

As dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.7>

Pedro Cruz e Silva*

1. Abordar as dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal significa, antes de mais, admitir e assumir a centralidade do contrato na esfera da ação pública¹. Ora, esta centralidade do contrato decorre de múltiplos fatores, dos quais se pretende destacam somente três: **a)** a centralidade do contrato que decorre de um intensíssimo enquadramento internacional, do qual as diretivas comunitárias são apenas uma parte ou uma contribuição. Enquadramento internacional que vem já do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio, de 1979, passando pelo Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos, de 1994, até à “Lei Modelo” da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, do mesmo ano de 1994. Verifica-se, desta forma, e no panorama internacional, a existência de uma teia regulatória detalhada e ambiciosa para o fenómeno dos contratos públicos, que decorre, muito provavelmente, do reconhecimento de que, segundo estimativas da Organização Mundial de Comércio, a contratação pública internacional representa cerca de 10% a 15% do PIB mundial; por outro lado, ainda há bem pouco tempo alguma imprensa europeia fazia eco do impacto financeiro do contrato como instrumento para o cumprimento das funções dos vários Estados-membros da União Europeia. Neste sentido, os números divulgados demonstram que aproximadamente trinta e cinco por cento da despesa pública e dezassete por cento do PIB de toda a União Europeia estão afetos à execução de políticas públicas através de contratos; **b)** a centralidade do contrato que decorre do facto de as fórmulas contratuais constituírem, na generalidade dos países, o “*instrumento típico de normalização das relações*”² entre as administrações públicas e a sociedade, em especial no domínio económico e nas atividades do terceiro setor ou setor social. Efetivamente, a fórmula contratual institui e normaliza (no sentido em que consolida) as relações de cooperação, de colaboração, de apoio financeiro e de sujeição de várias organizações a um controlo administrativo. “(...) *Considerando*

* Advogado, Árbitro do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal.

1 A referida centralidade não é isenta de riscos e aporta diversas e multifacetadas consequências. Para mais, Mário Aroso Almeida, *O Problema do Contrato Administrativo – No quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Públicos revisto*, Almedina, 2018, designadamente p. 67 em diante; e Pedro Moniz Lopes, *Contratos Administrativos e Boa Fé – em especial, da relevância das condutas prévias e concomitantes à execução para a interpretação dos contratos administrativos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2019, pp. 7 a 39.

2 Licínio Lopes Martins, *Contrato Público e Organização Administrativa*, Estudos de Contratação Pública, Volume I, Coimbra Editora, 2008, p. 673.

*uma abordagem rigorosamente jurídica, “law-centred” – que vê o contrato como um instrumento de criação e de produção de efeitos jurídicos, de “direitos” e de “obrigações” – oferece-se, ainda assim, indiscutível a centralidade do contrato na ação da Administração Pública do nosso tempo: compras públicas (empreitadas, aquisições de serviços e de produtos), gestão e exploração de obras públicas e de serviços públicos económicos e não económicos, relações de emprego público e afins, prestação de serviços aos cidadãos, relações interadministrativas, relações internas e exercício de poderes públicos são áreas de ação administrativa em que o contrato encontra uma larga, e aliás crescente, utilização*³; a nova cultura contratual a que vimos assistindo nos últimos anos (também designada de *contract welfare*) parece especialmente desenhada para a realização de determinadas políticas públicas, introduzindo maior eficiência e eficácia na gestão e execução do serviço público, sem se perder a vigilância do titular das políticas e do serviço; **c)** por último, a centralidade do contrato que é normativamente imposta, isto é, que decorre da forma como o nosso Código do Procedimento Administrativo português⁴, enquanto lei de procedimento administrativo comum, de que o Código dos Contratos Públicos será, nesta perspetiva, *lei especial*, equipara, em vários momentos e por várias formas, o contrato às demais formas do agir administrativo, isto é, ao ato e ao regulamento administrativo.

Admitir a centralidade do contrato nestes termos tão amplos, faz correr o risco, porém, de alargar o âmbito deste sucinto trabalho para lá das fronteiras naturais que decorrem do seu título – as *dimensões sociais dos contratos públicos* – e aporta uma muito delicada imprecisão à mensagem discursiva que se pretende divulgar.

