”, ob. cit., p. 345.

⁴³ PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and EU Public Procurement”, ob. cit., p.335.

pública como *instrumento* para prosseguir políticas horizontais (ambientais, sociais, económicas), pertencendo exclusivamente aos Estados-Membros o espaço regulatório necessário para prosseguir o desiderato da *eficiência* na gestão dos fundos públicos, na vertente do *value for money*⁴⁴.

Por outro lado, SANCHÉZ GRAELLS⁴⁵ vem afirmando que o principal objetivo das Diretivas não é o de assegurar a igualdade de acesso dos operadores ao mercado mas sim o de promover a operatividade do *princípio da concorrência*, avançando com a asserção de que o objetivo último dos valores do mercado interno e das Diretivas de contratação pública é o de permitir que *todos* os operadores envolvidos alcancem a *eficiência económica*⁴⁶ – de onde decorre, necessariamente,

⁴⁴ Cf. SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK, “Public Procurement and Horizontal Policies in EC Law: General Principles, Social and Environmental Policies” *EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge, CUP, 2009, p. 9.

⁴⁵ ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, ob. cit., p. 100. Veja-se, sobre a matéria específica de debate, a nota do Autor na 2ª Edição da obra *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2015.

⁴⁶ Segundo o Autor – na sua nota à 2ª Edição da obra *Public Procurement and the EU Competition Rules* – os objetivos da contratação pública alinham-se com o grande objetivo do direito europeu da concorrência (o alcance da eficiência económica). Esta linha de argumentação encontra, no entendimento do Autor, um “suporte” na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia invocando o Acórdão *Bundesdruckerei*, Processo C-549/13, 18 de Setembro de 2014, para corroborar, ainda que de forma subtil (nos termos da decisão em apreço), o *alcance* normativo do princípio da concorrência nas *estratégias* que os operadores de mercado podem legitimamente definir. Discute-se, neste aresto, o seguinte: “Uma lei do Land da Renânia do Norte-Vestefália (Alemanha) prevê que determinados contratos públicos de serviços só podem ser adjudicados a empresas que, no momento da apresentação da proposta, se comprometam a pagar ao seu pessoal um salário mínimo horário de 8,62 euros como contrapartida da execução da prestação. Essa lei visa, assim, assegurar que seja pago um salário conveniente a fim de evitar quer o «dumping social» quer a penalização das empresas concorrentes que concedam um salário conveniente aos seus trabalhadores.

No quadro de um concurso público que tem por objeto um contrato público relativo à digitalização de documentos e a conversão de dados para um serviço de urbanismo, a cidade de Dortmund exigiu, em aplicação dessa lei, que o salário mínimo de 8,62 fosse pago aos trabalhadores contratados por um subcontratante estabelecido noutro Estado-Membro (no caso concreto, a Polónia) a quem o proponente tencionava recorrer e que executam o contrato em causa exclusivamente nesse Estado. Chamada a pronunciar-se pela Bundesdruckerei, uma empresa alemã interessada nesse contrato público, a Secção dos contratos públicos alemã competente, tendo dúvidas quanto à compatibilidade da regulamentação em causa (conforme aplicada pela cidade de Dortmund) com o direito da União e, em especial, com a livre prestação de serviços, dirigiu-se ao Tribunal de Justiça.

(...) o Tribunal de Justiça respondeu que no caso de (...) um proponente pretender executar um contrato público recorrendo exclusivamente a trabalhadores contratados por um subcontratante estabelecido num Estado-Membro diferente do da entidade adjudicante, a liberdade de prestação

o *best value for taxpayer's money*⁴⁷. Nesta posição realça-se, também, o princípio da concorrência, agora inserido na regulamentação legal da nova Diretiva⁴⁸, como elemento *moderador* na implementação de políticas horizontais, não permitindo que a estrita prossecução destas origine uma distorção na concorrência⁴⁹.

O enunciado “telegráfico” deste debate, assim como a exposição que vem sendo realizada, permite-nos, neste ponto da reflexão, enunciar algumas

de serviços opõe-se a que o Estado-Membro da entidade adjudicante obrigue o subcontratante a pagar um salário mínimo aos trabalhadores. (...)

Com efeito, essa regulamentação, ao impor um salário mínimo fixo que corresponde ao exigido para assegurar na Alemanha uma remuneração conveniente aos trabalhadores à luz do custo de vida existente nesse país, mas que não tem relação com o custo de vida prevalecente no Estado-Membro no qual serão efetuadas as prestações relativas ao contrato público em causa (no caso concreto, a Polónia) e *ao privar assim os subcontratantes estabelecidos neste último Estado-Membro de retirar uma vantagem competitiva das diferenças existentes entre os montantes salariais respetivos*, excede o necessário para assegurar que seja alcançado o objetivo da proteção dos trabalhadores” (italico nosso) – conforme é sumariado, a propósito do texto do Acórdão, no Comunicado de Imprensa do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA nº 129/14, de 18 de setembro de 2014.

⁴⁷ Cf. SANCHÉZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, ob. cit., p. 101-105, “(...) public procurement rules protect and promote competition (...) as a means to achieve value for money and to ensure the legitimacy of purchasing decisions. From this perspective, competition is seen as a means to allow the public purchaser to obtain the benefits of competitive pressure among (participating) bidders, as well as a key instrument to deter favouritism and other corrupt practices and deviations of power”.

⁴⁸ Cf. nº 1 do artigo 18º da Diretiva, traduzindo-se, assim, o que aparenta ser um reforço normativo conferido pelo legislador europeu a este objetivo e princípio geral nucleares. Sobre a relevância jurídica deste princípio, consulte-se RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008.

Atente-se, igualmente, nas elucidativas conclusões do Advogado-Geral POIARES MADURO, Processo C-250/07 *Commission v Greece*, II e 17, que releva os princípios da concorrência e da eficiência como preponderantes no quadro de direito comunitário da contratação pública, quando afirma: “Como o Tribunal de Justiça explicou no quadro de um anterior processo respeitante à Directiva 93/37/CEE, «o objectivo primordial da directiva [...] é [...] a abertura dos mercados de empreitadas de obras públicas a uma concorrência efectiva. Com efeito, é a abertura à concorrência comunitária segundo os procedimentos previstos pela directiva que garante a ausência de risco de favoritismo por parte dos poderes públicos». Por conseguinte, a concorrência efectiva remove barreiras que impedem novos operadores de entrarem no mercado; beneficia as entidades adjudicantes, que podem assim escolher de entre um maior número de propostas e, portanto, têm mais probabilidades de obter ganhos financeiros; e contribui para manter a integridade dos processos de adjudicação de contratos públicos enquanto tais”.

⁴⁹ No sentido de que na perspetiva de análise neoliberal de SANCHÉZ GRAELLS qualquer abordagem “regulatória” – ou estratégica, utilizando os termos da Diretiva – por parte das entidades adjudicantes poderá causar “ineficiência”, PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and EU Public Procurement”, ob. cit., p. 298.

“ideias-chave” referentes à *teleologia* e ao *enquadramento axiológico* da Diretiva 2014/24/UE.

1.4. Em primeiro lugar, parece-nos inequívoco que a reforma imprimiu uma *acrescida natureza instrumental* à função da contratação pública no mercado interno. Isto significa, entre outros aspetos, que, na perspetiva da União Europeia, as entidades adjudicantes dos Estados-Membros não devem procurar, apenas, satisfazer as suas necessidades num espaço territorial alargado e em obediência a um leque uniformizado de regras e princípios jurídicos; devem, em simultâneo, prosseguir políticas horizontais em determinados domínios, obedecendo a parâmetros de eficiência na sua atuação.

Não vemos, para já, que esta *acrescida instrumentalização* implique uma significativa compressão dos princípios típicos da contratação pública previstos na Diretiva 2004/18/CE e trabalhados pela jurisprudência e doutrina ao longo dos anos – em particular, os referidos princípios da não discriminação em razão da nacionalidade e da transparência nas vertentes de publicidade de “oportunidades” de celebrar contratos públicos, publicidade das peças do procedimento, restrição da discricionariedade da decisão administrativa, e respetivo controlo e efetividade das regras de contratação pública⁵⁰. Encontramos, portanto, nesta reforma, uma *linha de continuidade* da matriz principiológica da Diretiva 2004/18/CE, *marcada agora pelo reforço de alguns objetivos e princípios* em razão da assunção pela União Europeia de determinadas metas políticas – em particular, e como já vimos, a recuperação inteligente, sustentável e inclusiva da economia, a consolidação orçamental e a sustentabilidade das finanças públicas dos Estados-Membros.

Nesta *linha de continuidade*, a eficiência representa um relevante princípio do direito europeu da contratação pública, que reforça a normatividade do princípio da *boa administração* dos Estados-Membros⁵¹, seja por decorrência ou consequência⁵² da normatividade prevalecente dos princípios clássicos de promoção do acesso não discriminatório de operadores ao mercado interno, seja por

⁵⁰ Seguindo, aqui, a terminologia proposta por SUE ARROWSMITH, “The purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Policies”, *ob.cit.*, p. 2-47.

⁵¹ Princípio, aliás, central das doutrinas do *new public management*, focadas na eficiência e nos resultados obtidos. Sobre esta matéria, veja-se PEDRO GONÇALVES, “Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública”, *O Governo da Administração Pública*, Almedina, 2013, p. 20.

⁵² Conforme, aliás, é sugerido por SUE ARROWSMITH, “The purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Policies”, *ob. cit.*, p. 38.

necessário efeito do basilar princípio da concorrência⁵³, na vertente estrita da eficiência económica.

1.5. Em segundo lugar, descortina-se nesta reforma o intuito de harmonizar regimes legais⁵⁴ pelo vetor do *melhor contrato* no plano qualitativo, assumindo-se que este será aquele que, de uma forma eficiente, incorpore as políticas horizontais, nas vertentes ambientais, sociais, económicas e de inovação⁵⁵.

Este vetor sugere um alargamento do âmbito de harmonização do direito europeu da contratação pública, na perspectiva de não ser prioritário, apenas, garantir “estruturas de concorrência”, não discriminatórias e transparentes, cada vez mais sãs no mercado interno mas, também, *condutas/práticas de administração cada vez mais eficientes e estratégicas* por parte das entidades adjudicantes dos Estados-Membros – ou seja, parece-nos existir uma *crescente harmonização do que se deve entender por boa administração* na fase pré-contratual, note-se, *por referência* aos objetivos políticos definidos pela União Europeia: neste sentido, o “foco” de harmonização de regimes passa a assumir especial intensidade nos resultados ambientais, económicos, financeiros e sociais favoráveis que aos Estados-Membros pode trazer a *boa administração* dos procedimentos pré-contratuais em vez de iluminar, apenas, os interesses de acesso ao mercado por parte dos operadores.

