

O artigo 113.º, n.º 2, do Código dos
Contratos Públicos: novo regime, nova era

Article 113 (2) of the Public Contracts Code:
a new legal regime, a new era

CARLOS VAZ DE ALMEIDA

FRANCISCO BESSA DE CARVALHO

DIANA SANTIAGO DAS NEVES

VOL. 4 Nº 3 DEZEMBRO 2017

WWW.E-PUBLICA.PT

**O ARTIGO 113.º, N.º 2, DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS:
NOVO REGIME, NOVA ERA**

**ARTICLE 113 (2) OF THE PUBLIC CONTRACTS CODE: A NEW
LEGAL REGIME, A NEW ERA**

CARLOS VAZ DE ALMEIDA¹

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide 18, 1099-032 Lisboa

carlos.almeida@rrp.pt

FRANCISCO BESSA DE CARVALHO²

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Palma de Cima, 1649-023 Lisboa

francisco.carvalho@rrp.pt

DIANA SANTIAGO DAS NEVES³

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, 1649-014 Lisboa

diana.neves@rrp.pt

Resumo: O presente artigo procura analisar o regime constante do n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos e, nesse âmbito, dar resposta à questão de saber se, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, deverão – ou não – as entidades adjudicantes contabilizar os contratos celebrados em 2016 e 2017 a certo operador económico, na sequência de procedimento de ajuste direto, para efeitos da aplicação dos limites atualmente previstos no n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos.

Sumário: 1. Introdução; 2. Do novo regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP; 3. Da interpretação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP em conformidade com a nova realidade jurídica do CCP; 4. Da interpretação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP em conformidade com as regras de aplicação da lei no tempo.

Palavras-Chave: Alteração do Código dos Contratos Públicos; n.º 2 do artigo 113.º do CCP; escolha das entidades convidadas; consulta prévia e ajuste direto; aplicação da lei no tempo.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the regime set out in paragraph 2 of article 113 of the Public Contracts Code. In this context, we will seek to tackle the issue of whether or not, with the entry into force of Decree-Law no. 111-B/2017, of 31 August, the contracts awarded in 2016 and 2017, to a given economic operator, via a direct award, should be factored by contracting entities

1. RRP Advogados, Av. da República, 90, Galeria 1, 1600-206 Lisboa, Portugal.

2. RRP Advogados, Av. da República, 90, Galeria 1, 1600-206 Lisboa, Portugal.

3. RRP Advogados, Av. da República, 90, Galeria 1, 1600-206 Lisboa, Portugal.

for the purposes of the limits currently defined in paragraph 2 of article 113 of the Public Contracts Code.

Summary: 1. Introduction; 2. The new legal regime set out in paragraph 2 of article 113 of the Public Contracts Code; 3. The interpretation of paragraph 2 of article 113 of the Public Contracts Code in accordance with the new legal framework of the Public Contracts Code; 4. The interpretation of paragraph 2 of article 113 of the Public Contracts Code in accordance with the non-retroactivity principle set out in Portuguese law.

Keywords: Amendments to the Public Contracts Code; paragraph 2 of article 113 of the Public Contracts Code; choice of the tenderers; direct award and prior consultation; non-retroactivity of the law.

1. Introdução

Com a aprovação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto (doravante “DL 111-B/2017”), foram introduzidas alterações substanciais no regime constante do Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”), em particular no regime aplicável à fase de formação dos contratos públicos (*i.e.*, a Parte II do CCP).

De entre tais alterações, destaca-se, desde logo, a nova disciplina do procedimento de ajuste direto. Desdobrando-se agora em dois procedimentos distintos – a consulta prévia e o (novo) ajuste direto –, o seu regime foi significativamente alterado para ir ao encontro das preocupações do legislador no sentido de assegurar maior transparência e de promover a boa gestão da despesa pública⁴.

Sob este mote, o regime da escolha das entidades a convidar, previsto no artigo 113.º do CCP, foi também alterado: por um lado, o legislador acomodou no preceito o (novo) procedimento de consulta prévia⁵; por outro lado, foram alterados os próprios critérios que, quando preenchidos, determinam que uma entidade adjudicante se encontre proibida de convidar um determinado operador económico a apresentar proposta num procedimento de consulta prévia ou de ajuste direto.

Com a entrada em vigor do DL 111-B/2017 (*i.e.*, em 1 de janeiro de 2018⁶), o n.º 2 do artigo 113.º do CCP passou, assim, a adotar a seguinte formulação:

“Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”.

Ora, tendo o legislador decidido manter intocada a consideração dos contratos celebrados⁷ no “ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores”, o intérprete confronta-se imediatamente com a seguinte questão:

Deverão as entidades adjudicantes contabilizar os contratos celebrados em 2016 e 2017, para efeitos do cálculo dos limites atualmente previstos no n.º 2 do artigo 113.º do CCP?

4. Veja-se, a este propósito, as disposições preambulares do DL 111-B/2017.

5. Este procedimento, na realidade, não é verdadeiramente novo: existiu até à entrada em vigor do CCP (*i.e.*, 30 de julho de 2008), altura em que foi eliminado, sendo-lhe agora conferida outra vez autonomia com as alterações introduzidas pelo DL 111-B/2017 ao CCP.