Importa, por isso, balizar o tema, definindo-o, em primeira linha, pela negativa: não serão abordadas as temáticas contratuais ou as relações jurídicas contratuais que se criam entre as administrações públicas e o setor social (ou com a administração da saúde, por exemplo); mas definindo-o, também e em segunda linha, pela positiva: abordar-se-á a dimensão social dos contratos que estão especificamente regulados no nosso Código dos Contratos Públicos⁵, o equivale a sustentar que, mesmo aos contratos aos quais se aplica o Código dos Contratos Públicos, isto é, aos contratos mais concorrenciais que o legislador foi capaz de identificar – contratos de manifesto interesse industrial ou comercial, para utilizarmos as expressões legais em curso – é possível identificar preocupações sociais e, a partir deles (dos contratos), promover determinadas políticas públicas horizontais. Pretende-se, no fundo, publicitar as *preocupações sociais* (ou, pelo menos, algumas delas, talvez as mais relevantes, na nossa falível perspetiva) que o legislador português foi capaz de definir *a partir* do texto positivado da lei nacional de compras públicas.

2. Estruturalmente, há um passo inultrapassável na compreensão do contrato na dinâmica da promoção de políticas públicas que se mostra resumido na seguinte

³ Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Volume I, Almedina, p. 16.

⁴ Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

⁵ Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, com entrada em vigor, na ordem jurídica portuguesa, no dia 1 de Janeiro de 2018, nos termos do artigo 13.º do seu diploma preambular.

questão: sempre que as administrações públicas lançam mão de um contrato, estarão, ao mesmo tempo, a executar uma política pública? Parece claro que não. Quando um determinado serviço público compra papel, ou um veículo automóvel, ou uma fotocopiadora, está, do mesmo passo, a cumprir uma política pública? Sem prejuízo da definição sempre imprecisa do que seja uma “política pública”, julga-se inequívoco que estas aquisições, em si mesmas e de forma isolada, não são aptas a revelar qualquer definição de políticas públicas.

Pode, pelo contrário, afirmar-se que o contrato estará ao serviço de determinadas políticas públicas quando, para além do seu conteúdo típico (partes, objeto, prazo ou preço, por exemplo), se acrescenta ao seu teor um segmento ou parte que, em condições de *normalidade contratual*, não estaria ali (forçosamente) prevista. Isto é: o contrato assume a execução de políticas públicas quando lhe são apostas certas cláusulas *exorbitantes* ao próprio objeto contratual. O raciocínio exemplifica-se da seguinte forma: o contrato de empreitada de obra pública assumirá a vocação de promotor de políticas públicas ambientais ou sociais, por exemplo, quando exigir ao empreiteiro que, na execução da obra, utilize determinados produtos amigos do ambiente ou quando seja obrigado a contratar, em determinada percentagem, um número definido de desempregados de longa duração ou de pessoas com mais de cinquenta anos e em procura ativa de emprego. Era perfeitamente possível que o contrato de empreitada nada estipulasse quanto a estas obrigações *exorbitantes*, sem que isso representasse qualquer embaraço para a construção daquela obra pública em concreto. Todavia, ao invés de ser estipulada, em letra de lei, a obrigação de todos os adjudicatários de obras públicas recorrerem a certos produtos ou à contratação de certas pessoas pertencentes a determinados grupos sociais, tal obrigação passa, afinal, a constar de contrato ou dos documentos que enformam o procedimento pré-contratual, por força da disponibilidade que a lei demonstra para esse efeito – neste caso, o Código dos Contratos Públicos – determinando o cumprimento dos mesmos objetivos, mas, neste caso, por recurso ao mecanismo jurídico contratual.

3. Acima foi deixada referência ao contexto regulador internacional da contratação pública, fazendo-se menção de que as diretivas comunitárias são uma parte desse contexto regulador. Sendo, de facto, apenas uma parte, as diretivas são, todavia, uma parte muito significativa dessa regulação, na medida, desde logo, em que criam obrigações específicas aos legisladores nacionais e condicionam, por esse motivo, as opções legislativas que, em cada Estado Membro da União Europeia, são oferecidas às leis, ou aos códigos, como é o caso do ordenamento jurídico português, da contratação pública.

