

X Curso de Pós-
Graduação em
Contratação Pública

CEDIPRE

Ajuste Direto e
Consulta Prévia

TELLES
TELLES DE ABREU | ADVOGADOS

Pedro Matias Pereira
p.pereira@telles.pt



-
- Noção e características gerais
 - A escolha em função do valor
 - Tramitação (geral e simplificada)

ÍNDICE



Noção e características gerais



- **Ajuste direto** é o procedimento no âmbito do qual a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade, à sua escolha, a apresentar proposta (art. 112/2.º).
- **Consulta prévia** é o procedimento em que a entidade adjudicante **convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha** a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspetos da execução do contrato a celebrar (art. 112.º/1).
- Ambos são procedimentos fechados: a que eles só acedem os *convidados*
 - Os não convidados podem *aparecer*, se constituírem um agrupamento com um convidado e os procedimentos não tiverem sido adotados com fundamento no valor do contrato.

Noção e características gerais

- Não há procedimentos com convite a duas entidades: *it takes more than two to tango*




- A sedução e as suas dúvidas: uma *escolha pública discricionária* dos convidados

Ajuste Direto vs. Consulta Prévia

- Revisão CCP: intenção de limitar o recurso ao ajuste direto
 - V. Recomendação do Conselho da Prevenção da Corrupção de 07.01.2015: reduzir o recurso ao ajuste direto e, se for adotado, convidar pelo menos 3 entidades



- O Ajuste Direto é um procedimento em que o **grau de concorrencialidade** ainda não é satisfatório.
- Daí o surgimento de um *concurso sem anúncio*  **Consulta Prévia**

Ajuste Direto vs. Consulta Prévia

- Daí, também, o surgimento de um *dever geral de fundamentação da escolha do ajuste direto* (art. 115.º/1/c)
 - Apenas existia, na anterior redação, quando a escolha do ajuste direto se fundamente em critérios materiais [art. 115.º/1/c) da redação anterior]
- Acresce um novo dever de fundamentar *a escolha do ajuste direto em vez da consulta prévia* (quando a escolha do procedimento assentar em critérios materiais): art. 27.º-A.
 - “[...] sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento”
 - Ex: Critério da urgência?
 - Maior sindicância do Tribunal de Contas, atenta a tradicional desconfiança dos procedimentos de ajuste direto
 - Preferência pela consulta prévia

A escolha em função do valor e a concorrência

- Sempre que o benefício económico resultante do contrato a celebrar não atinja determinados limites quantitativos, a lei *presume*, de modo absoluto ou *inilidível*, que o **interesse ou a necessidade de submeter as prestações contratuais à concorrência de mercado é reduzido**;



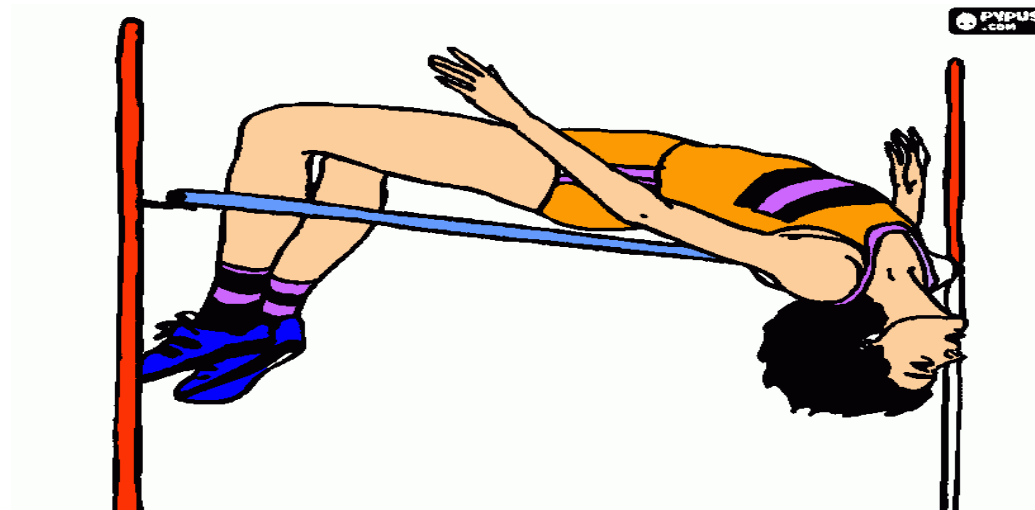
- A pressão da jurisprudência do Tribunal de Contas, do C.P.C., e a contínua desconfiança do legislador (ex: limite trienal) colocam em causa esta presunção.