1.6. Em terceiro lugar, e seguindo de perto o pensamento de alguns Autores, o princípio da eficiência constante da nova Diretiva, na sua difusa termi-

⁵³ Como é indicado por ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, ob. cit., p. 101.

⁵⁴ Conforme denota, nas suas conclusões, MARIO E. COMBA, “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, *Modernising Public Procurement (...)* ob.cit., p. 47.

⁵⁵ Na linha do que é referido no Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o Livro Verde e sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, onde se revela muito da *teleologia* das novas Diretivas. Afirma-se naquele que “(...) embora alguns contratos públicos não contemplem outros critérios realistas para além do preço – e talvez a entrega –, a maioria possui outras características importantes que contribuem para um melhor resultado. O critério do «preço mais baixo» inibe a inovação e a procura de melhor qualidade e valor, que está em sintonia com as exigências da Estratégia Europa 2020, sem se traduzir necessariamente em maior valor”. (cf. Ponto 4.2.6). “A utilização do critério do preço mais baixo deve, por isso, passar a ser a exceção, e não a regra. Ao alargarem o critério da proposta economicamente mais vantajosa para avaliarem a oferta mais vantajosa em termos de sustentabilidade as entidades adjudicantes podem conseguir o equilíbrio sustentável ideal entre benefícios ambientais, sociais e económicos. O CESE exorta as entidades adjudicantes a realizarem uma avaliação dos custos do ciclo de vida sempre que possível e necessário”. (cf. ponto 4.2.6.1).

nologia, parece-nos assumir uma *dupla vertente*⁵⁶: a do *value for money* (ou *best value for taxpayer's money*)⁵⁷ e a da eficiência no *modo de administrar* o próprio procedimento de contratação pública^{58 59}.

A eficiência na vertente do *value for money* – que significa, em expressão simples⁶⁰, “adquirir o que é preciso nos melhores termos possíveis”⁶¹, no sentido de otimizar as ações de “devo comprar?”⁶², “como comprar” e “o que comprar”, num plano de análise *custo-benefício* – parece centrar-se mais no *resultado* definido, de antemão, com rigor, pela entidade adjudicante e nos *efeitos horizontais* a produzir com a celebração do contrato, através das definições constantes das especificações técnicas, termos ou condições do caderno de encargos, ou do critério de adjudicação previsto no convite ou programa do procedimento^{63 64}.

⁵⁶ No sentido da inclusão da ponderação *custo-eficácia* do procedimento pré-contratual no âmbito conceptual da eficiência, PETER TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 59.

⁵⁷ Refletido, de forma mais presente, nos considerandos 47) e 91) da Diretiva, assim como no regime dos critérios de adjudicação, conforme será abordado.

⁵⁸ Mais presente na ideia de “redução de despesa pública” e “eficácia” na tramitação dos considerandos 2), 52) e 121).

⁵⁹ Poderíamos, em abstrato, considerar ainda o conceito, de sentido mais amplo, de “eficiência económica”, embora nos pareça que o mesmo não é aquele que mais se reflete na nova Diretiva. Sobre as diferenças de significado entre os conceitos de eficiência económica, *value for money* e eficiência do próprio procedimento de contratação, veja-se ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2011, p. 105-106.

⁶⁰ Não obstante a complexidade de diferentes ponderações de natureza económica, financeira e social que o conceito alberga, muito dependente também do caso concreto a que é aplicado. Neste sentido, PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and EU Public Procurement”, ob. cit., p. 348-349.

⁶¹ Cf. SUE ARROWSMITH, “The purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Policies”, ob. cit., p. 36-38. Veja-se, igualmente, a definição resumida proposta no HM TREASURY’s *Value for Money Assessment Guidance*, November 2006, disponível em http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm: “(...) optimum combination of whole-of-life costs and quality (or fitness for purpose) of the good or service to meet the user’s requirement. VfM is not the choice of goods and services based on the lowest cost bid”.

⁶² Da própria definição conceptual resulta, desde logo, a imposição de avaliar a necessidade de contratar – no segmento “adquirir o que se precisa” –, como adiante será mais desenvolvido.

⁶³ Conforme salienta PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and EU Public Procurement”, ob. cit., p. 317.

⁶⁴ Esta definição implica a consideração de três aspetos: (i) garantir que os bens, serviços ou obras são adequados para as finalidades pretendidas pela entidade adjudicante; (ii) assegurar um “acordo de fornecimento” (de bens, serviços, ou obras) nos melhores termos possíveis; e (iii) garantir que o co-contratante vai cumprir o disposto no contrato; o *value for money* também poderá significar a necessidade de uma análise sobre o *mérito* da decisão de gasto de dinheiro público com uma determinada finalidade em detrimento de outras possíveis decisões alternativas. Cf. SUE ARROWSMITH, “The purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Policies”, ob. cit., 36-38.

Por seu turno, a eficiência no modo de administração do próprio procedimento – no sentido de otimizar a ação de “como comprar”, através da procura da melhor relação *custo-eficácia* do procedimento pré-contratual⁶⁵ – aparenta, num horizonte mais estreito, ir ao encontro da expressão europeia da Diretiva “utilização/administração eficiente dos fundos públicos” através das proclamadas simplificação e flexibilização dos procedimentos pré-contratuais.

1.7. Ora, deste enunciado de “ideias-chave” resultam, em nosso entender, dois aspetos essenciais que justificam, nos planos lógico e jurídico, a consagração da ‘preparação’ do procedimento na Secção 1 do Capítulo III da Diretiva 2014/24/CE:

- i) Por um lado, a importância de, no atual contexto europeu de consolidação orçamental e de recuperação da economia, ser, na preparação do procedimento pré-contratual, previamente identificada e justificada a *necessidade de contratar* pelas entidades públicas dos Estados-Membros, no sentido de *apenas ser adquirido aquilo que se precisa* – cristalizando-se a expressão simples do conceito de *value for money* e delimitando-se, também, com maior rigor, a legitimação⁶⁶ jurídica, económica e financeira do recurso ao *contracting out* e a causa-função⁶⁷ do contrato a celebrar;
- ii) Por outro lado, a necessidade de “contratar melhor” no plano qualitativo implica um reforço da *metodologia e abordagem crítica* na preparação e elaboração das peças do procedimento pré-contratual por parte das entidades adjudicantes, através, designadamente, da integração de políticas

⁶⁵ Neste sentido, ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, ob. cit., p. 105.

⁶⁶ Neste sentido, veja-se MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, p. 777.

⁶⁷ Para uma análise sumária a respeito do conceito de causa-função do negócio jurídico, principais divergências na doutrina e distinção de outras figuras como os motivos antecedentes, e os fins mediatos e imediatos do contrato, veja-se LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II – Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, 2001, p. 345-354. Consideramos, a este propósito, na distinção entre causa-função e motivo típico, a interessante a formulação *eclética* de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, quando refere: “O motivo típico [do negócio jurídico] não é mais que a causa função (...) integrada no processo volitivo do agente. A função prática da conduta ou é vista num momento objectivo e abstracto ou num momento subjectivo enquanto o sujeito também a representa no seu espírito e a prossegue como seu fim ou escopo” – cf. *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Almedina, p. 258. A justificação da necessidade de contratar para prosseguir uma determinada tarefa pública enquadra-se, em nosso entender, nesta noção de causa-função uma vez que confere particular ênfase ao elemento volitivo manifestado pela entidade adjudicante para justificar a prossecução de um determinado fim de interesse público através da via contratual.

horizontais se o caso concreto assim o permitir, tendo em vista satisfazer, da melhor forma, a necessidade pública identificada.

2. A Diretiva 2014/24/UE: a crescente regulamentação legal “a montante” do início do procedimento pré-contratual

2.1. Em face do exposto no número anterior, não nos surpreende a crescente regulamentação legal na Diretiva 2014/24/CE *de aspetos que devem ser considerados pelas entidades adjudicantes na fase “a montante”*⁶⁸ do procedimento de contratação pública, ou seja, na agora prevista ‘preparação’. Estes aspetos são consubstanciados, posteriormente, na fundamentação das decisões de contratar, de escolha do procedimento e de aprovação das peças do procedimento. Como vimos, torna-se, aparentemente, necessário ponderar bem o recurso à via do contrato e “contratar melhor”, sendo a ‘preparação’ do procedimento destinada a alcançar esses propósitos. Vejamos alguns exemplos desta asserção.

2.2. Através da *consulta preliminar ao mercado* – expressamente regulada no artigo 40º da Diretiva – a entidade adjudicante poderá avaliar melhor a necessidade e a possibilidade de satisfação de uma necessidade pública através de contrato, assim como identificar com maior precisão aquilo precisa adquirir.

De facto, não raras vezes as entidades adjudicantes pretendem realizar uma determinada tarefa pública mas não sabem aquilo que precisam para o efeito, ou desconhecem qual o “estado da arte” no mercado dos bens, serviços ou obras pretendidas, ou, ainda não sabem como o mercado reagiria ao lançamento do procedimento⁶⁹.

Prevê-se, na norma do artigo 40º da Diretiva que “[a]ntes da abertura de um procedimento de contratação, as autoridades adjudicantes podem realizar consultas ao mercado, a fim de *preparar esse procedimento e de informar os operadores económicos dos seus planos de contratação e respetivos requisitos*. Para este efeito, as autoridades adjudicantes podem, por exemplo, solicitar ou aceitar pareceres de peritos ou autoridades independentes ou de participantes no mercado que possam ser utilizados no *planeamento e na condução* do procedimento de contratação, na condição de que esses pareceres não tenham por efeito distorcer a concor-

⁶⁸ Esta fase situa-se cronologicamente em momento anterior à “abertura do procedimento”, conforme a terminologia utilizada na norma do artigo 40º, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24/UE.

⁶⁹ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, ob. cit., p. 687-688.

rência nem resultem em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência.” – itálico nosso.

Ao contrário do que sucedia no âmbito da Diretiva 2004/18/CE, afigura-se-nos resultar da nova Diretiva que as entidades adjudicante são obrigadas ao registo documental⁷⁰ das atividades informais prévias ao início do procedimento – no caso, o registo das informações trocadas no âmbito das consultas preliminares ao mercado, aparentando inclusivamente resultar, por imperativo lógico, o dever da sua inclusão *nos documentos do concurso* – tendo em vista a prevenção de situações de *distorção da concorrência*⁷¹.

