

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

VOLUME LVIII
2 0 1 5



COIMBRA

ÍNDICE

ARTIGOS

- ANTÓNIO MARTINS – *A Tributação e os Preços de Transferência. Estudo de Caso de Aplicação do Método da Margem Líquida das Operações* 1
- F. JESÚS CARRERA HERNÁNDEZ – *Soberanía Estatal Versus “Solidaridad”. De la Coordinación de Políticas Económicas a la Progresiva Instauración de Mecanismos de Asistencia Financiera en la Unión Europea* 63
- GIUSEPPE CELI – *Global Value Chain Disintegration and the Labour Market Effects of International Trade. The Lesson of OPT between the EU and the CEECs in the 1990s* 129
- MAFALDA MIRANDA BARBOSA – *A Propósito do Caso BES. Algumas Notas acerca da Medida de Resolução* 187
- PEDRO MATIAS PEREIRA – *A Promoção das PME na Contratação Pública. As Novas Diretivas* 241
- TERESA ALMEIDA – *A Relação Qualidade Ambiental-Preço (ou Custo) enquanto Critério de Adjudicação nos Contratos Públicos* 279
- MARIA MATILDE LAVOURAS – *True and Fair View e Fair Value. Análise (des)Preocupada da Natureza Jurídica de Dois Conceitos Nublosos* 335
- JOSÉ MANUEL QUELHAS – *High-Frequency Trading (HFT)* ... 369
- REVISTA DAS REVISTAS** 401

A PROMOÇÃO DAS PME NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

AS NOVAS DIRETIVAS

1. Introdução

A adjudicação de contratos públicos representa para os respetivos adjudicatários um *ganho de oportunidade*, a obtenção de um benefício económico proveniente de fundos públicos e cuja relevância pode ser determinante para a vida económica das empresas que dele beneficiam.

A importância desses contratos é variável, mas são muitos os casos em que os contratos adjudicados servem para viabilizar uma empresa ou vêm permitir que ela ganhe uma dimensão relevante (o que será tanto mais importante quanto mais longa for a execução do contrato)¹.

¹ Note-se que é o próprio Código dos Contratos Públicos que, a propósito da determinação do valor do contrato, o define como “o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto” (cf. artigo 17.º). Sobre a exata concretização do valor do contrato

A importância económica dos contratos públicos está na origem, claro, da elevada litigância que se gera em torno deles, mas é também a razão principal para um conjunto de alterações que o Direito da União Europeia da contratação pública tem experimentado, sendo a concretização da *procura pública* uma forma cada vez importante para a consecução de objetivos fixados em determinadas políticas económicas da União.

O tema que iremos tratar é um exemplo dessa maior atenção conferida às regras da contratação pública como forma de promoção de políticas públicas económicas. Para perceber este movimento, começaremos por analisar, com recurso a dados oficiais das instâncias europeias, a dimensão e a estrutura do mercado dos contratos públicos europeus².

Depois desse enquadramento, centraremos a nossa análise na evolução do Direito Europeu dos contratos públicos na realização da promoção das PME na contratação pública, desde o reconhecimento inicial do potencial que esse tipo de empresas representa (donde deriva a importância da sua promoção), à consagração de instrumentos jurídicos que permitem e intensi-

no direito nacional, v. Pedro Matias PEREIRA / Rui Mesquita GUIMARÃES, «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português», *Revista dos Contratos Públicos*, Belo Horizonte, 5 (2014), sobretudo pp. 159-167.