6. Cf. Artigo 13.º do DL 111-B/2017.

7. Apesar de a letra da lei fazer referência a propostas adjudicadas, optamos, por uma questão de simplicidade, por fazer referência ao longo do artigo a contratos celebrados.

Como facilmente se compreende, a resposta dada à questão enunciada não é, de todo, indiferente. Na verdade, uma resposta afirmativa implicaria certamente que muitas entidades adjudicantes ficassem agora vedadas de convidar certos operadores económicos, contratados em 2016 e 2017, quando, ao abrigo do anterior regime, poderiam ainda fazê-lo. Uma resposta negativa, por sua vez, teria como consequência “o *reset* do cronómetro”, ou seja, as entidades adjudicantes poderiam convidar qualquer operador económico, independentemente dos contratos que tenham celebrado com o mesmo no decurso de 2016 e 2017.

Analisada perfunctoriamente a questão, admitimos que o intérprete possa ser levado a responder afirmativamente à mesma, já que a lei manteve a sua formulação no sentido de que devem ser considerados os “*dois anos económicos anteriores*” e as disposições transitórias do DL 111-B/2017 não regulam especificamente a matéria. Foi essa, aliás, a interpretação sufragada pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (doravante “**IMPIC**”) num primeiro momento. De facto, no dia 2 de fevereiro de 2018, o IMPIC emitiu a Orientação Técnica 01/CC/2018 (doravante “**Orientação**”), na qual refere, a propósito da questão em análise, que devem ser “*contabilizados os contratos celebrados na sequência de ajustes diretos ou de consultas anteriores a 1 de janeiro de 2018*”⁹. Porém, num segundo momento, e quiçá após uma análise mais aprofundada do tema, o IMPIC veio como que voltar atrás nesta sua posição. Fê-lo através do Esclarecimento sobre a Orientação Técnica 01/CC/2018 (doravante “**Esclarecimento**”), aprovado no dia 7 de março de 2018, no qual refere afinal que, “*durante este período transitório de 2018 e 2019, sempre que não for possível cumprir a orientação aí vertida, podem não ser contabilizados os contratos celebrados em 2017 e 2016*”¹⁰.

Antecipamos, desde já, que a nossa opinião vai no sentido de não ser obrigatória a contabilização dos contratos celebrados em 2016 e 2017. Dito de outro modo, é nosso entendimento que, com a entrada em vigor do novo regime (*i.e.*, em 1 de janeiro de 2018), se iniciou um novo ciclo para a contabilização do “*preço contratual acumulado*”, para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP. É justamente isto que procuraremos demonstrar neste artigo.

8. Cf. Ponto 8 da Orientação.

9. Não se compreende a menção incluída na Orientação às “*consultas anteriores a 1 de janeiro de 2018*”, uma vez que, antes da entrada em vigor do novo regime, a lei não previa a realização de “consultas” (prévias ou outras). Admitimos, por isso, que só se possa tratar de um lapso do IMPIC.

10. Na nossa opinião, esta Orientação (e o seu subsequente Esclarecimento) deverá ser enquadrada naquilo que a jurisprudência portuguesa – quando chamada a pronunciar-se sobre atos de natureza análoga emitidos por entidades reguladoras (recomendações, circulares, avisos, etc.) – tem apelidado de “atos opinativos”. Enquanto tal, deverá ser considerada destituída de efeitos jurídicos vinculativos. A propósito da não vinculatividade de “atos opinativos”, vejamos os seguintes acórdãos: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 15.01.2015, proferido no processo n.º 01003/14, e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10.09.2015, proferido no processo n.º 0595/15, pesquisáveis em www.dgsi.pt.

2. Do novo regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP

Uma resposta cabal à questão enunciada convoca uma análise prévia – escarpada – das alterações introduzidas ao regime constante do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Para este efeito, o ponto de partida será – como não poderia deixar de ser – a letra da lei, pois a isso obrigam as mais elementares regras da hermenêutica jurídica.

Atentemos então, em detalhe, ao que dispunha – e ao que agora dispõe – o n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Na anterior redação desta norma lia-se o seguinte:

“Não podem ser convidadas a apresentar propostas entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de ajuste directo adoptado nos termos do disposto na alínea a) do artigo 19.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo objecto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar, e cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”.

Procedendo-se à atomização do preceito, verifica-se que a lei determinava que não podiam ser convidados a apresentar proposta, num procedimento de ajuste directo, os operadores económicos:

- Com quem já tivessem sido celebrados contratos no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores,
- Cujo preço contratual acumulado fosse, consoante o caso, igual ou superior aos limites estabelecidos na alínea a) do artigo 19.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º, todos do CCP¹¹,
- Na medida em que tais contratos tivessem sido celebrados na sequência de um procedimento de ajuste directo (adotado com base no critério do valor do contrato¹²) e
- Na medida em que os contratos anteriormente celebrados e o contrato que a

11. Os limites em causa eram então os seguintes: (i) €150.000 no caso dos contratos de empreitada de obras públicas; (ii) €75.000 no caso dos contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços; e (iii) €100.000 no caso de “outros” contratos públicos, com exceção dos contratos de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos e de sociedade.