Envolta na normatividade dos princípios acima enunciados, a consulta preliminar ao mercado parece-nos exprimir a vontade de enformar a atividade preparatória da entidade adjudicante no sentido de:

- a) Permitir a melhor *avaliação da necessidade de contratar* por contraposição a outras alternativas (como o recurso a meios internos da entidade pública), numa lógica interna de teste de necessidade (*make it or buy*⁷² e,

⁷⁰ Nesta perspetiva, a atividade preparatória, em particular no domínio da consulta preliminar ao mercado, não se afigura estritamente *informal*, ao invés do que sucedia no âmbito da Diretiva 2004/18/CE, com a figura do “Diálogo Técnico”. No sentido das vantagens em regular a atividade informal, ainda que de forma limitada, veja-se BERNARDO AYALA, “A atividade contratual e negociações informais da Administração; dois modos de actuação administrativa com oscilações na tutela jurisdicional do particular”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sêrvulo Correia*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, 2010, p. 239-276.

⁷¹ De facto, esse registo documental parece resultar da necessidade de prevenir que as consultas preliminares ao mercado não causem situações de *distorção da concorrência* através da participação em procedimentos de candidatos ou proponentes que tenha contribuído, na fase de preparação, para a elaboração das respetivas peças do procedimento, ou, ainda, que tenham sido informados, com antecedência, de algum aspeto relevante da sua composição que lhes confira vantagem na elaboração e apresentação das propostas (p.ex., termos ou condições importantes previstos no caderno de encargos ou o modelo de avaliação das propostas constante do convite ou do programa do procedimento). Assim, e nos termos da Diretiva, deve a entidade adjudicante comunicar “aos restantes candidatos e proponentes [as] informações pertinentes trocadas no âmbito ou em resultado da participação do candidato ou proponente na preparação do procedimento de contratação” podendo, igualmente, proceder à fixação de prazos adequados para a apresentação de propostas que já tenham em consideração essa atividade preliminar de consulta (cf. artigo 41º da Diretiva).

⁷² Neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público.*, ob. cit., p. 727.; veja-se, também, PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 177.

- acrescentaríamos, *neither to make nor buy*⁷³), na medida em que possibilita auscultar o mercado logo no *momento seguinte ao impulso*⁷⁴ a contratar; e
- b) Assegurar a maior *qualidade* (e, por conseguinte, a maior *recetividade* pelos potenciais interessados⁷⁵) do projeto de contrato a levar ao mercado.

2.3. Neste âmbito, e por entendermos ser da maior importância para o acréscimo de transparência e legitimação da decisão pública de contratar, cumpre-nos assinalar a relevância da *justificação* jurídica, económica e financeira⁷⁶ da *necessidade de contratar*, num registo de *accountability*⁷⁷ da atividade de contratação pública no seu momento inicial, constituindo, para o efeito, a realização do referido teste de necessidade⁷⁸ um relevante *elemento instrumental*.

Apesar de esta diretriz de *justificação* não constar da regulamentação legal da nova Diretiva, não vemos que, à luz da sua principiologia imanente, este regime de *boa administração* seja inaplicável no contexto da formação de determinados contratos públicos – seja pelo seu elevado valor, seja pela sua complexidade ou particular relevância social – à semelhança do que sucede noutros enquadra-

⁷³ Terminologia adotada com base nos conceitos de *status quo* e *fall back position* (ou seja, “nada fazer” ou “fazer o mínimo”) utilizados no Reino Unido na preparação de parcerias público-privadas. Cf. DAVID HEALD, “Value for Money Tests and Accounting Treatment in PFI Schemes”, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, Vol. 16, nº 3, 2003, p. 346.

⁷⁴ Sobre os “impulsos a contratar” ou *impulsos pré-procedimentais* de natureza jurídica, interorgânica, difusa, ou decorrente de situações de necessidade, veja-se a análise de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *ob.cit.*, p. 693.

⁷⁵ Nesta linha é, também, referido no Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, *ob. cit.*, p. 4, a necessidade de, através da contratação pública mais eficiente, promover a participação de operadores “transfronteiras” nos contratos públicos, na medida em que sua percentagem tem sido muito reduzida (apenas 1,6% dos contratos públicos são, nos termos do referido instrumento, adjudicados a operadores de outros Estados-Membros).

⁷⁶ À semelhança do que sucede no enquadramento normativo das parcerias público-privadas, com a elaboração do designado *outline business case* (OBC) que estabelece, entre outros elementos, a equação financeira e os limites de sustentabilidade orçamental (*affordability*) do projeto. Na avaliação das vias possíveis de satisfação de uma determinada necessidade coletiva (*Option Appraisal*), o OBC integra uma avaliação do *custo-eficiência* (*cost-effectiveness*). Neste sentido veja-se DAVID HEALD, “Value for Money Tests and Accounting Treatment in PFI Schemes”, *ob. cit.*, p. 346; consulte-se também, neste âmbito, E. R. YESCOMBE, *Public-Private Partnerships – Principles of Policy and Finance*, Elsevier, 2007, p. 62.

⁷⁷ A *accountability* – ou seja, a necessidade de “prestar contas”/justificar a opção do contrato perante terceiros – afigura-se-nos decisiva para o exercício transparente e democrático do poder público nestas matérias. Sobre esta tema no quadro do designado “*new public governance*”, PEDRO GONÇALVES, “Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública”, *ob. cit.*, p. 28.

⁷⁸ Conforme salienta PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Direito dos Contratos Públicos*, *ob. cit.*, p. 177; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, *ob. cit.*, p. 727.

mentos de regulação no plano internacional como, por exemplo, a propósito da preparação do lançamento de parcerias público-privadas, com a elaboração do designado “comparador do sector público”⁷⁹.

2.4. Na secção de ‘preparação’ da nova Diretiva encontram-se, também, regulados aspetos referentes à definição do objeto contratual.

Como já vimos, pode esta corresponder a uma tarefa apoiada na consulta preliminar ao mercado realizada pela entidade adjudicante e deve, entre outras regras, atender ao regime da divisão do contrato em lotes agora mais desenvolvido no artigo 46º da Diretiva, tendo em vista a prossecução da *utilização estratégica* da contratação pública através da almejada promoção da participação de pequenas e médias empresas nos procedimentos de compras públicas. Neste sentido, prevê-se naquele preceito o dever de a entidade adjudicante *justificar* a não subdivisão do contrato em lotes, devendo essa justificação constar dos *documentos do concurso* – na decisão de contratar constante do processo administrativo ou dos documentos submetidos pela entidade adjudicante na plataforma

⁷⁹ Veja-se, nesta matéria, no direito português, o disposto no Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio, quando se prevê:

(i) Na alínea a) do nº 1 do artigo 6º, sob a epígrafe “Pressupostos”: “O lançamento e a adjudicação do contrato de parceria pressupõem a (...) configuração de um *modelo de parceria que apresente para o setor público benefícios relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins* [o que era designado, no anterior regime, por comparador do setor público], avaliadas nos termos previstos no nº 2 do artigo 19º da lei de enquadramento orçamental e que, simultaneamente, apresente para os parceiros privados uma expectativa de obtenção de remuneração adequada aos montantes investidos e ao tipo e grau de riscos em que incorrem.” – itálico nosso;

(ii) Na alínea a) do nº 2 do artigo 12º, sob a epígrafe “Competências da equipa de projeto”: “Compete à equipa de projeto (...) elaborar a justificação do modelo a adotar, demonstrando a inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade económica e financeira”.

A este propósito, e conforme o disposto no nosso trabalho “O comparador do sector público nas parcerias público privadas”, *Revista da Tribunal de Contas*, nº 54, 2011, o comparador do setor público representa um instrumento financeiro cuja função consiste no *suporte técnico* à avaliação da sustentabilidade orçamental (*affordability*) e *Value for Money* de uma parceria público-privada face a formas alternativas de contratação pública. O comparador não representa um *limite máximo* (elemento de «*pass/fail test*») mas sim uma *estimativa*, uma *projeção*, um *custo hipotético* com natureza *instrumental*. Concluímos, também, com base no retrato normativo que englobava o (agora revogado) Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de abril, que daquele resultava uma *vinculação legal* de elaboração de um programa alternativo que demonstrasse a vantagem comparativa da via PPP em face a formas alternativas de contratação pública, para determinados projetos – aqueles que se subsumissem no âmbito de aplicação objetivo do diploma revogado, designadamente que envolvessem, cumulativamente, um encargo acumulado atualizado superior a 10 milhões de euros e um investimento superior a 25 milhões de euros. Esta conclusão mantém-se, como de forma “cirúrgica” se viu acima, na vigência do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio.

eletrónica, ou, no limite, no programa do procedimento ou convite⁸⁰ – ou do relatório individual de execução do contrato.

2.5. Repare-se, por seu turno, que na matéria dos critérios de adjudicação, em particular no que respeita à definição dos fatores de avaliação no critério da proposta economicamente mais vantajosa⁸¹, poderão ser considerados os designados “custos do ciclo de vida” do contrato – aspeto nuclear de cristalização da normatividade do princípio da eficiência e da contratação pública sustentável⁸². A entidade adjudicante deverá, nos termos da Diretiva, incluir nos *documentos do concurso*⁸³ os dados que os proponentes devem apresentar e a metodologia que utilizará para determinar os “custos do ciclo de vida” com base nesses dados.

2.6. Nesta análise “panorâmica” da regulamentação legal da nova Diretiva, não deveremos esquecer a inovadora regulamentação dos mecanismos de governação⁸⁴ da contratação e contratos públicos que expressa, de igual modo, a

⁸⁰ Considerando a natureza *regulamentar* que estes atos possuem, com a inerente disciplina jurídica do procedimento pré-contratual, pensamos que, na ausência de previsão na própria decisão de contratar, pode a justificação para a não divisão do contrato em lotes encontrar-se expressa nos referidos atos normativos.

⁸¹ Nesta sede, apesar de, numa primeira análise, parecer resultar da Diretiva uma “desvalorização” do critério do mais baixo preço, tal não passará – parece-nos – de uma “impressão” desprovida de fundamento uma vez analisada a matéria através de uma interpretação sistemática dos considerandos e normas da Diretiva como tem vindo a ser notado pela doutrina. Neste sentido, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK, Volume I* ob. cit., p. 208, afirma o seguinte: “The requirement to base the award on either the lowest priced or most economically advantageous tender has been reformulated as a requirement to make the award to the most economically advantageous tender. However, this is a change of form and not substance since a procuring entity may determine what is the most economically advantageous tender by considering price only”.