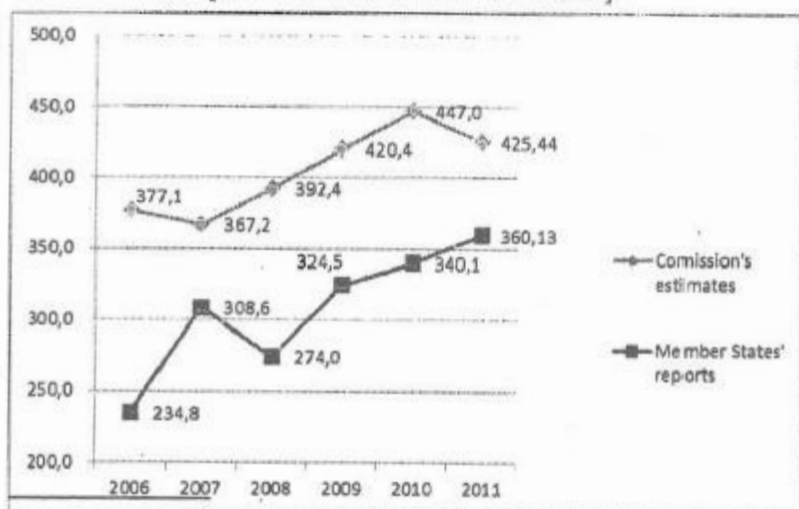
² *Mercado dos contratos públicos* pois, como vem sendo reconhecido, a contratação pública, constituindo um campo que se reconduz ainda “a modelos típicos das formas de atuação administrativa unilateral e de autoridade (p.g., regulamento e ato administrativo), evidencia, em termos reais, um claro recorte económico, próprio de uma atuação de mercado. De facto, a compra de bens e produtos no mercado constitui, por força da natureza das coisas, um momento de intervenção no mercado e de contacto com os agentes que aí oferecem bens e prestam serviços” – cf. Pedro Costa GONÇALVES, «A regulação do mercado da contratação pública», *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, 3/3 (mar./ago. 2013), pp. 201-202.

timativas da Comissão Europeia, a 425 mil milhões de euros, cerca de 3,7% do PIB da UE.

No caso de Portugal, a mesma Comissão Europeia estima que no ano de 2011 tenham sido adjudicados 3,67 mil milhões de euros em contratos abrangidos pelas diretivas; no entanto, apenas 2,81 mil milhões de euros foram objeto da necessária publicação no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*⁶.

No quadro que apresentamos de seguida encontra-se a evolução do valor dos procedimentos anunciados no *JOUE*⁷ e uma comparação com as estimativas da Comissão Europeia até ao ano de 2011.

Figura 1: Cálculos da Comissão para o valor dos procedimentos anunciados no *JOUE* e o valor total dos contratos acima dos limiares reportados pelos Estados-Membros em 2006-2011 [em milhares de milhões de euros].



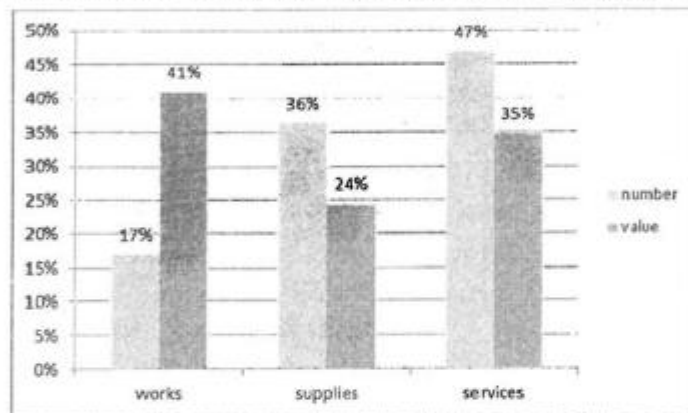
Fonte: DG Mercado Interno, Commission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD (2014) 262 final, de 01.08.2014.

2.2. A estrutura do mercado dos contratos públicos

Considerando agora a estrutura deste mercado europeu, podemos ver através do quadro seguinte que no ano de 2011:

- aproximadamente 41% do valor das adjudicações era relativo a contratos de empreitada;
- 35% desse valor dizia respeito à aquisição serviços e
- 24% ao fornecimento (aquisição e locação) de bens.

Figura 2: Número e valor dos anúncios de adjudicação publicados no JOUE em 2011, agrupados por tipo de contrato [em%].



Fonte: DG Mercado Interno, Commission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014.

rios são de € 5.000.000 para contratos de empreitada e de € 130.000 e € 200.000, para contratos de aquisição de serviços e para contratos de locação ou aquisição de móveis, sendo o valor mais baixo relativo às entidades do Sector Público Administrativo e o mais alto é o aplicável aos Organismos de Direito Público.

⁶ Cf. *Commission Staff...*, cit., p. 6.