12. Se o contrato celebrado tivesse sido precedido de ajuste directo, adotado com fundamento em critérios materiais – elencados nos artigos 24.º a 27.º do CCP –, então não seria contabilizado para efeitos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP. Compreende-se, naturalmente, a opção do legislador, uma vez que a escolha do ajuste directo com fundamento em critérios materiais, permite, regra geral, a celebração “de contratos de qualquer valor” (cf. artigos 23.º e ss. do CCP). Como seria expectável, o legislador adotou a mesma lógica na actual redação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, ao remeter, nesta norma, para os casos em que o ajuste directo ou consulta prévia são escolhidos com fundamento no valor do contrato a celebrar.

entidade adjudicante pretendesse vir a celebrar compreendessem prestações do mesmo tipo ou idênticas.

Já com a entrada em vigor do DL 111-B/2017, o n.º 2 do artigo 113.º do CCP passou, tal como enunciado no capítulo introdutório, a adotar a seguinte formulação:

“Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”.

Repetindo-se o exercício de atomização acima realizado, verifica-se que a lei agora impõe que não possam ser convidados a apresentar proposta, num procedimento de consulta prévia ou de ajuste direto, os operadores económicos:

- Com quem tenham sido celebrados contratos no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores,
- Cujo preço contratual acumulado seja, consoante o caso, igual ou superior aos limites estabelecidos na alínea c) do artigo 19.º e na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º (no caso do procedimento de consulta prévia)¹³, bem como na alínea d) do artigo 19.º e na alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º (no caso do procedimento de ajuste direto)¹⁴, do CCP¹⁵ e
- Na medida em que tais contratos tenham sido celebrados na sequência de procedimento de ajuste direto ou de consulta prévia (adotados com base no critério do valor do contrato¹⁶).

Do confronto entre o anterior e o atual regime, resulta desde logo evidente que a proibição de convidar prevista no n.º 2 do artigo 113.º do CCP passou a ter um alcance mais vasto. Isto porque o legislador optou por suprimir da letra da lei um critério qualitativo, que concorria, decisivamente, para restringir o alcance da proibição de convidar: o da identidade de prestações entre os contratos anteriormente celebrados e o contrato que a entidade adjudicante pretendesse vir a celebrar.

13. Os limites em causa são os seguintes: (i) €150.000 no caso dos contratos de empreitada de obras públicas; e (ii) €75.000 no caso dos contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

14. Os limites em causa são os seguintes: (i) €30.000 no caso dos contratos de empreitada de obras públicas; e (ii) €20.000 no caso dos contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

15. Na nova redação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, a referência ao artigo 21.º – que tem por objeto “outros contratos”, distintos dos previstos nos artigos 19.º e 20.º, e que não configurem contratos de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos ou de sociedade – foi eliminada. Assim, estes contratos deixam de estar sujeitos às limitações do n.º 2 do artigo 113.º do CCP para a escolha das entidades a convidar em procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia.

16. Sobre esta matéria, v. nota de rodapé 12.

Quer isto dizer que passou a ser irrelevante – para efeitos da verificação da proibição de convidar à luz do novo regime – saber quais as prestações compreendidas nos contratos sucessivamente celebrados com um determinado operador económico (juízo que, na prática, era muitas vezes feito pelas entidades adjudicantes por referência ao Código CPV dos contratos). Em decorrência disto, o critério central passou assim a ser o da identidade do operador económico¹⁷.

Contudo, as alterações não se ficaram por aqui.

De facto, como referido no capítulo introdutório, a revisão operada pelo DL 111-B/2017 ditou que o anterior procedimento de ajuste direto cedesse o seu lugar a dois novos procedimentos distintos: a consulta prévia e o (novo) ajuste direto. Consequentemente, por uma questão de coerência sistemática, o legislador viu-se obrigado a acomodar esta nova realidade também no n.º 2 do artigo 113.º do CCP. Assim, a proibição de convidar o mesmo operador económico passou a compreender não só o procedimento de ajuste direto, mas também o procedimento de consulta prévia.

Em face desta alteração, a questão que se coloca imediatamente é a de saber de que forma se deverá proceder ao cálculo do “*preço contratual acumulado*”, uma vez que o n.º 2 do artigo 113.º do CCP faz alusão a contratos celebrados quer na sequência de procedimentos de consulta prévia, quer de ajuste direto. Mais concretamente, importa apurar se o valor de contratos celebrados ao abrigo de procedimentos distintos (de consulta prévia e de ajuste direto) deverão ser considerados de forma acumulada.

No nosso entendimento, a resposta a esta questão deverá ser negativa, isto é, não deverão ser considerados, acumuladamente, contratos celebrados na sequência de procedimentos distintos.

Por um lado, na nova redação do preceito, o legislador, ao incluir o procedimento de consulta prévia na letra do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, optou por manter a expressão “*consoante o caso*”. Ora, ao fazê-lo, atribuiu um novo alcance à mesma. Com efeito, se até à entrada em vigor do novo regime, a expressão “*consoante o caso*” abrangia apenas contratos de diferentes tipos (*e.g.*, um contrato de empreitada e um contrato de prestação de serviços), agora passou a abranger também contratos celebrados na sequência de procedimentos distintos (*e.g.*, um contrato celebrado na sequência de uma consulta prévia e um contrato celebrado na sequência de um ajuste direto).