⁸² Neste sentido, MIGUEL Ángel Bernal Blay, “La contratación de las entidades locales en las nuevas directivas europeas sobre contratos públicos”, *Questões Atuais de Direito Local*, Braga, nº 6, (Abril-Junho 2015), p.100 e D.C. DRAGOS, B. NEAMTU, “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, *Modernising Public Procurement*, ob. cit., p. 302.

⁸³ Cf. artigo 68º, nº 2, da Diretiva.

⁸⁴ Atente-se, a este propósito, no teor do considerando 121) da Diretiva, onde se destaca a importância de os Estados-Membros deverem *monitorizar* os “problemas e políticas nacionais” da contratação pública, sendo livres de determinar as modalidades e as instâncias que devem ser encarregadas para o efeito. Foca-se a importância de os Estados-Membros disponibilizarem orientação, informação e apoio às autoridades adjudicantes e aos operadores económicos que “(...) poderá igualmente contribuir de forma significativa para reforçar a *eficiência* da contratação pública, graças a melhores conhecimentos e a uma maior segurança jurídica e profissionalização das práticas de contratação pública”, sendo que a orientação poderá “(...) abranger todas as matérias relevan-

preocupação de as entidades adjudicantes dos Estados-Membros prepararem, da melhor forma, os procedimentos adjudicatórios.

Consta na Diretiva a menção de que os Estados-Membros devem indicar instâncias que assegurem (i) o *acesso gratuito a informações e orientações* sobre a interpretação e aplicação do direito de adjudicação de contratos públicos da União, com vista a *auxiliar as autoridades adjudicantes e os operadores económicos*, em particular as pequenas e médias empresas, na aplicação correta das regras de adjudicação de contratos públicos da União e (ii) a disponibilização de apoio às autoridades adjudicantes no que respeita à *planificação e execução* dos procedimentos de adjudicação de contratos⁸⁵.

A ideia de *formação auxiliar* das entidades adjudicantes ancora-se no objetivo de *modernização* da atividade de contratação pública através da necessária *profissionalização* dos operadores públicos da contratação pública, numa lógica de atualização constante do conhecimento de quem opera esta atividade administrativa e de intercâmbio de experiências com quem opera atividades similares em áreas de *gestão privada*⁸⁶, sendo, por seu turno, a ideia de apoio na *planifi-*

tes para a contratação pública, como o *planeamento* das aquisições, os procedimentos, a escolha das técnicas e instrumentos e as *boas práticas de condução* dos procedimentos.” – itálico nosso.

⁸⁵ Cf. artigo 83º, números 1 e 4, da Diretiva.

⁸⁶ Veja-se, a este propósito, o disposto no interessante e esclarecedor Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE — Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, quando no ponto 4, sob a epígrafe “Razões para modernização”, é referido o seguinte:

(i) “Um grande obstáculo à realização de progressos na consecução do objectivo de um funcionamento eficaz do sector dos concursos públicos é a *falta de níveis satisfatórios de profissionalismo e de conhecimentos especializados* das autoridades públicas. A não abordagem no Livro Verde desta condição essencial para qualquer aquisição pública constitui uma lacuna. São muito poucos os incentivos a uma melhoria. O CESE recomenda vivamente a organização de campanhas de formação dos funcionários – em especial a nível regional e local – em matéria de negociação e conclusão de contratos viáveis” (ponto 4.2.1.);

(ii) “Além disso, é igualmente necessário mudar a cultura dos contratos públicos. A adjudicação de contratos públicos não é um simples exercício administrativo, e todos os níveis e departamentos da administração afectados pelo contrato devem estar envolvidos, tal como acontece em muitas sociedades comerciais. Só um compromisso com *práticas modernas em matéria de contratos públicos, nomeadamente a gestão de riscos, transversal a toda a hierarquia de uma autoridade pública, desde o topo até à base, pode garantir o êxito*. As práticas no sector dos serviços de utilidade pública constituem exemplos positivos” (ponto 4.2.2.);

(iii) “É necessário promover a *profissionalização da função de celebração de contratos públicos no sector público* através do desenvolvimento interno e da contratação de profissionais, reforçando assim o papel e o perfil da função. Em vários casos, duas medidas adicionais tiveram bons resultados: a *contratação de executivos experientes em matéria de aquisições oriundos de outras indústrias e a criação de agências de aquisição que proporcionam conhecimentos especializados às entidades adjudicantes durante todo o processo de concurso*. A qualidade dos compradores varia de país para país. O CESE defende a afe-

cação dos procedimentos convergente com a garantia dos objetivos primaciais de eficiência e utilização estratégica da contratação pública, concretizados, em larga medida, na fase de preparação do procedimento pré-contratual. Aliás, é neste particular contexto de modernização que é alicerçada, em nosso entender, a relevância que vem sendo conferida ao valor da *integridade*⁸⁷ na contratação

rição de desempenhos e o intercâmbio de boas práticas.” (ponto 4.2.4.) – itálico nosso. Esta ideia de modernização da preparação e gestão da atividade administrativa no domínio da contratação e contratos públicos segundo o racional e as boas práticas do *gestor privado* foi pertinentemente suscitada na exposição de RUI MEDEIROS no II Congresso de Direito Administrativo organizado pela Editora Almedina, a que tive a oportunidade e o prazer de assistir.

⁸⁷ Têm vindo a ser desenvolvidas, recentemente, orientações no plano internacional dirigidas ao modo como as entidades públicas devem atuar durante todo o ciclo da contratação. Este particular modo de atuar reflete o que tem vindo a ser designado por atuação em respeito pelo valor da *integridade* na contratação pública que, além de visar a *efetividade* da matriz axiológica que subjaz à preparação dos procedimentos adjudicatórios, procura assegurar um outro objetivo essencial na contratação pública no mundo interno: o controlo da corrupção.

Como tem sido notado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), a contratação pública representa uma das atividades mais vulneráveis à fraude e corrupção pelos fluxos avultados de verbas que origina. Por conseguinte, “(...) a governação deficiente no domínio dos contratos públicos prejudica a concorrência e faz subir o preço pago pela administração por bens e serviços, tendo um impacto direto nas despesas públicas e, portanto, nos recursos dos contribuintes. Os interesses financeiros em causa e a interação estreita entre os setores público e privado tornam os contratos públicos uma grande área de risco [para os fenómenos de fraude e corrupção] – Cf. OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD, 2009, p. 9.

Neste conspecto, o valor da integridade, consubstanciado na conduta de utilização de fundos, recursos, bens, e o exercício da autoridade pública, de acordo com propósitos oficiais, a ser prosseguidos em conformidade com o interesse público, tem vindo ser apontado como vital para assegurar a contratação pública mais eficiente e menos vulnerável à fraude e à corrupção.

A OCDE constata, também, que a regulação, em geral, da contratação pública é dirigida, primordialmente, à fase de formação dos contratos e não a outras fases do *ciclo de contratação*, como a importante fase da avaliação da *necessidade pública a satisfazer* (enquadrada na fase de preparação do procedimento pré-contratual), normalmente menos sujeita à transparência – Cf. OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD, 2009, p. 10.

Seguindo esta linha de raciocínio, foi detetado um conjunto de riscos de ineficiência associados à fase de preparação do procedimento, como (i) a falta de avaliação adequada da necessidade pública, falta de planeamento e de orçamentação do contrato, (ii) a influência de atores externos na fase preparatória, incluindo a interferência política, (iii) a definição inadequada ou com falta de objetividade de requisitos; (iv) a inadequada ou irregular escolha do procedimento de contratação, e (v) o insuficiente prazo para preparação do procedimento pela entidade adjudicante, ou o incumprimento do mesmo – cf. OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD, 2009, p. 53.

Em resposta aos referidos riscos, a OCDE propôs um conjunto de medidas de controlo, entre as quais se destaca, no que respeita à avaliação da necessidade pública a satisfazer, a redução das *assimetrias de informação* entre as entidades adjudicantes e os operadores de mercado, através de con-

pública, dirigido ao modo de atuação dos agentes públicos durante todo o ciclo da contratação.

2.7. Por último, atente-se na inovadora consagração do motivo de exclusão de concorrentes ou candidatos que tenham tido um “mau desempenho” em contrato anterior celebrado, aparentemente com qualquer entidade adjudicante, que tenha conduzido à “rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis”⁸⁸. Para além das notórias dificuldades interpretativas que esta norma suscita, poderá implicar a realização de tarefas acrescidas pela entidade adjudicante na fase preparatória do procedimento de ajuste direto relativamente à *escolha* da (s) entidade (s) a convidar, uma vez que, à partida, não poderá escolher uma entidade *impedida* de participar no procedimento por “mau desempenho” em contrato anterior.

2.8. Todos estes exemplos de *acrescida regulamentação legal na nova Diretiva de aspetos que devem ser considerados pelas entidades adjudicantes na fase de preparação do procedimento de contratação pública* refletem, em nosso entender, e como já foi explicitado, o particular enfoque conferido na Diretiva ao princípio da *eficiência*⁸⁹, no contexto finalístico europeu de utilização *instrumental* da contratação

sultas prévias ao mercado – no sentido, portanto, do que vem a ser, agora, consagrado na norma do artigo 40º da Diretiva – cf. OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD, 2009, p. 54. Segundo a Comissão Europeia, as novas Diretivas incluem, igualmente, normas *anticorrupção* e padrões de *boa administração* como uma parte importante do impulso modernizador que lhes subjaz. Nesta linha, refere-se que, “(...) as normas mínimas sobre conflitos de interesses, a consulta preliminar do mercado, os critérios de exclusão obrigatórios e facultativos, a «limpeza automática», as disposições mais rigorosas sobre a alteração ou a rescisão dos contratos, a centralização dos dados sobre casos de corrupção e conflitos de interesses, bem como as obrigações de controlo e denúncia, respondem em grande medida às preocupações expostas acima [alusivas aos riscos de ineficiência e corrupção].” – cf. UNIÃO EUROPEIA, COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório Anticorrupção da UE*, Bruxelas, 3 de fevereiro de 2014, p. 37.

A propósito da crescente relevância do valor da integridade, veja-se PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 53.

⁸⁸ Cf. artigo 57º, nº 4, alínea g), da Diretiva 2014/24/UE: “As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação (...): Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis”.

⁸⁹ Cf. EUROPEAN COMMISSION, *Explanatory Memorandum – Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council*, Brussels, 20.12.2011 COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD).

pública para a prossecução de determinadas *políticas horizontais* consideradas essenciais no quadro estratégico ‘Europa 2020’.