Critérios para a adoção do ajuste direto/consulta prévia

- Afigurando-se como procedimentos menos concorrenciais, a lei delimita a sua adoção de forma mais rigorosa:
 - Em função do **valor do contrato a celebrar** (cf. arts. 18.º a 20.º e 31.º/4);
 - Em função do **tipo de contrato** – nos casos de contratos de concessão de obras ou de serviços públicos e contratos de sociedade (art. 31.º) – ou do **tipo de prestações de contratos mistos**;
 - Em virtude da aplicação de **critérios materiais** (arts. 24.º a 27.º e 31.º/3).

Limiares comunitários e critérios nacionais

- Os limiares das Diretivas fixam os montantes abaixo dos quais as Diretivas não se aplicam (i.e., dos contratos que não têm que ser sujeitos a procedimentos concorrenciais com publicidade internacional).
- Abaixo dos limiares, as Diretivas não fazem nenhuma exigência direta.
- Os critérios para o recurso ao ajuste direto/consulta prévia são, por isso, *diferentes*, mas sempre inferiores aos *limiares*.



Limiares comunitários e critérios nacionais

Os critérios financeiros para o recurso ao ajuste direto/consulta prévia situam-se abaixo dos limiares da Diretiva (art. 474.º do CCP):

- Para contratos de empreitada: 5.548.000 €
- Para contratos de aquisição de serviços e para contratos de locação ou aquisição de móveis: 144.000 € (Estado)/221.000 € (outras entidades)
- Para contratos de serviços sociais (e outros): 750.000 €

Limiares comunitários e critérios nacionais

- **A não aplicação das Diretivas abaixo dos limiares, não significa exclusão do direito comunitário:**
 - *Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas relativas aos contratos públicos;*
 - Basta que os contratos tenham *uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado comunitário*
 - *Ac. Telaustria*: um interesse transfronteiriço certo;
 - Se, por outro lado, tiverem um *interesse económico reduzido* (*Ac. Coname*, de 21.07.2005), não suscitarão o interesse do mercado comunitário.
 - Informalmente, esse limiar aparece traçado como sendo de 20% dos limiares comunitários.

Limiares comunitários e critérios nacionais

- Esta jurisprudência do TJUE – apesar da exclusão das Diretivas – é alvo de críticas por força da *indeterminação* e consequente *falta de confiança* na adoção de procedimentos pré-contratuais.



Limiares comunitários e critérios nacionais - Empreitada

- O legislador nacional só autorizou, assim, o recurso ao ajuste direto/consulta prévia em função do valor quando este se situe abaixo dos limiares comunitários:
- No caso dos **contratos de empreitada (art. 19.º)**:
 - **Consulta prévia: 150.000 €** (vs. 5.548.000 € - inferior)
 - **Ajuste direto: 30.000 €** (vs. 5.548.000 € - inferior)



Limiares comunitários e critérios nacionais

- No caso dos **contratos para prestação de serviços e fornecimento de bens (art. 20.º)**:



- **Consulta prévia: 75.000 €** (vs. 144.000 € - no caso do Estado – ou 221.000 € - inferior)



- **Ajuste direto: 20.000 €** (vs. 144.000 € - no caso do Estado – ou 221.000 € - inferior)

Limiares comunitários e critérios nacionais

- No casos dos Setores Especiais, os limiares (para a sujeição ao CCP) são **iguais** aos da diretiva respetiva (art. 474.º/4 e art. 11.º do CCP):
 - 443.000 €– serviços e bens;
 - 5.548.000 – empreitadas;
 - 1.000.000 € - serviços sociais e outros.
- Daí que sejam sempre aplicáveis os procedimentos concorrenciais, quando o CCP se aplica (art. 33.º/1).