Por outro lado, a resposta à questão parece brotar também da própria natureza

17. Neste sentido, J. AMARAL E ALMEIDA refere que “a proibição opera, independentemente, portanto, do concreto objeto do contrato, relevando apenas a identidade do operador económico” (*cf.* “O novo n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos: uma norma que continua a aplicar-se «consoante o caso»”, in *Publicações Sérvulo*, 2017, p. 3, disponível em https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/01_PUBLICACOES_SERVULO/2017/Updates/Pub_JAA_22.12.2017_O_novo_n.o_2_do_artigo_113.o_do_CCP.pdf (acedido em 5 de março de 2018).

diferenciada dos procedimentos em causa. Na verdade, se estamos perante procedimentos distintos, que se encontram sujeitos a diferentes limiares de aplicação, não se alcança como os mesmos poderiam ser considerados de forma acumulada. Mais, se fosse essa a intenção do legislador, tê-la-ia vertido na lei, designadamente explicando de que forma se deveriam contabilizar, para efeitos do “*preço contratual acumulado*”, contratos celebrados na sequência de procedimentos sujeitos a limiares distintos. Não o tendo feito, o intérprete deverá assumir que não era esta a intenção do legislador.

Desta feita, e como já adiantámos, é nosso entendimento que, para o cálculo do “*preço contratual acumulado*” previsto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP apenas se devem somar os preços de contratos celebrados (i) na sequência de procedimentos da mesma natureza e (ii) que digam respeito ao mesmo tipo de contratos, de acordo com as categorias estabelecidas nos artigos 19.º e 20.º do CCP (*i.e.*, contratos de empreitada *versus* contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços)¹⁸.

De referir ainda que o próprio IMPIC sufraga semelhante posição ao referir na sua Orientação que, “*uma vez que os procedimentos são autónomos, dispondo cada um deles de limiares próprios, não deve ser efetuada a contabilização conjunta dos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia*”¹⁹.

Em suma, nos termos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, não podem ser convidados a apresentar proposta:

a) Num procedimento de consulta prévia para a contratação de uma empreitada de obras públicas, os operadores económicos com quem tenham sido celebrados contratos de empreitada, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de procedimentos de consulta prévia, cujo “*preço contratual acumulado*” perfaça o limite previsto na alínea c) do artigo 19.º do CCP (*i.e.*, €150.000);

b) Num procedimento de consulta prévia para a contratação de uma locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços, os operadores económicos com quem tenham sido celebrados contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na

18. Neste sentido, AMARAL E ALMEIDA, “O novo n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos: uma norma que continua a aplicar-se «consoante o caso»”, p. 3, e P. COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 503.

19. O recurso ao adjetivo “semelhante” para qualificar o entendimento do IMPIC face ao nosso não é inocente. Isto porque o IMPIC faz referência ao tipo de procedimento adotado, mas já não ao tipo de contrato a celebrar. Por não decorrer diretamente da Orientação – e embora não nos pareça provável que assim seja –, fica a dúvida se o entendimento do IMPIC é o de que devem ser considerados, de forma acumulada, contratos de natureza distinta (*e.g.* contrato de empreitada e contrato de aquisição de serviços), sempre que tenha sido adotado o mesmo procedimento para a sua celebração.

sequência de procedimentos de consulta prévia, cujo “*preço contratual acumulado*” perfaça o limite previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP (*i.e.*, €75.000);

c) Num procedimento de ajuste direto para a contratação de uma empreitada de obras públicas, os operadores económicos com quem tenham sido celebrados contratos de empreitada, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de procedimentos de ajuste direto, cujo “*preço contratual acumulado*” perfaça o limite previsto na alínea d) do artigo 19.º do CCP (*i.e.*, €30.000);

d) Num procedimento de ajuste direto para a contratação de uma locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços, os operadores económicos com quem tenham sido celebrados contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de procedimentos de ajuste direto, cujo “*preço contratual acumulado*” perfaça o limite previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP (*i.e.*, €20.000).

Inversamente, se não tiverem sido alcançados os limites mencionados nas alíneas a) a d) *supra*, não existe uma proibição de convidar o mesmo operador económico a apresentar proposta em novos procedimentos (de consulta prévia ou de ajuste direto, consoante o caso). Neste cenário, em que não existe proibição de convidar, os limites aplicáveis para a celebração de novos contratos serão aqueles que se encontram previstos nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, do CCP (assumindo que o critério de escolha do procedimento foi o do valor do contrato). Assim, por exemplo, uma entidade adjudicante que tenha contratado, em 2018, uma empreitada de obras públicas, na sequência de uma consulta prévia, no valor de €145.000, poderá, em 2019, convidar o mesmo empreiteiro a apresentar proposta no âmbito de nova consulta prévia, para a celebração de um contrato de empreitada cujo preço base seja de €148.000.

Refira-se, por último, que este entendimento – que de resto não rompe com a interpretação que se fazia do n.º 2 do artigo 113.º do CCP até à entrada em vigor do DL 111-B/2017²⁰ – é também partilhado pelo IMPIC, conforme ilustrado pelo ponto 3 da sua Orientação.