Por outro lado, estas novidades constituem refrações do princípio da concorrência⁹⁰ na conformação da fase de *desenho / conceção* dos procedimentos adjudicatórios, princípio agora consagrado, de forma expressa, no n.º 1 do artigo 18.º da Diretiva, traduzindo-se, assim, o que aparenta ser um *reforço* normativo conferido pelo legislador da União Europeia a este objetivo e princípio geral nucleares.

Será, portanto, na renovada matriz axiológica da *eficiência – boa administração e concorrência* que a acrescida regulamentação legal de aspetos a serem considerados na preparação do procedimento encontra o seu fundamento *primacial*, não se descurando, naturalmente, as influências conformadoras que os restantes princípios jurídicos clássicos da contratação pública europeia também possuem, designadamente, o princípio da transparência⁹¹.

3. A fase preparatória no ordenamento jurídico português: algumas questões

3.1. À luz do enquadramento normativo de direito da União Europeia acima sumariamente gizado, atendamos agora a alguns aspetos relativos ao espaço de relevância jurídica que esta fase de preparação pode ocupar no ordenamento jurídico português.

3.2. Em primeiro lugar, cumpre-nos referir que a ‘preparação’ contemplada na nova Diretiva situa-se, *nos planos cronológico e funcional*, em momento anterior ao início do procedimento de formação do contrato público – início este que,

⁹⁰ Cf. artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva.

A propósito do *conteúdo* do princípio da concorrência, no quadro jurisprudencial e de direito europeu de “suporte” à Diretiva 2004/18/CE, vejam-se as conclusões da Advogada-Geral STIX-HACKL, Processo C-247/02, *Sintesi*:

a) Em primeiro lugar, o princípio da concorrência visa a relação entre empresas, isto é os concorrentes ou proponentes. Pretende-se que exista entre estes uma concorrência paralela no que se refere ao pedido de fornecimento (34);

b) Em segundo lugar, o princípio da concorrência diz respeito à relação entre as entidades adjudicantes que devam ser qualificadas como empresas e as empresas, em particular ao comportamento de uma entidade adjudicante com posição dominante no mercado relativamente às empresas, ou ao de uma empresa em posição dominante no mercado para com a entidade adjudicante (...)” (35);

c) Em terceiro lugar, o princípio da concorrência tem por objetivo proteger a concorrência no ponto de vista institucional” (36).

Sobre o significado e alcance da consagração deste princípio na nova Diretiva, veja-se ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, ob. cit., p. 195-240.

⁹¹ Cf. artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/CE.

no ordenamento jurídico português, se encontra consubstanciado no CCP de forma expressa no ato administrativo da decisão de contratar⁹² devidamente exteriorizada, através de anúncio ou convite.

Poder-se-á, assim, afirmar que a decisão de contratar representa o culminar da preparação que terá por *função* principal permitir que a entidade adjudicante execute tarefas, faça ponderações, cumpra formalidades e pratique atos legalmente previstos tendo em vista *justificar*, com rigor, a *necessidade de contratar* para prosseguir a tarefa pública desejada no quadro legal das suas atribuições, assim como definir a melhor via, nos planos procedimental e substantivo, para, por meio do contrato, satisfazer a necessidade pública detetada⁹³.

3.3. Em segundo lugar, no que respeita a saber *o que é*, em sentido técnico-jurídico, esta ‘preparação’ do procedimento pré-contratual nada é previsto na Diretiva. Enunciam-se nesta, apenas, algumas matérias que, nas cogitações europeias, deverão ser consideradas nessa fase. Assim, afigura-se-nos essencial trazer para esta reflexão os contributos preciosos dados pela doutrina (sobretudo nacional) sobre a matéria.

Neste conspecto, e na perspetiva de SÉRVULO CORREIA, a atividade preparatória do procedimento pré-contratual consiste no conjunto articulado das ponderações, necessariamente assentes nos planos da *racionalidade dos meios ao dispor da entidade adjudicante*⁹⁴ e da proporcionalidade⁹⁵, de “ (...) valoração prioritária

⁹² Cf. artigo 36º, nº 1, do CCP.

⁹³ Neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 666; PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Direito dos Contratos Públicos*, ob.cit., p.176.

⁹⁴ A preponderância da *racionalidade de meios* na justificação pela entidade adjudicante de que precisa de prosseguir uma determinada tarefa pública e que, para tal, precisa de satisfazer uma determinada necessidade através de contrato – concretizando, portanto, o primeiro segmento, “adquirir o que é preciso”, da definição abreviada que acima vimos do conceito de eficiência na vertente *value for money* – é bem salientada pelo Autor quando afirma que a decisão de contratar “(...) apoia-se primeiramente numa *escolha do fim a prosseguir através do contrato*, a qual se conclui numa *hierarquização de necessidades vitais para a comunidade correspondente às atribuições da pessoa colectiva*, cujas premências têm de ser ponderadas comparativamente segundo um critério teleológico, isto é à luz de um interesse público de grau superior aos interesses hierarquizados para efeito de ordem de satisfação, que é o *interesse da racionalização dos meios a utilizar*, erigido, no artigo 267º, nº 4, da Constituição, em critério fundamental da atividade administrativa. Deste interesse público, que é ao mesmo tempo um critério de valoração de outros interesses públicos, recebe a Administração em cada momento uma diretriz de atuação preparatória que condiciona o exercício de todos os seus poderes, incluindo os contratuais” Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 664.

⁹⁵ Na ponderação da racionalidade de meios ao dispor da entidade adjudicante entrecruza-se um necessário exercício de proporcionalidade sobre a adequação do contrato delineado para a pros-

de uma atribuição da pessoa colectiva para efeito da satisfação da necessidade colectiva a ela correspondente, (...) detecção de uma situação concreta em que tal necessidade se manifeste e (...) escolha de um tipo concreto, ainda que eventualmente muito incompleto, de contrato administrativo como o meio mais racional de realizar o fim satisfazendo a necessidade”. O resultado deste conjunto de ponderações é vertido num *ato jurídico formal* – a decisão de contratar⁹⁶.

Por sua vez, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS elencam os atos que devem integrar a *fase preliminar* do procedimento de formação de contratos públicos – de natureza estritamente *interna* da entidade adjudicante –, como a decisão administrativa de contratar, a autorização da despesa pública (caso o contrato a comporte, naturalmente), a elaboração do programa do procedimento e do caderno de encargos, a elaboração do modelo de avaliação das propostas, a designação do júri do procedimento e, no caso do ajuste direto, a escolha das entidades a convidar⁹⁷.

Não se referindo expressamente à fase preliminar ou de preparação, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA acabam por enunciar as ponderações que nela têm lugar, quando afirmam que a decisão de contratar é o “acto unilateral pelo qual, constatada a *necessidade ou conveniência* de obter no (ou ceder ao) mercado certos bens ou serviços, o órgão com competência para comprometer a entidade adjudicante – financeiramente, se houver lugar ao pagamento de um preço, ou contratualmente, no caso contrário – decide abrir um procedimento para determinar com quem e em que condições concretas será celebrado o correspondente contrato”, referindo-se, ainda, a decisão

seção do fim desejado, na medida em que “(...) sempre a Administração, em face de um certo fim a prosseguir e de determinados pressupostos, exerce uma autonomia de decisão ao optar por um determinado contrato como o instrumento preferível para realizar o fim de interesse público na situação individualizada. Neste plano, a decisão ou deliberação de contratar conhece um importante limite interno colocado pelo princípio da proporcionalidade, que constitui o critério jurídico da racionalidade do meio relativamente ao fim para que foi escolhido”.

Prosegue o Autor referindo que o juízo de proporcionalidade da decisão de contratar “(...) não traduz uma reavaliação da optimização do fim através da aptidão, indispensabilidade e razoabilidade do meio (contratual) escolhido pela Administração: não se trata de saber se a solução encontrada foi a melhor possível. Pelo contrário, trata-se de um juízo negativo: a única constatação de relevo a que pode conduzir é a de que o meio não é adequado, indispensável ou razoável”, concluindo, afirmando que “o controlo jurídico da relação fim-meio da decisão ou deliberação de contratar é um controlo negativo; não é um controlo de satisfação do fim mas da frustração do fim”. Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 668.

⁹⁶ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 665-666.

⁹⁷ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Atividade Administrativa. Contratos Públicos*, Dom Quixote, 2ª Edição, 2009, p. 102-106.

de contratar como o ato cujo efeito jurídico se traduz na “*legitimação jurídica* da necessidade e conveniência do contrato em causa, as prestações que a entidade adjudicante se propõe obter através dele, e do instrumento (pré-contratual) através do qual pretende adquiri-las, constituindo assim o pressuposto básico de validade do procedimento de contratação público e do contrato.”⁹⁸.

PEDRO GONÇALVES, explica, por seu turno, que “[a]lém da consideração de exigências financeiras e orçamentais, relativas à *despesa* que o contrato pretendido vai provocar, a decisão de contratar pressupõe ainda o resultado positivo de uma avaliação sobre a *necessidade de contratar*, bem como sobre a *idoneidade do contrato* projetado ou imaginado para a satisfação daquela mesma necessidade”, exigindo ponderações de vária ordem e a consideração de “(...) eventuais implicações políticas, económicas e jurídicas que decorrem da preferência de contratar.”⁹⁹.

Focando um dos aspetos que consideramos essencial na fase preparatória da decisão de contratar, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO afirma que a *aferição da necessidade* a satisfazer constitui “um momento crucial da decisão pública, desde logo porque nele se decide, designadamente, se a satisfação da necessidade implicará recursos existentes na própria estrutura da entidade adjudicante ou se é necessário ou conveniente encontrar a satisfação dos mesmos fora do âmbito da entidade adjudicante”, denotando que “a importância desta fase “reflexiva” prévia não era tradicionalmente reconhecida, num quadro que tendia a maximizar a ideia de que a Administração decide discricionariamente de que forma melhor prosseguir o interesse público por via de contrato”, e esclarecendo que existem Autores que “chamam a atenção para a essencialidade deste momento, na óptica de uma correcta *identificação e justificação* da necessidade pública cuja satisfação se irá procurar com o contrato”¹⁰⁰ – itálico nosso.

Na linha dos Autores a que se alude no parágrafo anterior, MEILÁN GIL afirma que na *documentação preparatória* do procedimento deve deixar-se a referência à *necessidade e idoneidade do contrato*, que devem ser determinadas com precisão, já que as entidades adjudicantes não poderão celebrar outros contratos senão aqueles que sejam necessários para o cumprimento e realização dos seus fins institucionais¹⁰¹.

⁹⁸ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos*, ob.cit., p. 777.

⁹⁹ Cf. PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 177.

¹⁰⁰ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, ob. cit., p. 726.