É reconhecido por todos, sem dificuldade, que a Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 (de ora em diante, apenas Diretiva 2014/24/EU), relativa aos contratos públicos, deu novos impulsos a esta disciplina, configurando-se como mais uma *onda*, se a expressão for concedida, desta cíclica agitação que, mais ou menos de dez em dez anos, se acerca do direito das compras públicas no espaço comunitário.

Não foi, de facto, com a referida Diretiva que se iniciou a discussão sobre as possibilidades de implementação de políticas públicas através dos contratos, ou de políticas horizontais associadas aos contratos públicos. Há um conjunto diversificado de outros instrumentos (recomendações, livros verdes⁶, e, acima de tudo, uma intensa produção judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia, tão intensa, quanto uniforme, aliás) que já reconheciam o potencial regulador da contratação pública para, sobretudo em momentos de crise, se transformar numa ferramenta que minimize os efeitos de recessões económicas e financeiras, através do incremento e da prossecução de políticas sustentáveis. Ganhou curso corrente a designação *contratação pública estratégica*, isto é, uma disciplina normativa que concilie as exigências da construção de um mercado interno, para o qual é imprescindível a efetiva concorrência dos operadores económicos nas compras públicas, com a adoção, paralelamente, de outros objetivos ou de outros desideratos, em especial no domínio social, ambiental e da inovação científica e tecnológica. “*O processo iniciou-se antes, mas a reforma de 2014 do direito da União Europeia consagrou de forma clara uma abertura à designada utilização estratégica da contratação pública: a fórmula refere-se precisamente ao potencial regulatório dos contratos públicos, e chama a atenção para o facto de a adjudicação de contratos públicos constituir uma ferramenta para a realização de objetivos públicos que ultrapassam a realização da compra; a ideia é a de que a realização de compras públicas se traduz numa participação no mercado, “but regulating it at the same time”*”⁷. Por isso se adota também a expressão *políticas horizontais*⁸ para significar que estas políticas ambientais⁹ ou sociais devem ter a mesma legitimidade que qualquer outro objetivo prosseguido pela contratação pública, ou seja, na construção dos procedimentos pré-contratuais, os valores sociais ou ambientais podem valer tanto como os valores concorrenciais, de igualdade ou de transparência. Talvez mais: ao assumir que a proteção de interesses sociais deve ocupar um lugar central na disciplina jurídica da contratação pública¹⁰ – proteção de pessoas deficientes, promoção da

6 Como, a título de exemplo, o “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”, COM (2011) 15 final.

7 Pedro Costa Gonçalves, *obra citada*, p. 318.

8 Entre outros, S. Arrowsmith / P. Kunzlik, *Public procurement and horizontal policies in the EC law: general principles*, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions, Cambridge University Press, 2009, em especial pp. 10-12.

9 Ana Raquel Gonçalves Moniz, *Tutela do ambiente e preparação do procedimento de contratação pública no contexto da revisão do Código dos Contratos Públicos*, Revista dos Contratos Públicos, n.º 16 (Março de 2018), pp. 23 e ss.

10 A Comunicação da Comissão Europeia de 03/10/2017 COM (2017) 572 final, denominada “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa”, começando por alegar que “a contratação pública é um instrumento estratégico da “caixa de ferramentas” da política económica de cada Estado Membro” (folha 3), afirma que uma das prioridades da contratação pública na Europa, sob o sugestivo título “4. O que deve melhorar – seis prioridades estratégicas”, deve mesmo ser garantir a adoção generalizada da contratação pública estratégica, de forma a desempenhar “um papel mais importante para os governos centrais e locais com vista a responder aos objetivos económicos, sociais e ambientais, tais como a economia circular”. Os contratos públicos ecológicos, os contratos públicos baseados em valores de cuidados de saúde ou as abordagens ao ciclo de vida para apoiar a aquisição de edifícios públicos sustentáveis são alguns dos tipos contratuais que devem merecer um desenvolvimento acelerado por partes das entidades adjudicantes nacionais (fls. 9 e 10).