20. Veja-se, a este propósito, J. ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 405.

3. Da interpretação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP em conformidade com a nova realidade jurídica do CCP

Esclarecidas as alterações e o sentido do n.º 2 do artigo 113.º do CCP – que servem de suporte à análise que em seguida levaremos a cabo – importa agora endereçarmos a questão nevrálgica: a de saber se, com a entrada em vigor do novo regime do CCP – *i.e.*, em 2018 –, se deverão (ou não) considerar os contratos anteriormente adjudicados para efeitos do cálculo dos limites atualmente previstos no n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Na génese da questão estão os seguintes fatores, considerados em conjunto:

- A lei mandar considerar, para efeitos do cálculo do “*preço contratual acumulado*”, o valor dos contratos celebrados “*no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores*”;
- O novo regime, aprovado pelo DL 111-B/2017, ter entrado em vigor em 1 de janeiro de 2018;
- A disposição transitória do DL 111-B/2017 – o n.º 1 do seu artigo 12.º – se limitar a referir que o novo regime “*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*”, não oferecendo, pois, uma resposta imediata para a questão enunciada.

Na nossa ótica, a solução para este problema convoca uma análise ao longo de dois eixos que se interseccionam: por um lado, do novo âmbito objetivo do n.º 2 do artigo 113.º do CCP; por outro lado, do seu enquadramento no âmbito da reforma transversal operada pelo DL 111-B/2017 na disciplina do CCP. Partamos então para a sua análise.

Como já tivemos oportunidade de demonstrar, para efeitos do cálculo do “*preço contratual acumulado*”, apenas se devem considerar os valores dos contratos celebrados (i) na sequência de procedimentos da mesma natureza (de consulta prévia ou de ajuste direto) e (ii) que digam respeito ao mesmo tipo de contratos (de acordo com as categorias estabelecidas nos artigos 19.º e 20.º do CCP).

A consequência lógica destas premissas é, pois, a de que para se considerarem os contratos celebrados em 2016 e 2017, eles teriam de ter sido celebrados na sequência de procedimentos da mesma natureza do que aqueles que agora, em 2018, venham a ser lançados para a celebração de novos contratos e, bem assim, dizerem respeito ao mesmo tipo de contratos. Ilustremos o raciocínio com alguns exemplos:

- Para um procedimento de consulta prévia para a contratação de uma empreitada, lançado no início de 2018, a entidade adjudicante teria de ter em consideração o valor dos contratos de empreitada celebrados com um determinado operador económico, em 2016 e 2017, na sequência de procedimentos de consulta prévia;
- Para um procedimento de ajuste direto para a contratação de uma aquisição

de serviços, lançado no início de 2018, a entidade adjudicante teria de ter em consideração o valor dos contratos de aquisição de serviços celebrados com um determinado operador económico, em 2016 e 2017, na sequência de procedimentos de ajuste direto.

A partir dos exemplos dados, é fácil antever as dificuldades que se suscitariam caso o intérprete pretendesse considerar os contratos celebrados em 2016 e 2017 para efeitos da aplicação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP. Isto porque, com a reforma operada pelo DL 111-B/2017, foi introduzida uma nova realidade jurídica, que fez uma rutura com o anterior regime: por um lado, criou-se o procedimento de consulta prévia e reconfigurou-se, paralelamente, o procedimento de ajuste direto (agora sujeito a regras e limites diferentes dos que anteriormente vigoravam); por outro lado, alteraram-se os critérios que determinam a existência de uma proibição de convidar um determinado operador económico (relembre-se que foi eliminado da letra da lei o critério da identidade das prestações contratuais). Vejamos estes pontos com maior profundidade, para daí extrairmos conclusões para nossa análise.

Pois bem, no que toca ao procedimento de consulta prévia, é evidente que este procedimento não existia até à entrada em vigor do regime aprovado pelo DL 111-B/2017²¹. Consequentemente, não é possível as entidades adjudicantes terem um historial, em 2016 e 2017, de contratos celebrados na sequência de procedimentos de consulta prévia, para efeitos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Neste contexto, não se vislumbra que possam existir, em 1 de janeiro de 2018, quaisquer limitações que inibam o convite a operadores económicos para apresentarem propostas em procedimentos de consulta prévia.

Já no que ao procedimento de ajuste direto diz respeito, a questão afigura-se, à primeira vista, menos linear, dado que este procedimento já existia ao abrigo do anterior regime. Mas estaremos realmente a falar do mesmo procedimento de ajuste direto? No nosso entendimento, não.

Se formos para além do *nomen juris* do procedimento de ajuste direto e atentarmos ao complexo normativo que o constitui, constatamos que o DL 111-B/2017 introduziu mudanças substanciais no seu regime.

Tal é evidenciado, desde logo, pela mudança no número de operadores económicos que é possível convidar no âmbito de um procedimento de ajuste direto (agora apenas um) ou pela mudança nos limiares aplicáveis para o recurso ao mesmo (agora substancialmente mais reduzidos).