¹⁰¹ Cf. JOSE LUIS MEILÁN GIL, “Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos”, *Revista de la Facultad de Derecho, PUCP*, nº 66, 2011, p. 232.

3.4. Em suma, deste breve enunciado de doutrina resulta, entre outros aspectos, um “padrão analítico”: o constante foco no *propósito* desta fase preparatória servir para avaliar a *necessidade de contratar*, assim como a *idoneidade do objeto* do contrato para alcançar a finalidade pretendida pela entidade adjudicante. Ora, pensamos que este padrão traduz, em expressão mais desenvolvida, o que acima referimos, em forma sucinta, a propósito do conceito de eficiência na vertente do *value for money* – “adquirir o que é preciso, nas melhores condições possíveis”.

Assim e no seguimento dos contributos dos ilustres Autores citados, parece-nos que a “fase de preparação” do procedimento de formação de contratos públicos, perspetivada à luz da principiologia e regulamentação legal da nova Diretiva, pode consubstanciar, no direito português, a *sequência ordenada de ponderações, atos e formalidades*¹⁰² *conducente à formação dos atos jurídicos formais, decisórios e externos*¹⁰³, *a praticar pela entidade adjudicante aquando do momento inicial do procedimento pré-contratual – as decisões de contratar, autorização da despesa, escolha do procedimento e aprovação das peças do procedimento –, e que representam, nesses atos formais, a causa-função do contrato e os fundamentos de legitimação jurídica, económica e financeira do contrato definido e do procedimento pré-contratual escolhido.*

Nesta formulação, com pontos de contacto com a noção de procedimento administrativo, resulta que a fase de preparação aproximar-se-á de um verdadeiro *procedimento prévio*¹⁰⁴ ao procedimento pré-contratual, no qual, designadamente, a *ordenação* dos atos e formalidades não se afigura indiferente. Uma das razões radica precisamente no facto de a *ordenação* de alguns atos preparatórios já resultar legalmente *imposta* no atual ordenamento jurídico português.

¹⁰² Enquanto “trâmites que a lei manda observar com vista a garantir a correcta formação da decisão administrativa (...)”, cf. FREITAS DO AMARAL, com a colaboração de LINO TORGAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2003, p. 244.

¹⁰³ Sobre a importância da classificação dos atos da administração em *externos* e *internos* face ao novo conceito de ato administrativo constante do artigo 148º do Código de Procedimento Administrativo, veja-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O novo regime do código de procedimento administrativo*, 2ª Edição, Almedina, 2015, p. 132-138.

¹⁰⁴ Note-se, aliás, que a proceduralização de “fases preparatórias/instrutórias” de procedimentos de formação de contratos públicos encontra concretizações em domínios específicos do ordenamento jurídico português, como, por exemplo, o regime de *conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global* das parcerias público-privadas constante do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio, ou da contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) – sobre esta última matéria, LINO TORGAL, MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora.

3.5. De facto, parece-nos que não deverá o legislador nacional, na transposição da Diretiva sobre a matéria da preparação, ignorar o facto de já existir um conjunto de preceitos, localizados em legislação dispersa, que vincula as entidades adjudicantes, *em determinados momentos da preparação do procedimento pré-contratual*, à prática de atos e à observância de determinadas formalidades legais, em matérias *financeira e orçamental*. Trata-se do planeamento da contratação pública realizado em momento anterior ao início do procedimento pré-contratual, com enfoque na orçamentação das necessidades aquisitivas das entidades adjudicantes.

São, por exemplo, os casos do regime do parecer prévio e da redução remuneratória nos contratos de aquisição de serviços previsto na Lei de Orçamento de Estado¹⁰⁵ e o regime da autorização prévia de assunção de compromissos plurianuais da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas¹⁰⁶, não se esquecendo, também, o regime de autorização de despesa pública (ainda) constante do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

Neste contexto, não deverá, em nosso entender, ser menosprezada a *oportunidade* que a transposição da Diretiva representa para a *consideração destes aspetos de forma sistematizada*¹⁰⁷ no CCP, por razões, em última análise, de coerência do sistema e de certeza na aplicação do Direito.

¹⁰⁵ Cf. artigos 49.º e 51.º da Lei n.º 42/2016 de 28/12. Na verdade, desde 2010 têm vindo a ser consagradas normas disciplinadoras da fase preparatória da formação de contratos de aquisição de serviços na Lei de Orçamento de Estado, sob a égide do controlo da despesa pública e do sobredimensionamento da administração pública através dos “falsos contratos de tarefa”.

Nestas normas tem vindo a exigir-se às entidades adjudicantes que emitam pareceres *prévios* à decisão de contratar no sentido de controlar:

- a) A inexistência de trabalho não subordinado, para a qual se revele inconveniente o recurso a qualquer modalidade de vínculo de emprego público, bem como a inexistência de pessoal em situação de requalificação apto para o desempenho das funções subjacentes à contratação em causa;
- b) A prévia declaração de cabimentação orçamental;
- c) A aplicação do regime da redução remuneratória (caso esta tenha lugar, no caso concreto); e
- d) A autorização de compromisso plurianual prevista na Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso – cf. artigo 51.º, n.ºs 2 e 4 da Lei n.º 42/2016 de 28/12.

¹⁰⁶ Cf. artigo 6.º da Lei n.º 8/2012, de 2 de fevereiro, com as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, Lei n.º 64/2012, de 20 de dezembro, Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro e Lei n.º 22/2015, de 17 de março.

¹⁰⁷ Em rigor, esta sistematização obrigaria, pensamos, a uma previsão *estruturalmente autónoma* da fase de preparação na medida em que, em nosso entender, esta representa a única alteração *estrutural* da nova Diretiva no que respeita à tramitação procedimental *geral* de formação dos contratos públicos.

3.6. Acresce referir que a necessidade de transposição¹⁰⁸ da Diretiva para o ordenamento jurídico português conduz a equacionar o que a ‘preparação’ nela prevista poderá representar, no acima proposto “invólucro procedimental”, designadamente quais as ponderações/atos de *natureza vinculativa* que, em nosso entender, deverão integrá-la como parâmetros normativos de *benchmarking* da atuação administrativa nesta sede.

Caso se realizasse uma transposição de normas da Diretiva pelo método “cut-copy” ou “cut-paste”¹⁰⁹ – utilizado, de resto, em vários Estados-Membros – poderíamos pensar que, pelo menos, a *consulta preliminar ao mercado* teria necessariamente de ser prevista, nos precisos termos em que é enunciada na Diretiva, em preceito autónomo – considerando que as outras matérias renovadas previstas na fase de preparação (especificações técnicas, participação prévia de candidatos ou proponentes, rótulos ecológicos, relatórios de ensaio, certificação e outros meios de prova, propostas variantes, divisão do contrato em lotes e prazo para apresentação de propostas) encontrariam uma norma de “acolhimento” no atual CCP, o que significaria, portanto, que não teriam, à partida, uma consagração legal autonomizada “em cópia” da Diretiva.

Não considerando que o método “cut-copy” seja a escolha natural no contexto português de codificação, atentas, desde logo, as prováveis desarmonias sistemáticas que a sua implementação poderia causar, entendemos que existem algumas ponderações¹¹⁰ e atos que deveriam ser considerados pelo legislador

¹⁰⁸ Num comentário “cirúrgico” a este propósito, parece-nos que a transposição da Diretiva deverá ser pautada pelo equilíbrio e moderação: contida no impulso de tudo modificar e focada em introduzir, *na sistemática construída do Código*, os aspetos de regime a transpor, aproveitando-se esta “oportunidade” para corrigir as falhas detetadas pelos inúmeros contributos dados pela doutrina e jurisprudência ao longo dos últimos oito anos. Não defendemos, portanto, uma transposição minimalista – através, se quisermos, do método “cut-copy” utilizado, p.ex., em Inglaterra – nem *maximalista* – no sentido de ser integralmente desconstruído o esforço meritório de codificação de regimes já realizado assim como o contributo consolidado da doutrina e jurisprudência sobre as matérias do Código que, note-se, ainda tem relativo pouco tempo de vigência no ordenamento jurídico português e de “prática” pelos respetivos aplicadores.

¹⁰⁹ Sendo o método utilizado em Inglaterra, veja-se o que se diz acerca do mesmo no *Explanatory Memorandum To The Public Contracts Regulations*, Cabinet Office, 2015, n.º 102, disponível em http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/pdfs/ukxiem_20150102_en.pdf.

¹¹⁰ No leque de ponderações que devem ser realizadas pelas entidades adjudicante, enunciamos aquelas que nos parecem *estruturantes* para a composição fundamentada e adequada das decisões de contratar, escolha do procedimento e aprovação de peças que satisfaça, da melhor forma possível, as necessidades da entidade adjudicante, e em respeito pelo enquadramento jurídico-político nesta área, e europeu e nacional. Sobre esta matéria, veja-se o teor do Parecer do COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU sobre o Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE — Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa [*COM(2011) 15 final*] (2011/C 318/19), a propósito da interseção dos contratos públicos com

nacional na regulamentação legal de uma fase de preparação *estruturalmente autonomizada e transversal* a todos os procedimentos de contratação pública¹¹¹, como sejam:

- a) A identificação precisa da necessidade a satisfazer para a prossecução da tarefa pública pretendida, no quadro das atribuições da entidade adjudicante;
- b) A possibilidade de realização da consulta preliminar ao mercado;
- c) A justificação, no plano da racionalização de meios e de hierarquização de necessidades vitais para a entidade adjudicante, da *necessidade de contratar* comparativamente com outras formas de atuação, incluindo o recurso a meios internos, na linha do *teste de necessidade* (*make it or buy*¹¹² ou, ainda, *neither to make nor buy*); neste contexto poderia, no que respeita aos contratos de aquisição de serviços, ser verificada a inexistência de trabalho não subordinado para o qual se revelasse inconveniente o recurso a qualquer modalidade de vínculo de emprego público, bem como a inexistência de pessoal em situação de requalificação apto para o desempenho das funções subjacentes à contratação em causa, aspeto este, como vimos, previsto na Lei de Orçamento de Estado¹¹³;
- d) A demonstração de capacidade orçamental da entidade adjudicante para a via do contrato projetado, atestando, designadamente, a possibilidade de cumprimento do disposto no complexo de legislação referente a matérias financeiras e orçamentais da *despesa pública* (caso o contrato implique a realização de despesa pública, naturalmente);

outras políticas públicas, quando sublinha que a “(...) responsabilidade no sector dos contratos públicos incumbe em primeiro lugar às autoridades nacionais, regionais, locais e europeias, que devem encontrar, em cada caso, no âmbito das directivas, o *justo equilíbrio entre diferentes exigências sociais, como a inovação, o ambiente, os aspectos sociais* (16) *(incluindo a regulamentação social relativa às pessoas com deficiência) e a eficiência, as fases de produção, os custos, o número de fornecedores, os possíveis resultados dos contratos, etc.*” (ponto 5.7) – itálico nosso.