igualdade de género, combate à precariedade laboral ou ao desemprego, preservação do meio ambiente, estímulo à participação de pequenas e médias empresas no mercado das compras públicas – o direito da União Europeia, e o direito nacional em consequência, são forçados a reconhecer que, no conflito entre princípios gerais da contratação pública, a concorrência, por exemplo, pode ser sacrificada (ainda que de forma mitigada) em ordem à salvaguarda de outros valores estratégicos que podem ser realizados através de contratos públicos, como sejam a preservação do comércio local ou regional ou a dinamização de certos tipos de atividade económica ambientalmente mais sustentáveis¹¹. “A compra é um instrumento de satisfazer uma necessidade determinada (naquele produto ou serviço), mas também uma ferramenta de “regulação do mercado”, de direção e de orientação das condutas dos agentes económicos, que se veem estimulados a alterar métodos de gestão, processos de produção ou políticas de empresa para se colocarem em posição de participar nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos”¹².

4. Se é verdade que não foi com a Diretiva 2014/24/EU que esta abordagem começou, foi com ela, porém, que mereceu um impulso decisivo¹³, que, de resto, vai encontrar o respetivo espelhamento no nosso Código dos Contratos Públicos, na sua redação atual. Vejamos, muito resumidamente, como.

A Diretiva é clara ao assumir uma tendencial mudança de paradigma: a contratação pública, prevê-se no seu considerando segundo, deve ser encarada como um dos instrumentos de mercado a utilizar para garantir um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo no espaço comunitário, em linha com a Estratégia Europa 2020 (constante da Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010, COM (2010) 2020 final, denominada *Comunicação da Comissão Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*), e, neste sentido, as regras jurídicas das compras públicas devem ser revistas, de forma a: *i)* aumentar a eficiência da despesa pública; *ii)* facilitar a participação das PME na contratação pública; *iii)* permitir a

11 O XXII Governo Constitucional aprovou, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, publicada no Diário da República n.º 110-A/2020, Série I, de 6 de Junho, o denominado *Programa de Estabilização Económica e Social*, o qual, na rubrica 5.2 (Contratação Pública e Tribunal de Contas) do seu ponto 5 (Quadro Institucional), prevê a modificação do regime jurídico nacional da contratação pública designadamente nos seguintes eixos: previsão de critérios de adjudicação relacionados com a sustentabilidade ambiental, com a inovação de processo, produtos ou materiais e a promoção do emprego científico ou qualificado; estímulo à contratação de proximidade, podendo as entidades adjudicantes promover a consideração de tais critérios nos procedimentos pré-contratuais que lancem; possibilidade de estabelecer uma reserva de participação em procedimento pré-contratual a micro, pequenas e médias empresas e a entidades das respetivas comunidades intermunicipais. Mais recentemente, o comunicado do Conselho de Ministros de 18 de Junho de 2020 oferecia nota da aprovação de uma proposta de lei, a submeter à Assembleia da República, que estabelecerá medidas especiais de contratação pública, alterando o Código dos Contratos Públicos e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sem que, até à presente data, tal diploma tenha sido aprovado e desconhecendo-se, de momento, os aspetos mais detalhados da referida proposta de lei do Governo.

12 Pedro Costa Gonçalves, *obra citada*, p. 319.

13 Carolina Ferreira Silva, *Políticas horizontais ambientais e sociais e concorrência na contratação pública: uma leitura em face do caleidoscópio ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos*, Revista dos Contratos Públicos, n.º 15 (setembro-dezembro 2014), pp. 169 em diante.