Ora, dado que o atual regime do ajuste direto constitui uma nova realidade jurídica, fundamentalmente diferente da anterior, estabelecer uma equivalência

21. Advogar a equiparação entre a consulta prévia e o antigo ajuste direto com convite a várias entidades, para efeitos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, parece-nos ir ao arripio das mais elementares regras de hermenêutica jurídica, uma vez que não tem qualquer suporte na lei.

entre o anterior procedimento de ajuste direto e o atual, para efeitos da aplicação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, parece-nos manifestamente forçado e poderia redundar em situações algo insólitas. Imagine-se, por exemplo, o caso em que uma entidade adjudicante tenha celebrado, em 2017, com um determinado operador económico, na sequência de um procedimento de ajuste direto, um contrato de aquisição de serviços por um preço contratual de €70.000. Podia fazê-lo porque o limite até ao qual o mesmo operador económico podia ser convidado a apresentar proposta, num procedimento de ajuste direto, para a celebração de contratos de aquisição de serviços, era de €75.000. Neste caso, a entidade adjudicante transportaria, para 2018, um “saldo negativo” de adjudicações por ajuste direto, ao mesmo operador económico, superior ao limite agora legalmente definido para o recurso ao ajuste direto para formação de contratos de prestação de serviços (€20.000). Mais, estaria impedida de convidar tal operador económico a apresentar propostas para a celebração de contratos de prestação de serviços, no âmbito de ajustes diretos, até 2020.

Ao exposto acresce o facto de, como já referimos, o legislador ter decidido alargar substancialmente o escopo da proibição de convidar, ao ter eliminado o requisito da identidade das prestações. Relembre-se que, ao abrigo do regime em vigor até 31 de dezembro de 2017, bastava que os contratos previamente celebrados e o contrato a celebrar não tivessem prestações do mesmo tipo ou idênticas para que não se aplicasse a proibição de convidar o mesmo operador económico acima dos limiares previstos no n.º 2 do artigo 113.º do CCP. Pelo contrário, ao abrigo do regime em vigor desde 1 de janeiro de 2018, a proibição de convidar aplica-se ainda que os contratos previamente celebrados e o contrato a celebrar não tenham prestações do mesmo tipo. Basta, para tanto, que o operador económico seja o mesmo.

Esta alteração é especialmente relevante, porque ilustra como os pressupostos que subjazem à escolha das entidades a convidar (e respetivas limitações), antes e depois da entrada em vigor do DL 113-B/2017, são diametralmente diferentes.

Sendo os pressupostos diferentes, não nos parece – também por este motivo – que os contratos celebrados em momento anterior ao novo regime devam ser equiparados aos contratos que venham a ser celebrados ao abrigo do novo regime, uma vez que tal implicaria tratar como iguais realidades jurídicas distintas e favoreceria, ainda mais, o advento de casos insólitos. Repesquemos, para este efeito, o exemplo que acima demos, mas com uma *nuance*: a entidade adjudicante ter celebrado outros dois contratos de prestação de serviços, também em 2017, e na sequência de ajuste direto, ambos por um preço contratual de €74.000. Podia fazê-lo porque estavam em causa prestações contratuais de tipo diferente daquelas que constituíam o objeto do primeiro contrato de prestação de serviços que havia celebrado em 2017 (no valor de €70.000). Neste cenário, o “saldo negativo” de ajustes diretos atingiria proporções ainda maiores (no valor de €218.000), o que contrastaria, de forma aberrante, com o limiar atualmente previsto de €20.000. Este exemplo ilustra bem, na nossa opinião, como o tratamento igual de realidades jurídicas distintas poderia conduzir a resultados pouco equilibrados, o que não pode ter sido a intenção – implícita (muito menos

expressa) – do legislador.

Neste mesmo sentido, ainda que de forma algo enviesada, parece ir agora o IMPIC. Senão vejamos.

Relembre-se, a este propósito, que o entendimento perfilhado inicialmente pelo IMPIC na sua Orientação – sem que, contudo, apresentasse qualquer fundamentação que o sustentasse – ia no sentido de que era obrigatório serem “*contabilizados os contratos celebrados na sequência de ajustes diretos ou de consultas anteriores a 1 de janeiro de 2018*”. No entanto, pouco mais de um mês depois, no seu Esclarecimento a respeito da Orientação, veio o IMPIC clarificar que, “*durante este período transitório de 2018 e 2019, sempre que não for possível cumprir a orientação aí vertida, podem não ser contabilizados os contratos celebrados em 2017 e 2016. Reitera-se, no entanto, que todos os serviços, organismos e entidades devem envidar os melhores esforços para cumprir sempre e/ou assim que possível, a orientação em causa*”.

O exercício de exegese do Esclarecimento não é fácil. Com efeito, o intérprete debate-se, desde logo, com a questão de saber quais são os casos em que o IMPIC considera que possa existir uma *impossibilidade* de cumprir com a Orientação (ou seja, os casos em que exista uma *impossibilidade* de se contabilizarem os contratos celebrados em 2016 e 2017), por oposição a esses-outros em que seria possível cumpri-la. Não pretendendo nós agora entrar nesta discussão, que nos parece espúria, cremos que o que é importante realçar a este propósito é que, sob a capa de um esclarecimento, o IMPIC recuou – e bem – face à posição que havia inicialmente assumido na sua Orientação.

Feita uma leitura atenta do Esclarecimento, resulta efetivamente que, a consideração dos contratos celebrados em 2016 e 2017, para efeitos dos limites atualmente previstos no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, não é afinal concebida pelo IMPIC, em termos gerais e abstratos, como obrigatória. É isto que resulta evidente da letra do Esclarecimento, no qual se refere: por um lado, que os contratos celebrados em 2016 e 2017 “*podem*” não ser contabilizados; e, por outro lado, que as entidades adjudicantes devem “*envidar os melhores esforço para (...) sempre e/ou assim que possível*”, contabilizarem os contratos celebrados em 2016 e 2017. Se outra fosse a intenção do IMPIC, antes teria dito que as entidades adjudicantes devem cumprir com a sua Orientação, ponto.