Critério do valor e agrupamentos de concorrentes

- No caso de ajuste direto/consulta prévia adotados em função do critério do valor, **as entidades convidadas não podem integrar agrupamentos** (art. 117.º/2/a).
 - Na consulta prévia as entidades convidadas podem agrupar-se entre si?
 - Ou isso constitui um desvio ao *caráter pessoal* do convite e coloca em causa a própria razão de ser da consulta prévia (fomentar e existência de, pelo menos, 3 concorrentes)?

Critério do valor e contratos sem valor

- Pode adotar-se o ajuste direto/consulta prévia (e todos os outros procedimentos – art. 21.º/2), a menos que se trate de contratos de concessão de obras ou de serviços públicos ou de sociedade (artigo 31.º - remissão).
 - Contrato sem valor – critério legal: art. 17.º/9 (contrato sem valor *supletivo*?)
 - *Contrato sem valor não é contrato de valor indeterminável*
 - *Há um custo de oportunidade (do ponto de vista da entidade adjudicante) e um ganho de oportunidade (no caso do operador económico) que tem mercado e deve ser concorrencialmente atribuído.*
 - *Contrato sem valor tem, pelo contrário, que significar que não há um qualquer ganho patrimonial (pelo menos de carácter económico) na esfera jurídica do adjudicatário.*
 - *O caso dos contratos de patrocínio*

Critério do valor e contratos mistos (art. 32.º)

- Para determinar procedimento aplicável a contratos mistos, o CCP recupera uma solução antiga: “*tipo contratual que caracteriza o objeto principal do [contrato]*” (art. 32.º/2)
 - Critérios de determinação do “objeto principal”: *valor estimado mais elevado* (art. 32.º/3)
- No caso do critério do valor: possibilidades de fraude à concorrência?
 - aproveitamento do limiar mais elevado aplicável a contratos de empreitada: aditando prestações próprias de contratos de aquisição de bens ou serviços a prestações típicas do contrato de empreitada

Limites à escolha das entidades convidadas

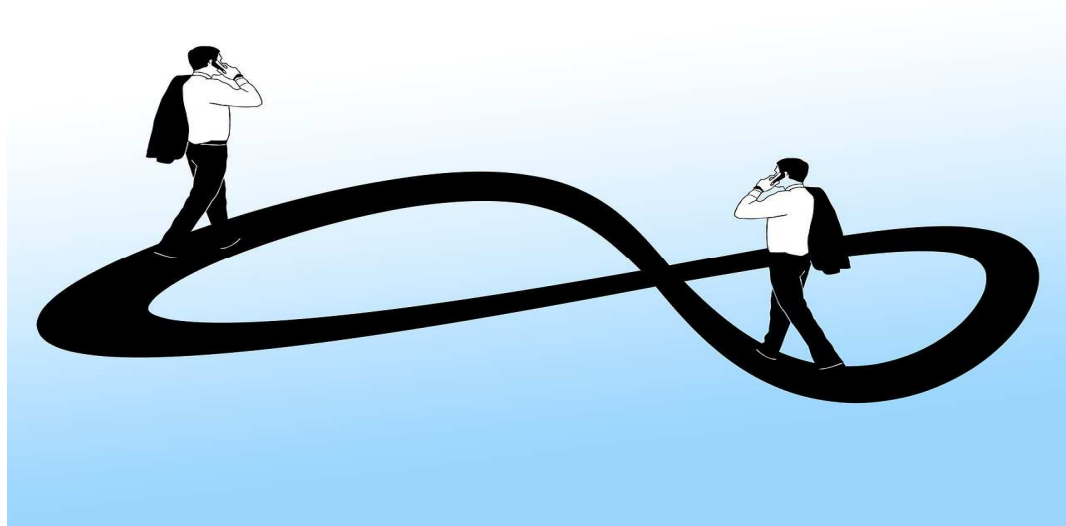
- Não podem ser convidadas entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado propostas para a celebração de contratos (art. 113.º/2):
 - no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores (1+2);
 - na sequência de ajuste direto/consulta prévia adotados ao abrigo do critério do valor;
 - cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limiares internos do ajuste direto (20.000 €) e da consulta prévia (75.000 €).