utilização dos contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns. Ao longo de toda a Diretiva, perpassa um sentimento de reconhecimento de que a geração anterior das diretivas comunitárias sobre a contratação pública, de 2004, focalizando as dimensões de concorrência, de igualdade, de participação, de mercado, criando, com minucioso e rígido detalhe, vários tipos de procedimentos pré-contratuais, acabou por fazer excluir das compras públicas uma parte significativa do tecido empresarial, principalmente daquele que, agora, se tenta recuperar para as compras públicas – que são as PME. São muitas e variadas as referências às PME na Diretiva 2014/24/EU, das quais se deve destacar a seguinte: *“dado o potencial das PME para a criação de emprego, o crescimento e a inovação, é importante incentivar a sua participação no domínio da contratação pública, tanto através de disposições adequadas da presente diretiva, como através de iniciativas a nível nacional. As novas disposições previstas na presente diretiva deverão contribuir para melhorar o nível de sucesso, ou seja, para assegurar a quota-parte das PME no valor total dos contratos adjudicados”*¹⁴ Tributária e reveladora da tendencial mudança de paradigma da perspetiva comunitária sobre a contratação pública, colocando também o emprego e o trabalho no centro das suas preocupações, é a afirmação de que devem ser previstas regras específicas para a participação, em processos de adjudicação, de empresas que concedam oportunidades a desempregados, a membros de minorias desfavorecidas ou a grupos socialmente marginalizados¹⁵. Na mesma linha discursiva, a Diretiva afirma, também, a necessidade de os procedimentos adjudicatórios assegurarem o cumprimento de normas, de regras, de requisitos ambientais, sociais e laborais¹⁶. Como e onde se podem atingir estes desideratos? A Diretiva em análise foi capaz de identificar, pelo menos, três momentos diferentes dos procedimentos pré-contratuais que parecem adequados à assunção destes objetivos: em primeiro lugar, na aplicação dos princípios gerais da contratação pública às regras de escolha dos participantes; em segundo lugar, nos critérios de adjudicação e de exclusão; em terceiro lugar, na definição das propostas anormalmente baixas.

5. Colocadas as questões nestes termos, importa avançar, agora, para o texto do Código dos Contratos Públicos português e perceber, por recurso a alguns exemplos retirados das suas normas, como e de que forma estão nele espelhados os mecanismos de promoção de políticas públicas horizontais.

5.1. O primeiro exemplo é, simbolicamente, o da adjudicação por lotes¹⁷, previsto no artigo 46º-A, mecanismo no qual o texto comunitário a que se foi fazendo referência supra parece depositar ostensivas (o futuro dirá se fundadas) esperanças. Aplicada ao direito das compras públicas português, a adjudicação por lotes é, apenas, uma possibilidade que se abre às entidades adjudicantes, a merecer opção se e quando a

14 Considerando 124 da Diretiva 2014/24/EU.

15 Considerando 36 da Diretiva 2014/24/EU.

16 Considerandos 37 e 40 da Diretiva 2014/24/EU.

17 Vasco Moura Ramos, *O novo regime jurídico da divisão do contrato em lotes. Algumas considerações*, *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 18 (Setembro 2018), pp. 87 e ss.; Pedro Fernández Sanchez, *Direito da Contratação Pública*, Volume I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2020, pp. 541 e ss.

dispersão de adjudicações (e de subsequentes contratos) produzidas no mesmo procedimento for suficientemente apelativa para o decisor público. Por isso, o legislador nacional cuidou de prescrever que “*as entidades adjudicantes podem prever (...) a adjudicação por lotes*” (n.º 1 do artigo 46.º-A). Estabelece-se, porém e ao mesmo tempo, um dever expresso de fundamentação naqueles casos em que as compras são de valor considerável (€135.000,00 para a aquisição de bens ou serviços e €500.000,00 para as empreitadas de obras públicas), por se entender – parece ser essa a interpretação razoável do preceito legal – que, nestes casos, a distribuição dos recursos públicos por vários operadores económicos encontra justificação no próprio valor pecuniário que a entidade adjudicante se predispõe a gastar junto dos respetivos mercados. Realizada, porém, a fundamentação exigida – por recurso, a título meramente exemplificativo, às razões constantes das alíneas a) e b) do n.º 2 do mesmo artigo 46.º-A – nada mais obriga a entidade pública à fragmentação da adjudicação. Acresce a isto que, mesmo nos casos em que tenha sido decidido o loteamento, é sempre possível à entidade adjudicante “recentrar” a adjudicação, desde que tal possibilidade esteja expressamente prevista nas peças do procedimento (n.º 5 do artigo 46.º-A). O legislador não o diz, mas parece ser aqui enquadrável a circunstância em que o somatório dos lotes adjudicados a diferentes operadores económicos acabe por ultrapassar, largamente, o valor pecuniário que seria dispensado no caso em que a adjudicação se fizesse apenas a um prestador de serviços ou empreiteiro (operação que não prescinde, naturalmente, da apresentação e apreciação, em concreto, das propostas dos concorrentes).