Deste modo, e pese embora não tenha formalmente repudiado o seu entendimento original, defende agora o IMPIC, como nós, que não é legalmente obrigatória a consideração dos contratos celebrados em 2016 e 2017 para efeitos da aplicação do artigo n.º 2 do artigo 113.º do CCP. Simplesmente, e porventura para não recuar em toda a linha, fá-lo de forma enrevesada, pois ao mesmo tempo que aceita a não contabilização dos contratos celebrados em 2016 e 2017, insta agora as entidades adjudicantes a, sempre que possível, considerarem tais contratos.

Em face dos argumentos aqui mobilizados, é desde já possível inferir que não deve ser considerada obrigatória a contabilização dos contratos celebrados antes

da entrada em vigor do novo regime, para efeitos dos limites agora previstos no n.º 2 do artigo 113.º do CCP. Resta saber se existem outros argumentos que ajudem a corroborar este entendimento. Na nossa opinião, existem e é deles que nos ocuparemos em seguida.

4. Da interpretação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP em conformidade com as regras de aplicação da lei no tempo

Como já tivemos oportunidade de demonstrar, resulta da atual redação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP e, bem assim, do seu enquadramento no âmbito do novo complexo normativo que regula os procedimentos de consulta prévia e de ajuste direto, que não deve ser considerada obrigatória a contabilização dos contratos celebrados antes da entrada em vigor do DL 111-B/2017, para efeitos da aplicação do regime atualmente previsto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Há, contudo, uma outra dimensão relevante no que toca à interpretação desta norma: a sua interpretação à luz dos princípios e normas gerais de aplicação da lei no tempo.

Isto porque, a hipotética consideração dos contratos celebrados no passado, ao abrigo do anterior regime, para efeitos da aplicação dos limites estabelecidos no novo regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, convoca imediatamente a aplicação de tais regras.

Vejamos, então, de que forma o nosso ordenamento jurídico regula a aplicação da lei no tempo, para daí extrairmos as devidas ilações para o caso vertente.

A transição ou sucessão de leis é frequentemente regulada através de disposições especiais contidas na própria lei nova. A estas disposições dá-se o nome de “direito transitório”. A função destas disposições é, precisamente, indicar em que medida a lei nova deve ou não incidir sobre as realidades jurídicas que “vêm detrás”, ou seja, que existiam antes da sua entrada em vigor e continuam, possivelmente, ainda a verificar-se.

Na ausência de disposições de direito transitório, resta ao intérprete recorrer aos termos gerais da sucessão de leis no tempo consagrados no artigo 12.º do Código Civil (doravante “CC”) para dirimir o problema. Este preceito tem uma aplicação transversal a todo o ordenamento jurídico. É com base nele que a doutrina e os tribunais determinam os termos da sucessão de leis (ou normas) no tempo, sempre que, para o efeito, não existam disposições de direito transitório ou outras disposições especialmente aplicáveis ao caso, designadamente de natureza constitucional.

Apliquemos então os critérios normativos resultantes do artigo 12.º do CC à interpretação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Como já vimos, é facto assente que o legislador não consagrou no DL 111-B/2017 uma norma transitória que regule ou ofereça pistas claras quanto aos moldes em que o n.º 2 do artigo 113.º do CCP deve ser interpretado em matéria de aplicação no tempo.

Neste contexto, não se pode afirmar que tenha sido intenção inequívoca do legislador conferir eficácia retroativa ou retrospectiva²² ao n.º 2 do artigo 113.º do CCP. De mais a mais, como já vimos no capítulo 3 *supra*, o novo regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP parece apontar justamente no sentido contrário, isto é, de que a intenção do legislador foi a de criar uma nova realidade jurídica, rompendo assim com o passado.

Não existindo uma intenção inequívoca do legislador, a regra geral que se deverá aplicar é a que consta do n.º 1 do artigo 12.º do CC, ou seja, que “*a lei só dispõe para o futuro*”.

Contra esta linha de raciocínio, poder-se-ia contudo argumentar que, apesar de o legislador não o ter dito expressamente, era sua intenção última a consideração de factos jurídicos pretéritos à sua entrada em vigor. Vejamos então o que diz o CC a este respeito.