Limites à escolha das entidades convidadas

- Trata-se de um **impedimento de participação em novo ajuste direto**.
- Só é aplicável quando a escolha do ajuste direto/consulta prévia tenha sido determinada em função do valor.
- O valor do novo contrato que se pretenda celebrar **não é incluído no cálculo do preço contratual acumulado (o que a lei proíbe é o convite)**.
- Visa impedir que um contrato que ultrapassasse os limiares do Código seja desdobrado em mais do que um contrato por forma a permitir o recurso ao ajuste direto.

Limites à escolha das entidades convidadas

- Impede-se a *eternização* do cocontratante;
- Única forma de o fazer é celebrar, em cada ano económico, contratos cujo valor seja metade do limiar aplicável, i.e.:
 - 9.999 € para procedimentos por ajuste direto;
 - 37.499 € para procedimentos de consulta prévia.



Limites à escolha das entidades convidadas

- O Novo CCP trouxe novos problemas porque institui dois *novos limiares* (20.000 €/75.000 €) e um *novo procedimento sujeito ao limite* (a consulta prévia):
 - **Problema de aplicação de lei no tempo:**
 - **Novos limites para o ajuste direto** (antes era 75.000 €);
 - **Novo procedimento com um novos limites** (consulta prévia);
 - As dificuldades interpretativas
 - **Problema de conjugação dos dois limites trienais:**
 - Cada tipo de procedimento tem um limite trienal próprio?
 - Cada operador terá duas “contas-correntes”: uma para ajustes diretos e outra para consultas prévias
 - Contaminação de um limite trienal de empreitadas por um contrato de outro tipo?

Limites à escolha das entidades convidadas

- Orientação Técnica do IMPIC 01/CCP/2018
 - A incompetência do IMPIC para emitir orientações interpretativas;
 - A desconsideração do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (*“só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos”*);
 - O carácter retrospectivo da solução;
 - O impacto nos programas de aquisições públicas, através de ajuste direto, das entidades adjudicantes.
- O debate doutrinal

Limites à escolha das entidades convidadas

- Novas regras sobre o âmbito subjetivo para a aplicação do limite trienal:
 - **No Estado e Reg. Autónomas:** distinção entre *gabinetes governamentais, serviços centrais, serviços periféricos e secretarias regionais* (art. 113.º/3)
 - **Nos Municípios:** distinção por *serviço municipalizado* (art. 113.º/4)

Limites à escolha das entidades convidadas

- Não podem ser convidadas entidades que já tenham executado obras, fornecidos bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a **título gratuito**, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores (artigo 113.º/5).
 - Destina-se a dissuadir o mercado de oferecer “almoços grátis” e impedir a entidade adjudicante de os aceitar;
 - Pretende evitar que as empresas coloquem a entidade adjudicante numa situação de dependência face aos produtos que tenham vindo a oferecer, que acabe por “obrigar” as entidades adjudicantes a comprarem mais;

Limites à escolha das entidades convidadas

- Não se aplica a comportamentos juridicamente enquadráveis (ex: descontos em contratos).
- A liberalidade tem ser feita para a própria entidade adjudicante;
- Inclui-se o que se tenha feito por preços “simbólicos”;
- Não abrange a oferta de liberalidades ou doações feitas aos membros de uma entidade adjudicante, mas sim à própria entidade adjudicante.