¹¹¹ De forma menos completa, porém, no procedimento de diálogo concorrencial, em que a entidade adjudicante, em suma, se vê na “impossibilidade objetiva de especificar os meios aptos a satisfazer as suas necessidades ou de avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas e/ou soluções financeiras/jurídicas” – conforme dispõe o Considerando 31 da Diretiva 2004/18/CE.

¹¹² Cf. PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 177; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, ob. cit., p. 727.

¹¹³ Cf. artigo 51º, nº 2, da Lei nº 42/2016, de 28/12. Já existem algumas outras manifestações de imposição legal deste “teste de necessidade” e a particular ou especial fundamentação de certos atos. São os casos do disposto no artigo 50º da Lei de Orçamento de Estado (relativamente à aquisição de estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria) e o disposto, no artigo 127º, nº 2, do CCP.

- e) A demonstração da *idoneidade* do objeto do contrato delineado para a satisfação da necessidade identificada – onde, em nosso entender, já deverão constar ponderações precisas como, designadamente, a adequação do tipo contratual escolhido, a eventual justificação para a não subdivisão do objeto contratual em lotes, a adequação do respetivo procedimento de contratação pública, assim como o elenco de formalidades legais que sejam necessárias cumprir.

Em momento subsequente a este “passo preliminar” da fase de preparação do procedimento, e caso da mesma não resultasse qualquer entrave, prosseguir-se-ia, então, com os restantes atos preparatórios, designadamente:

- f) A elaboração das peças do procedimento, com respeito, naturalmente, pelo “bloco de legalidade” que regula a forma, as formalidades e os atos que a entidade adjudicante deve considerar;
- g) O cumprimento das disposições previstas em legislação avulsa, designadamente na Lei de Orçamento de Estado quanto à obtenção de pareceres prévios e aplicação de reduções remuneratórias nos contratos de aquisição de serviços;
- h) A autorização, a inscrição e a cabimentação orçamental da despesa e o cumprimento das disposições referentes às autorizações de compromissos plurianuais constantes da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas e demais legislação aplicável a matéria de despesa pública (caso o contrato implique a sua realização);
- i) A escolha da (s) entidade (s) a convidar, caso se opte pelo procedimento de ajuste direto, com a eventual ponderação sobre o “mau desempenho” da (s) entidade (s) a convidar em contrato anterior;
- j) A aprovação das peças do procedimento, a decisão de escolha do procedimento pré-contratual, e a designação do júri do procedimento caso se afigure necessário.

3.7. Em Espanha não vemos uma abordagem muito diferente da acima projetada quanto à justificação da necessidade de contratar, quando se prevê uma fase de demonstração da necessidade e idoneidade do contrato, no artigo 28^o, sob a epígrafe “Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”¹¹⁴,

¹¹⁴ Dispõe-se no referido projeto o seguinte: “Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

do Projeto de transposição das novas Diretivas 17 de abril de 2015. O mesmo sucede em França, na Ordonnance n^o 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, no artigo 30^o da Secção 2, sob a epígrafe “Définition préalable des besoins”¹¹⁵.

3.8. Convirá referir que este enunciado de ponderações e atos assenta numa lógica de regulamentação legal do conteúdo de *aspectos vinculados estruturantes* a ter em consideração nos atos jurídico-formais propulsivos do procedimento, aspetos estes de verificação *sequencial* – ou seja, preferencialmente na ordenação proposta, em particular no que respeita ao primeiro corpo de ponderações do “passo preliminar” da fase de preparação.

Na verdade, a prática da advocacia nesta área demonstra – com o circunstancialismo, naturalmente, que da mesma faz parte – que, não raras vezes, tende-se, por exemplo, a avançar para a elaboração de peças do procedimento – com a alocação de recursos e os custos, por vezes, avultados que implica – sem ter sido pelas entidades adjudicantes analisada, de forma rigorosa, a necessidade de contratar, a capacidade jurídica e financeira para o fazer, a definição do modelo de contratação a seguir, entre outros aspetos. A *prevenção* deste modo de agir constitui umas das razões do acima designado “passo preliminar” da fase de preparação, para uma mais eficiente e estratégica contratação pública, nas linhas que vimos serem os objetivos principais da nova Diretiva.

Neste específico contexto, a imposição de vinculações quanto à *existência* de determinadas ponderações¹¹⁶ no aludido “passo preliminar” para prevenção do erro e construção de melhores decisões da Administração não deverá, em nosso entender, ser “confundida” com uma excessiva burocratização ou aumento de “red tape” – de natureza contrária ao espírito de simplificação da Diretiva – ou uma “vontade oitocentista” de tudo regular na lei, ou de regular em sentido “paternalista” a forma de agir das entidades adjudicantes, argumentos que nos parecem desenquadrados da génese, significado e relevância jurídica da fase de preparação, tal como vem sendo exposta no presente texto.

É inequívoco que o imprescindível espaço de discricionariedade administrativa não deixa de existir na preparação e tomada da decisão administrativa, embora restringido na “malha de normatividade” de origem europeia, resultante,

¹¹⁵ Prevê-se neste preceito o seguinte: “La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale”.

¹¹⁶ Relembrando que a decisão discricionária é um *processo de ponderação* que tem de abarcar *todos os interesses individuais e públicos* envolvidos, HANS WOLFF, OTTO BACHOF, ROLF STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 460-468.

em última análise, do princípio do primado de aplicação do direito derivado da União Europeia¹¹⁷.

Neste contexto, parece-nos importante sublinhar a ideia de que o mote europeu da eficiência, nas “bandeiras” da simplificação e flexibilização procedimentais, não deverá, na matéria específica da fase de preparação, significar uma acrescida desparametrização da atividade de contratação pública em prol de uma “amplificação” das margens de discricionariedade administrativa.

Sem prejuízo do aparente conflito entre, por um lado, os valores da simplificação e flexibilização e, por outro, a restrição de discricionariedade através da normatividade do direito europeu – significativa, como vimos, da “confusa” redação da Diretiva –, não convirá, na nossa perspetiva, “perder de vista” que a contratação pública consubstancia uma atividade de *direito público* com a utilização de *dinheiros públicos*. Por conseguinte, torna-se difícil conceber que uma entidade adjudicante de um Estado-Membro possa decidir contratar, definir o objeto contratual, e escolher o procedimento pré-contratual no exclusivo exercício *maximalista* dos seus poderes discricionários, vertendo essa atividade preparatória não devidamente parametrizada nos atos jurídicos formais que deve praticar. Em rigor, o próprio “bloco de legalidade”¹¹⁸ que vincula a atividade administrativa parece-nos reclamar, no contexto programático da renovada Diretiva, uma *acrescida parametrização* da atuação administrativa neste domínio, por necessária obediência aos objetivos de recuperação económica e financeira dos Estados-Membros da União Europeia, como acima foi mencionado.

3.9. Assim, a projetada autonomização estrutural, no CCP, da fase de preparação com as ponderações, atos e formalidades acima referidas contribuiria para

¹¹⁷ Neste sentido, HANS WOLFF, OTTO BACHOF, ROLF STOBER, *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 468.

¹¹⁸ A propósito do conteúdo do “bloco de legalidade”, na expressão de HAURIOU, veja-se, entre outros, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 56. Atente-se, também, no enunciado – que consideramos particularmente feliz – do princípio da juridicidade por PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, ob. cit., p. 290, quando afirma: “(...) a noção operativa da legalidade não se circunscreve hoje às normas positivas criadas no âmbito de uma postura voluntarista das estruturas decisórias do poder político: o desenvolvimento do Direito Administrativo de um Estado de Direito material impõe que a legalidade administrativa, sem prejuízo de compreender também uma dimensão de legalidade democrática (...) não se circunscreva ao Direito positivo ou Direito escrito, albergando também no seu seio um “Direito inorganizado ou não escrito”, compreendendo o costume, os princípios gerais de Direito e a própria “ideia de Direito”, incluindo-se aqui princípios jurídicos fundamentais que, independentemente de estarem ou não positivados, vinculam e limitam todo o poder público, desde o legislador constituinte até ao mais modesto agente ou funcionário administrativo. Neste contexto reside o cerne do princípio da juridicidade e a base de um Estado de Direito material ou Estado de juridicidade”.

um acréscimo da garantia de juridicidade¹¹⁹ do procedimento e do contrato, tendo em vista a prossecução do interesse público na vertente da boa administração em articulação com os objetivos contemplados na Diretiva¹²⁰.

Aliás, na lógica preventiva já referida, a eventual consagração desta acrescida parametrização numa fase preparatória autonomizada do CCP representaria, em nosso entender, uma importante garantia de *transparência*, uma vez que poderia possibilitar o conhecimento por terceiros, de forma mais aprofundada, dos *pressupostos* em que assentaria a decisão de contratar (e, por conseguinte) do projeto de contrato constante das peças de procedimento, permitindo-se, *em tempo útil*, e cumpridos os respetivos requisitos, uma maior (e melhor) *sindicabilidade* da decisão e peças do procedimento. Tudo isto considerando o aspeto essencial de que o resultado da atividade preparatória constaria das decisões de contratar, escolha do procedimento e aprovação das peças, e que estas estariam entre os documentos do processo administrativo ou, ainda, dos documentos submetidos pela entidade adjudicante nas plataformas eletrónicas de contratação pública.

A sanção, em *momento útil*, de vícios invalidantes da decisão de contratar ou das peças do procedimento *preveniria* a necessidade de tomar medidas em momentos críticos, medidas estas muitas vezes difíceis de fundamentar e que atrasam, ainda mais, a conclusão do procedimento em prejuízo direto da entidade adjudicante e dos concorrentes. Na verdade, a garantia acrescida de que o procedimento nasceria “saudável”, em plena conformidade com o Direito, *preveniria* ainda os encargos agravados a suportar pelo erário público com a (por exemplo) inútil tramitação de um procedimento ilegal *ab initio*.

Nunca é demais sublinharmos a ideia – que nos parece essencial – de que a preparação (incluindo o planeamento orçamental), o procedimento pré-contratual e a fase de execução do contrato deverão constituir uma *sequência unitária*¹²¹ e *interdependente na sua validade e operatividade*, que não esteja inquinada de vícios que prejudiquem a viabilidade do procedimento pré-contratual ou do contrato, ou, ainda, que não seja permeável a vicissitudes que possam ocorrer. Na verdade, existe uma matriz de *pressupostos* definidos na fase preparatória – e exteriorizados na fase pré-contratual – que sustenta uma *finalidade* de interesse público e um modo de atuação escolhido pela entidade adjudicante que, salvo os

¹¹⁹ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, ob. cit., Almedina, p. 290.