5.2. O segundo exemplo parece, contudo, ser ainda mais paradigmático: estamos a referir-nos, com precisão, aos designados *contratos reservados*, previstos no artigo 54.º-A. Do que aqui se trata, portanto, é de garantir que determinados contratos das administrações públicas sejam adjudicados a empresas cujo objeto principal seja a integração social e profissional. A forma que se julgou adequada de garantir essa reserva de contratos foi a de permitir às peças do procedimento – neste caso, ao convite ou ao programa do procedimento, consoante nos estejamos a referir a um ajuste direto ou a uma consulta prévia, por um lado, ou a um procedimento concursal aberto, por outro lado – a definição do universo dos potenciais candidatos ou concorrentes. Tenha-se presente, porém, que este regime mostra-se dotado de um amplo campo de aplicação quanto aos seus próprios destinatários, já que, do que resulta do dispositivo legal, qualquer entidade, de qualquer natureza jurídica, pode mostra-se apta a participar no procedimento (e não apenas as do setor social¹⁸), o que contrasta com um outro regime de *reserva de contratos*, se for concedida a expressão, previsto no artigo 250.º-D do mesmo Código, nos termos do qual, aqui sim, o próprio legislador já definiu, não apenas o âmbito ou a tipologia dos contratos envolvidos (n.º 1 do artigo 250.º-D), como também as condições que os potenciais concorrentes devem, cumulativamente, cumprir (n.º 2 do artigo 250-D). Neste último cenário, e atentas as exigências legais, julgamos que só as entidades

18 As relações contratuais entre o Estado e o setor social, em especial as IPSS, mostram-se reconhecidas por enquadramento jurídico específico, constante do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, na sua redação atual, o qual estabelece, nos termos do seu próprio âmbito objetivo, os princípios orientadores e o enquadramento a que deve obedecer a cooperação entre o Estado e as entidades do setor social e solidário.

sob a forma jurídica de cooperativas reunirão todos os requisitos do catálogo, o que acabará, fatalmente, por votar este mecanismo de reserva de contratos a um muito provável insucesso. Regressando, porém, ao disposto no artigo 54.º-A, importa sublinhar que a intenção do legislador não foi a de prever, no critério de adjudicação, uma pontuação suplementar para empresas que promovam o emprego de pessoas com deficiência ou pessoas desfavorecidas (realidade que também existe, que, sobre a qual, alguma coisa se dirá de seguida e que, aliás, estaria razoavelmente em linha com o espírito do nosso Código dos Contratos Públicos de 2008, resultante da transposição das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), mas sim de circunscrever, realmente, o universo daqueles que podem apresentar-se ao procedimento. Em nossa opinião, o texto legislativo ficou adequado em relação à previsão da Diretiva comunitária sobre a mesma matéria, com exceção da *ratio* dos 30% constante da segunda parte da norma europeia, o que constitui uma decisão ou uma escolha do legislador nacional.

5.3. O terceiro exemplo vem do preço ou custo anormalmente baixo, previsto no artigo 71.º, e que mereceu, em nossa opinião, um tratamento de desfavor (até de alguma desconsideração) por parte da revisão do nosso Código. A proposta contendo preço anormalmente baixo passará a ser aquela que assim for qualificada em função de critérios que forem elaboradas pela entidade adjudicante, desaparecendo – com carácter legal – a previsão de uma determinada percentagem do preço base (sem prejuízo de continuar a ser possível que essa percentagem seja, afinal, um critério)¹⁹. A qualificação de uma proposta como anormalmente baixa só pode conduzir à exclusão do concorrente no caso em que os esclarecimentos por si prestados não sejam adequados e suficientes para a justificação do preço apresentado. Ora, no âmbito desses esclarecimentos, é possível ao concorrente demonstrar que a determinação de um preço bastante inferior ao preço base resultou, afinal, do cumprimento de obrigações legais em matéria ambiental, social ou laboral, isto é, o cumprimento de deveres jurídicos impostos por normas neste domínio pode determinar, em algumas circunstância, que o preço proposto para a venda de um bem, de um serviço ou de uma obra seja, afinal, consideravelmente inferior ao preço estipulado, *a priori*, pela entidade adjudicante. Apesar de colocadas as coisas nesta perspetiva pelo texto legal, somos da opinião, porém, que a análise que faz mais sentido é, precisamente, aquela que arranca da perspetiva oposta, isto é: a entidade adjudicante estabelece determinado preço base porque reconhece, por exemplo, que os custos laborais aplicáveis ao contrato que se propõe realizar estão legalmente enquadrados em instrumento de regulação coletiva de trabalho e que, portanto, é aparentemente impossível aos concorrentes apresentar preço inferior a determinado patamar, sob pena de compressão, ilegal, dos salários devidos aos trabalhadores. Pensamos que é para esta perspetiva – positiva e preventiva, se a expressão nos for consentida – que aponta a legislação comunitária e não para a perspetiva, definida pela negativa, que é exposta pelo texto legal do nosso Código dos Contratos Públicos.