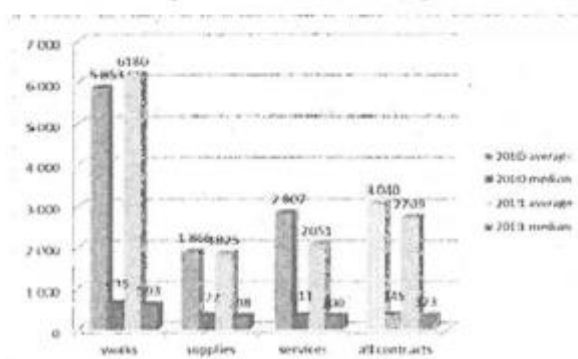
⁷ A obrigação de publicação dos anúncios dos procedimentos no JOUE – tal como todas as obrigações relativas à adjudicação de contratos públicos previstas na Diretiva 2004/18 – aplica-se apenas aos contratos de valor superior aos limiares comunitários (nos termos do artigo 7.º da referida Diretiva).

Ainda quanto à estrutura deste mercado, podemos ver, através das colunas da esquerda (em cada par de colunas) representadas no quadro, o peso relativo de cada tipo de contrato no número de anúncios publicados, sendo que quase metade dos anúncios publicados no *JOUE* é relativa a serviços (47%), seguindo-se o fornecimento de bens (36%) e, por fim, as empreitadas de obras públicas (17%).

Nas colunas da direita (em cada par de colunas), encontramos novamente os números relativos ao valor dos contratos, sendo que a diferença entre as colunas da esquerda e as colunas da direita se explica pelo facto de os contratos de empreitada envolverem, normalmente, valores de adjudicação mais elevados, e de na aquisição de bens haver, pelo contrário, um maior número de procedimentos mas de menor valor.

Ainda sobre a estrutura do mercado dos contratos públicos, reproduzimos um último quadro que indica o valor médio e mediano dos anúncios de adjudicação publicados no *JOUE* em 2010, agrupados por tipo de contrato.

Figura 3: Valor médio e mediano dos anúncios de adjudicação publicados no *JOUE* em 2011, agrupados por tipo de contrato [em milhares de euros].



Fonte: DG Mercado Interno, Commission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014.

De acordo com estes dados oficiais:

- o valor mediano de um contrato celebrado de acordo com as diretivas comunitárias é de € 323.000, ou seja, metade de todos os contratos celebrados é de valor igual ou inferior a € 323.000, valor este que representa uma descida face aos indicadores de 2010 em que esse valor ascendia a € 345.000.
- o valor médio de um contrato de empreitada é de € 6.180.000, o que evidencia uma subida face aos indicadores anteriores em que o valor médio ficava abaixo dos 6 milhões de euros (concretamente, € 5.853.000);
- o valor médio de um contrato de fornecimento de bens é de € 322.000; e
- para os contratos de prestação de serviços, o valor médio é € 311.000.

Uma análise da evolução dos dados apresentados na figura 3 permite-nos perceber que os valores de 2011 foram mais baixos do que os registados em 2010, sendo que o valor médio de todos os tipos de contrato desceu de cerca de 3 milhões de euros para 2,7 milhões de euros.

2.3. As PME na estrutura do mercado dos contratos públicos

De acordo com o estudo intitulado “Avaliação do acesso das PME aos mercados dos contratos públicos na União Europeia”⁸, realizado em 2010 para a Comissão Europeia,

⁸ Cf. «Avaliação do acesso das PME aos mercados dos contratos públicos na União Europeia» (*Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU*), p. 6, disponível (em inglês) em <<http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/>>.

estima-se que no período 2006-2008 foi adjudicado às PME 34% do valor dos contratos públicos de montantes superiores ao limiars fixados pela UE, o que representa 60% do número de contratos adjudicados⁹. Destes 60%, 18% eram relativos a microempresas, 22% a pequenas empresas e 17% a médias empresas.

Esse mesmo estudo verifica que em alguns dos novos Estados Membros – como a Bulgária, a Estónia ou a Hungria – as PME representam um maior número de adjudicações, ao mesmo tempo que o seu peso relativo continua baixo em países como o Reino Unido, República Checa e Portugal¹⁰.

Mas mesmo que as PME representem, em certos Estados Membros, um elevado número de adjudicações, a verdade é que a sua participação no mercado dos contratos públicos (34%) é 18% inferior ao peso que as PME têm na economia europeia, participação que, quando analisada sob o ponto de vista do volume de negócios global gerado pelas mesmas no conjunto da economia da EU, ascende a 58%¹¹.