Determina o n.º 2 do artigo 12.º do CC que, quando a lei disponha sobre os efeitos jurídicos resultantes de um determinado facto jurídico (*e.g.*, a celebração de um contrato), em caso de dúvida, deve entender-se que a lei apenas visa regular factos jurídicos novos (*i.e.*, posteriores à entrada em vigor da lei nova). Passemos então da previsão normativa ao nosso caso concreto. Os contratos celebrados na sequência de procedimentos pré-contratuais ao abrigo do CCP são, indiscutivelmente, factos jurídicos. Factos jurídicos dos quais, por seu turno, resultam vários efeitos jurídicos, de entre os quais se destaca as limitações para a entidade adjudicante na escolha das entidades a convidar ao abrigo do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Ora, com a entrada em vigor do novo regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, resultante do DL 111-B/2017, foram alterados os efeitos jurídicos resultantes da celebração de contratos na sequência de ajuste direto, uma vez que, como já vimos, os critérios qualitativos e quantitativos estabelecidos na lei são agora substancialmente mais restritivos. Exemplificando: um contrato de aquisição de

22. Deixamos para outra ocasião considerações maiores a respeito do tipo de retroatividade em causa. Em todo o caso, antecipamos que a nossa opinião vai no sentido de que estamos perante um caso de mera retrospectividade, dado que a consideração dos contratos celebrados antes da entrada em vigor do novo regime, para efeitos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, implicaria apenas uma modificação, para o futuro, dos seus efeitos jurídicos. Não implicaria, pois, “reescrever” o passado, como acontece, tipicamente, nos casos de retroatividade autêntica. Neste mesmo sentido, v. P. COSTA GONÇALVES, L. LOPES MARTINS E B. AZEVEDO, “A designada regulação da Contratação Pública e as «orientações técnicas»”, in Newsletter Número 8 do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2018, p. 4, disponível em https://www.fd.uc.pt/cedi-pre/wp-content/uploads/pdfs/newsletter/newsletter_8.pdf (acedido em 14 de março de 2018).

serviços, celebrado em 2017, na sequência de um procedimento de ajuste direto, no valor de €20.000, não impediria que uma entidade adjudicante pudesse convidar o mesmo prestador de serviços para lhe apresentar uma proposta num procedimento de ajuste direto lançado nesse mesmo ano. Contudo, no mesmo cenário, mas agora em 2018 (*i.e.*, ao abrigo do novo regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP), a entidade adjudicante estaria impedida de convidar o mesmo prestador de serviços, já que o limite para a escolha deste tipo de procedimentos, para a celebração deste tipo de contratos, é agora de €20.000.

Neste contexto, a consideração dos contratos celebrados antes da entrada em vigor do DL 111-B/2017 (ou seja, de factos jurídicos pretéritos), para efeitos da aplicação do atual regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, implicaria sempre uma modificação dos efeitos jurídicos gerados por tais contratos (atente-se aos efeitos jurídicos resultantes do anterior regime *versus* os efeitos jurídicos resultantes do novo regime).

Importa pois recordar o que acima se disse sobre o critério estabelecido na lei para a aplicação da lei no tempo, constante do n.º 2 do artigo 12.º do CC: quando a lei nova disponha sobre os efeitos jurídicos (o preenchimento dos critérios que limitam a escolha das entidades a convidar, nos termos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP) resultantes de determinado facto jurídico (os contratos celebrados na sequência de ajustes diretos ou de consultas prévias), em caso de dúvida, deve entender-se que a lei apenas se aplica a factos novos²³. Neste caso, aos contratos celebrados após a entrada em vigor do DL 111-B/2017.

Assim, existindo dúvidas sobre se foi ou não a intenção do legislador que fossem considerados os contratos celebrados no passado para efeitos da aplicação do atual regime constante do n.º 2 do artigo 113 do CCP, estas devem ficar dissipadas pela aplicação do n.º 2 do artigo 12.º do CC, de onde resulta que apenas deverão ser considerados os contratos celebrados após a entrada em vigor do novo regime.

Cumpra, por último, acrescentar que a consideração de factos pretéritos – os contratos celebrados no passado –, para efeitos da aplicação do novo regime, representaria sempre uma desconsideração das legítimas expectativas das entidades adjudicantes que, com base no enquadramento legal então em vigor, programaram as suas contratações futuras e que agora ficariam porventura impedidas de convidar operadores económicos que, se o regime anterior se tivesse mantido, poderiam ainda convidar. Recorde-se, a este propósito, que as regras

23. Veja-se o que escreve, a este propósito, D. FREITAS DO AMARAL, anotação ao artigo 12.º, in A. PRATA (coord.), *Código Civil Anotado*, I, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 34: “a «existência, as condições de validade e os efeitos já produzidos» de qualquer facto de efeito imediato, ocorrido durante a vigência da lei antiga, não devem ser eliminados ou modificados desfavoravelmente pela lei nova, sob pena de retroatividade, que se presume não existir, salvo se houver uma intenção inequívoca de modificar o passado”. Também contudentes a este respeito são os ensinamentos de J. ANTUNES VARELA e F. PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 61, ao referirem que as leis “só se aplicam para futuro. E mesmo que se apliquem para o passado – eficácia retroativa – presume-se que há a intenção de respeitar os efeitos jurídicos já produzidos”.

de aplicação da lei no tempo a que acima nos referimos, visam salvaguardar, nomeadamente, tais expectativas²⁴. Ora, a interpretação que menos bule com tais expectativas – e que cumpre com os critérios legais enunciados – é certamente a de que, como aqui defendemos, em 2018 se iniciou um novo ciclo para efeitos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

24. A este respeito, atente-se nas inequívocas palavras do Acórdão do Tribunal Constitucional de 12.11.2003, proferido no processo n.º 188/03, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, no qual, a propósito da retroatividade proibida nos termos da CRP, se lê: “uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas, razão pela qual, a norma que, por sua natureza obvie de forma intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva àqueles mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do Estado de direito democrático, terá de ser entendida como não consentida pela lei básica”.