Limites à escolha das entidades convidadas

- **Regra geral:** para que uma prestação *gratuita* escape ao 113.º/5, é necessário que a mesma **esteja prevista no caderno de encargos do procedimento e, conseqüentemente, no contrato.**
 - Ex: a obrigação de prestar formação profissional, como contrapartida da adjudicação de um determinado contrato de fornecimento de bens.
- Se a entidade adjudicante exigir ao fornecedor que, fora do contrato, efetue uma qualquer prestação gratuita e o fornecedor aceder, **ficará sujeito à proibição de ser contratado por ajuste direto nesse ano económico e nos dois posteriores.**

Limites à escolha das entidades convidadas

- Não se aplica se:
 - A liberalidade for feita ao abrigo do Estatuto do Mecenato (DL 74/99).
 - A liberalidade tiver sido feita há mais de 2 anos económicos.
- *Ratio* da regra no ajuste direto/consulta prévia: a existência de uma *seleção pública discricionária*.
 - Mas vale para qualquer ajuste direto/consulta prévia (em função do valor ou de critério material).
- Equiparação das liberalidades feitas a favor de entidades com relação de dependência direta e determinante sobre a entidade adjudicante.

Regime simplificado de ajuste direto (art. 128.º)

- **Âmbito:** ajuste direto relativo à formação de contratos de aquisição ou locação de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo **preço contratual não seja superior a 5.000 €**;
- E agora também: **empreitadas até 10.000 €**
- **Condições:**
 - **Prazo de vigência não superior a um ano**, nem prorrogável (exceto obrigações acessórias)
 - **Preço insuscetível de revisão**

Regime simplificado de ajuste direto (art. 128.º)

- Adjudicação “sobre fatura” – ausência de formalidades (incluindo publicitação da ficha)
 - Conta para efeitos do “**limite trienal**” (art. 113.º/2)
 - Há um “limite anual”: como o contrato não pode ter duração superior a um ano, isso é geralmente interpretado como um impedimento a celebrar novo contrato (com objeto idêntico) com a mesma empresa nos 12 meses subsequentes ao primeiro contrato/fatura.

Tramitação – Regime em caso de apresentação de uma única proposta (art. 125.º)

Adoção de um procedimento simplificado quando tenha sido apresentada uma única proposta:

- Os serviços da entidade adjudicante pedem (podem pedir) esclarecimentos sobre a proposta
- Submissão do projeto de decisão de adjudicação ao órgão competente para a decisão de contratar

Características:

- Desnecessidade de júri
- Não há lugar à fase de negociação
- Não há lugar a audiência prévia
- Não há lugar à elaboração dos relatórios preliminar e final
- Possibilidade de convite ao melhoramento da proposta – art. 125.º/2, *in fine*.
- Manutenção da obrigação de publicitação (art. 127.º)

Tramitação – conteúdo do convite

- Conteúdo do convite em geral (ajuste direto/consulta prévia) – *as diversas alíneas do n.º 1 do artigo 115.º*
- Conteúdo do convite no caso de consulta prévia – *acrescem as diversas alíneas do n.º 2 do artigo 115.º*

+

Indicação se as propostas apresentadas serão **objeto de negociação** e, neste caso:

- Quais os aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante não está disposta a negociar;
- Se a negociação decorrerá, total ou parcialmente, por via eletrónica e os respetivos termos;
- O critério de adjudicação e eventuais fatores/subfactores que o densificam (dispensando-se o modelo de avaliação)

Tramitação – convite

- **Modo de formular o convite – artigo 115.º, n.º 4:** deve ser formulado por escrito
- **Para o convite e para a entrega da proposta não é obrigatória a utilização de plataforma eletrónica – artigo 115.º, n.º 4**
 - Os procedimentos poderão continuar a decorrer via fax ou por e-mail: pode ser fixado um modo diferente do previsto no artigo 62.º, n.º 1, através de qualquer meio de transmissão escrita e eletrónica de dados (art. 115.º/1/g)
 - Deve continuar a assegurar-se, no caso da consulta prévia, o envio simultâneo a todos os operadores;