Os dados acima apresentados, além de dizerem apenas respeito a contratos acima dos limiars fixados pela UE, não consideram todo o impacto das PME nos contratos públicos, uma vez que a subcontratação em certos contratos permite que elas beneficiem indiretamente – na qualidade de subcontratadas – de adjudicações feitas a outras empresas (cocontratantes principais).

⁹ Comparando estes dados com um estudo anterior, realizado em 2007, verifica-se uma descida quanto ao valor dos contratos adjudicados às PME, que era, de acordo com o referido estudo, de 42%; esse estudo – também intitulado *Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU* –, está disponível (em inglês) em <http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=3376>.

¹⁰ Cf. «Avaliação do acesso...», cit., p. 23.

¹¹ Cf. *ibidem*, p. 26.

3. Europeização dos contratos públicos como política anticíclica

É dentro do quadro acima traçado – que demonstra o peso e a importância deste mercado dos contratos públicos – que a europeização dos contratos públicos aparece como mais um meio de realização de políticas anticíclicas ou, se se preferir, *anticrise*.

De facto, a importância económica do mercado dos contratos públicos de valor superior aos limiares das diretivas da UE (20% do PIB) exige que a intervenção pública nesta área se revista da maior atenção, utilizando-a como mecanismo de realização das referidas políticas, fazendo pleno uso da denominada *despesa pública estimuladora* da economia¹². Trata-se de uma conceção que ultrapassa outra – mais restritiva – de que os benefícios que se podem colher da contratação pública não iriam muito além dos benefícios que emergem das prestações contratuais a favor da Administração contratante¹³.

¹² Do inglês “stimulus spending”, despesa que aproveita o potencial regulador da contratação pública – cf. Pedro Costa GONÇALVES, «Gestão de contratos públicos em tempo de crise», in IDEM, coord., *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 7. Notando o papel da contratação pública como *atividade estratégica utilizada para prosseguir objetivos públicos*, v. Wendy PHILLIPS / Nigel CALDWELL / Guy CALLENDER, «Public procurement – a pillar of good governance?», in Louise KNIGHT, coord., *Public Procurement: international cases and commentary*, Nova Iorque: Routledge, 2007, p. 146.

¹³ A respeito das políticas secundárias na contratação pública, abordando a questão de saber se, pela sua importância, elas não deverão denominar-se, mais impressivamente, de políticas horizontais, v. Pedro Cerqueira GOMES, «Contratação pública e inovação – O diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», in Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO – Patrícia VALCARCEL FERNÁNDEZ, ed., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, 2014, pp. 524-526.

Assim, a europeização dos contratos públicos que serviu, num primeiro momento, a realização dos objetivos de integração europeia – designadamente a criação do mercado único¹⁴ –, é hoje, por força das difíceis circunstâncias que os países europeus atravessam (e de uma mais abrangente conceção dos efeitos económicos da contratação pública), um mecanismo de realização de políticas públicas anticíclicas^{15/16}.

¹⁴ De acordo com o n.º 2 artigo 179.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia “a União incentivará, em todo o seu território, as empresas, incluindo as pequenas e médias empresas, (...) tendo especialmente por objectivo dar (...) às empresas a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno, através, nomeadamente, da abertura dos concursos públicos nacionais”. Sobre a evolução do direito europeu nesta matéria, v. Maria João ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 35 a 53, e, da mesma Autora, «A transposição das Directivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 58 (Julho/Agosto, 2006) 10 e ss.. Para uma análise sobre um espectro mais largo, v. «A Globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional», in Pedro Costa GONÇALVES, coord., *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 23 a 49. Notando, já em 1998, como o objetivo do mercado comum é o resultado de “[um processo] já longo, regista numerosas e variadas experiências e, na fase actual (madura de 40 anos), pode dizer-se que, apesar de tudo tem sido bem sucedido”, v. Jorge Coutinho de ABREU, «Aspectos do Direito Económico da União Europeia (apontamentos a propósito do diálogo U.E. – MERCOSUL)», *Boletim da Faculdade de Direito*, 74 (1998), p. 721.

¹⁵ Notando como “neste setor, ao direito administrativo (dos contratos públicos) cabe o papel de se adaptar às condições de contexto”, cf. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 44.

¹⁶ Criticando a opção de não integrar, logo nas Directivas de