¹²⁰ A este propósito, e de forma enfática, SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 2, afirma: “Indeed, public procurement reform and best practice could make significant contributions in terms of *reducing administrative red tape*, supporting innovation and green policies and, more generally, in boosting competitiveness of EU business (particularly, SME’s), which are Paramount goals of the Europe 2020 strategy” – itálico nosso.

¹²¹ Veja-se, em sentido similar, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, ob. cit., p. 684-685.

casos expressamente previstos na lei, deve ser mantido durante todo o ciclo do procedimento e do contrato¹²². Por outro lado, a *validade e operatividade* de uma fase interfere com as demais, daqui resultando a ideia de *interdependência* entre fases, o que, uma vez mais, por razões de certeza jurídica, traduz a necessidade de ser devidamente delimitada esta *fase preparatória* na sistemática do CCP.

Muitos exemplos poderiam ser dados para corroborar a referida asserção. Pense-se, por exemplo, na verificação de uma causa de não adjudicação por efetiva ocorrência de circunstâncias supervenientes à decisão de contratar que alterem os *pressupostos* da mesma¹²³. Caso não seja definido na fase de preparação, com rigor, quais são os *pressupostos* subjacentes à decisão de contratar e ao projeto de contrato, pode ser muito difícil, ou mesmo inviável, à entidade adjudicante fundamentar e tomar a referida decisão de não adjudicação.

3.10. Por seu turno, afigura-se-nos insuficiente e inadequada, no limite por razões de segurança jurídica¹²⁴, a regulação desta fase através, principalmente, da normatividade dos princípios, atendendo a que destes, pela sua natureza de *mandatos de otimização*¹²⁵, por vezes não se apura, com certeza, o que é ou não permitido. Pensamos ser também insuficiente que estes aspetos sejam regidos *apenas* por instrumentos de *soft law*¹²⁶ (comunicações interpretativas ou *guidelines* com regras de conduta) que, não obstante a sua importância prática, são desprovidos da *vinculatividade jurídica* que julgamos necessária nesta fase, pelos motivos expostos.

3.11. Poder-se-á, igualmente, suscitar a questão de saber se a eventual regulamentação de uma fase preparatória estruturalmente autonomizada no CCP influenciará, ou não, o momento que se deve considerar *inicial* do procedimento pré-contratual para efeitos de aplicação da lei no tempo. Neste âmbito,

¹²² Aspeto este que nos parece sair reforçado na Diretiva quando é consagrado o regime de modificação objetiva dos contratos, plasmando-se, com algumas adaptações, a jurisprudência do Acórdão PRESSETEXT, Processo C-454/06, de 9 de junho de 2008.

¹²³ Artigo 79º, nº 1, alínea d), do CCP.

¹²⁴ Conforme explica PEDRO GONÇALVES, colab. CARLA MACHADO, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 136, o risco do recurso *imoderado* a princípios como *normas do caso concreto*, sem a mediação de regras, é a possibilidade de colocar em causa a segurança jurídica.

¹²⁵ Cf. ROBERT ALEXY, “Sobre la Estructura de Los Principios Jurídicos”, *Três Escritos Sobre Los Derechos Fundamentales y la Teoría de Los Principios*, 2003, p. 95.

¹²⁶ Para uma noção do significado jurídico de *soft law*, como *ius imperfectum*, consubstanciando os atos relativamente aos quais se pode encontrar uma “réstia de força vinculativa”, ou seja, de impenetividade, e que, por isso, se encontram dentro do mundo do Direito, apesar de apresentarem níveis de vinculação e grau de imperatividade mais reduzidos, veja-se PAULO OTERO, *Legalidade e Administración Pública*, ob. cit., p.175-176.

julgamos que se imporá uma distinção terminológica entre o “procedimento pré-contratual” propriamente dito (que se inicia com a decisão de contratar, devidamente “exteriorizada”) e a prévia “fase de preparação” daquele, nos termos acima propostos, integrante de uma noção “ampla” de “procedimento de formação de contratos públicos”.

Independentemente da transposição que venha a ser concretizada, dir-se-á, neste plano de análise, que a realização de uma consulta preliminar ao mercado não se afigura suscetível de criar uma *auto-vinculação* da entidade adjudicante – enquanto conjunto de vínculos que a Administração coloca a si própria para o desenvolvimento da sua futura atividade¹²⁷ – no sentido de decidir iniciar um procedimento pré-contratual ou, muito menos, adjudicar uma proposta ou celebrar um contrato. Aquele ato preparatório e os demais que poderão integrar esta fase não parecem ser, tipicamente, aptos a criar expectativas jurídicas¹²⁸ junto de potenciais interessados, de intensidade suficiente, que devam ser acau-teladas, por exemplo, no plano indemnizatório. Deste modo, cremos que o momento inicial do procedimento pré-contratual, para efeitos de aplicação da lei no tempo, continuará a ser pontuado pela decisão de contratar, devidamente publicitada, e “robustecida”, se assim for a vontade do legislador nacional, por um conjunto acrescido de ponderações, atos e formalidades prévias.

3.12. Não obstante o referido no ponto anterior, poderemos questionar o potencial de *lesividade* e de *destacabilidade* dos atos inseridos na fase de preparação do procedimento pré-contratual. Este potencial dependerá muito do tipo de regulação que venha a existir sobre a matéria, designadamente em função do grau de publicidade de atos preparatórios que possa vir a ser exigida.

Neste ponto, e em abstrato, não nos parece desajustado que, em contratos de valor elevado – no limite, superior aos limiars europeus –, se justifique a obrigatoria publicitação de determinados atos preparatórios¹²⁹ (como o *teste de*

¹²⁷ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, “As peças do procedimento”, *Estudos de Contratação Pública IV*, Coimbra Editora, 2013, p.112, citando VIPIANA, *L'Autolimite della Publica Amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 1.

¹²⁸ Em sentido contrário à *vontade firme* da entidade adjudicante manifestada na decisão de contratar através da qual se cria nos potenciais interessados a expectativa legítima de que, dentro dos limites de aceitabilidade contratual fixados pelo caderno de encargos, a proposta mais competitiva à luz do critério fixado no convite ou no programa do procedimento será objeto de adjudicação e dará origem à celebração de um contrato. Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A persistência das dúvidas acerca do alcance das causas de não adjudicação em procedimentos de contratação pública”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 109, Janeiro/Fevereiro 2015, p. 56.

¹²⁹ À semelhança do que sucede nas parcerias público-privadas em Inglaterra, com a possível publicitação prévia das avaliações económicas e financeiras, cf. HM Treasury’s *Value for Money Assessment Guidance*, 2004, p.11, 2.12.

necessidade do recurso à via de contratação pública, ou o próprio *projeto de contrato em momento anterior à sua aprovação*), propiciando, através do seu potencial de lesividade e de destacabilidade, a impugnação por parte de terceiros ou, ainda, o controlo de *legalidade* (e, sublinhe-se, não de mérito) e de erro manifesto¹³⁰ por entidades jurisdicionais, de natureza independente ou outra¹³¹. Sucederia nos casos, por exemplo, de défice ou violação de ponderações¹³² pela entidade adjudicante – como a *não identificação da necessidade* pública a satisfazer, a *não realização do teste de necessidade* que justificasse, no *plano de proporcionalidade*, a via da contratação pública face a outras alternativas, a realização de um *teste manifestamente insuficiente ou errado*, ou a *manifesta desadequação do objeto* do contrato para a satisfação da necessidade pública.

A motivação desta asserção encontra-se num racional de prevenção da ilegalidade ou erro manifesto *em momento útil* – ou seja, em momento anterior ou no decurso da tramitação, por vezes complexa, da própria fase de preparação do procedimento de contratação que implica, para a entidade adjudicante, com frequência, uma alocação significativa de recursos e pode, muitas vezes, implicar custos avultados com assessoria especializada. Pensamos, com maior ênfase, nos estudos de natureza financeira que justifiquem o recurso à via da contratação pública por oposição a outras alternativas, e a assessoria jurídica, financeira e de engenharia que possa ser contratada para a elaboração das peças do procedimento.

Em face do exposto, e procurando “fechar o círculo” de raciocínio, poderíamos ainda afirmar que o (eventual) direito substantivo de “prevenção” acima projetado que viesse a ser transposto para o CCP sempre encontraria a correspondente tutela adjetiva do novo contencioso administrativo urgente. Pensamos, designadamente, na inovadora possibilidade de adoção de *medidas provisórias* destinadas, aparentemente, a *corrigir*, com a maior celeridade, e a título definitivo, as ilegalidades que se detem no procedimento de formação dos contratos públicos, com exceção daquelas que incidam sobre o ato de adjudicação.

¹³⁰ Entendendo-se que nos casos de *erro manifesto* a Administração exorbita dos seus poderes e sai abertamente do campo da discricionariedade para entrar num campo de legalidade susceptível de controlo jurisdicional – cf. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo (...)*, ob. citada, p. 84.

¹³¹ Aqui olhamos, com particular curiosidade, para as “autoridades, organismos ou estruturas de acompanhamento” previstas no artigo 83º da Diretiva, sob o capítulo “Governança”, e a forma como o legislador nacional irá abordar, no ordenamento jurídico nacional, esta novidade de *mellhoria* na “governança” da contratação pública. Aquelas entidades deverão, nos termos da referida norma, reportar vícios específicos ou sistémicos das regras de contratação pública a autoridades de auditoria, aos tribunais ou outras autoridades ou estruturas nacionais competentes, como o Provedor de Justiça, os parlamentos nacionais ou as respetivas comissões parlamentares.

¹³² Cf. HANS WOLFF, OTTO BACHOF, ROLF STOBER, *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 468.

Assim, não parece que resultasse da perspetivada noção de ‘preparação’ como “procedimento prévio” integrante do procedimento de formação de contratos públicos, um qualquer défice de correspondência com a “macrocéfala” tutela pré-contratual urgente que vigora no ordenamento jurídico português, por imposição do direito da União. Aliás, sempre a garantia de efetividade do renovado direito europeu da contratação pública consubstanciaria o fundamento primacial para que a tutela jurisdicional efetiva se *estendesse*, a montante, à “atividade preparatória” do procedimento pré-contratual que parece ser, agora, considerada na nova Diretiva.