Tramitação – negociações

- Só existe no caso de haver mais do que uma proposta e a negociação tiver sido prevista no convite
- Objeto das negociações
 - As negociações devem incidir sobre os atributos das propostas, ou seja: sobre aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos:
 - Preço;
 - Prazo;
 - A distinção entre atributos das propostas e termos e condições
 - O direito dos concorrentes à negociação e o dever (dos mesmos) de negociar
 - Negociar e não transacionar (transação)

Tramitação – negociações

Formalidades a observar – artigo 120.º:

- convocatória – artigo 120.º, n.º 1;
- formato adotado para as negociações – artigo 120.º, n.º 2;
- elaboração de atas – artigo 120.º, n.º 3;
- dever de sigilo durante a fase de negociação – artigo 120.º, n.º 4

O modo de realização das negociações – artigo 120.º, n.º 2: trata-se de um critério discricionário da entidade adjudicante

- Podem decorrer em separado, ou
- Em conjunto com os diversos concorrentes

Tramitação – negociações

- **O princípio da alterabilidade das propostas:** os concorrentes devem ter idênticas oportunidades de propor, de aceitar e de contrapor modificações das respectivas propostas durante as sessões de negociação – artigo 120.º, n.º 4
- **Modo de representação dos concorrentes nas negociações – artigo 119.º:** os concorrentes podem fazer-se representar, bem como fazer-se acompanhar de técnicos nas sessões de negociação

Tramitação – negociações

Apresentação das versões finais integrais das propostas em prazo fixado pelo júri – artigo 121.º. A existência de um duplo limite:

- Da proposta provisória (ou parcialmente provisória) à proposta definitiva: uma nova proposta ou apenas uma proposta (parcialmente) alterada/modificada?
 - As propostas não podem conter atributos diferentes dos constantes das respetivas versões iniciais no que respeita aos aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante tenha indicado não estar disposta a negociar (causa de exclusão – artigo 122.º, n.º 2)
- Depois de entregues as versões finais das propostas, não podem as mesmas ser objeto de quaisquer alterações: só aqui (ou só a partir daqui) vale o **princípio da inalterabilidade/intangibilidade das propostas.**

Tramitação – audiência prévia e júri

- **Momento em que ocorre:**

Depois da elaboração, pelo júri, do Relatório Preliminar, no qual reflete a análise das versões iniciais e finais das propostas e a aplicação do critério de adjudicação, ordenando as propostas ou propondo a sua exclusão - artigo 122.º, conjugado com o artigo 146.º, n.ºs 2 e 3

- **Prazo da audiência – artigo 123.º:** não inferior a três dias (úteis) – **NOVO**

- **Novidade:** na consulta prévia passa a ser possível não ter júri (art. 67.º/3):

- Os procedimentos são conduzidos pelos serviços da entidade adjudicante
- O serviços assumem a função de júri
- Tem que ser decidido pelo órgão competente para a decisão de contratar

Tramitação – Relatórios e eficácia

- **Elaboração do Relatório Final (art. 124.º):** possível exclusão de propostas ou reordenação das propostas, caso em que tem de existir uma nova audiência prévia
- **Envio do Relatório Final ao órgão competente para a decisão de contratar** – artigo 124.º, n.ºs 3 e 4
- **+ uma fase integrativa da eficácia** – artigo 127º, n.ºs 1 e 3:
 - A celebração de qualquer contrato na sequência de consulta prévia/ajuste direto deve ser publicitada no portal da Internet dedicado aos contratos públicos (base.gov), sob pena de ineficácia do contrato, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos (ineficácia financeira)

Novidades na tramitação geral – minuta de contrato

- **Encurtamento do prazo para reclamar da minuta do contrato**
 - No ajuste direto e consulta prévia, são **dois dias** após a notificação da minuta (art. 101.º/*in fine*);
 - A notificação da minuta do contrato é, agora e em regra, feita com a decisão de adjudicação (art. 98.º/1)



Obrigado,

Pedro Matias Pereira

p.pereira@telles.pt