19 Para mais, entre outros, Débora Melo Fernandes, *O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento e deveres da entidade adjudicante*, Revista dos Contratos Públicos, n.º 16 (Março de 2018), pp. 93 e ss.

5.4. O quarto e último exemplo (outros mais haveria a disponibilizar, como a matéria das especificações técnicas do artigo 49.º, por hipótese, mas as limitações de espaço não o concedem) vem do critério de adjudicação e, em especial, das novas fórmulas de densificação dos seus fatores e subfatores. No vigência do nosso Código anterior²⁰, uma parte significativa da jurisprudência e de alguma doutrina nacional impôs a proibição de valoração das equipas ou das pessoas (dos quadros técnicos) dos concorrentes, na medida em que o então artigo 75.º deixava expresso que o critério de adjudicação se há-de densificar em aspetos da proposta e não em qualidades ou atributos dos concorrentes, o que encontrou respaldo, aliás, em algumas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, em especial o conhecido “Acórdão Lianakis”²¹. Ora, o que a revisão do Código trouxe de novo em relação a esta matéria é a afirmação de que a apreciação dos “aspetos da execução do contrato a celebrar”, para utilizarmos já a expressão legal prevista no n.º 1 do revisto artigo 75.º, pode compreender, entre vários outros fatores, também a organização, a qualificação e a experiência do pessoal que, em concreto, será encarregue da execução do contrato em questão. Ou seja: mantém-se a proibição de valoração de qualidades ou características dos concorrentes (n.º 3 do artigo 75.º), mas passa a admitir-se que os fatores que densifiquem o critério de adjudicação tenham em atenção, não as características abstratas (ou não diretamente relevantes para a execução do contrato em concreto) dos concorrentes, mas as aptidões das pessoas que, especificamente, sejam mobilizadas para a execução do contrato²². Ora, esta formulação abre, claramente, a porta para que as entidades adjudicantes criem, nos seus critérios de adjudicação, fatores que premeiem a contratação de desempregados de longa duração, desde que essas pessoas sejam, em concreto, as responsáveis, total ou parcialmente, pela execução do contrato. O que, nestas circunstâncias, se torna obrigatório é que o próprio contrato já preveja as fórmulas de controlo desta obrigação (n.º 6 do artigo 75.º), o que, no fundo, equivale a reconhecer que a definição de políticas sociais no momento do critério de adjudicação obriga a uma via bipartida: (i) fixação dos fatores do critério de adjudicação no programa do procedimento e (ii) especificação das obrigações contratuais que decorrem dessas políticas sociais no caderno de encargos. Ora, é à luz deste artigo 75.º, em especial da forma como o legislador gizou os fatores ou subfatores que densificam o critério de adjudicação que melhor se pode compreender o (confusamente) previsto no n.º 2 do artigo 1º-A do Código dos Contratos Públicos: a obrigação aí imposta às entidades adjudicantes só pode ser cumprida no momento da execução do contrato e através dos mecanismos que, em concreto, o próprio contrato seja capaz de estabelecer. Do mesmo artigo 75.º ressalta outra novidade, com especial importância no domínio ambiental, já que é para aí que está expressamente direcionado o próprio teor do seu n.º 7, que é o designado cálculo dos custos do ciclo de vida²³, que, na nossa

20 Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

21 Acórdão do TJUE de 24 de Janeiro de 2008 – Proc. C-532/06.

22 O que, aliás, foi expressamente admitido pela decisão proferida pelo TJUE no seu “Acórdão Ambisig” (C-601/13), suscitado, de resto, a partir dos tribunais portugueses.

23 Pedro Santos Azevedo, *Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos*, Revista dos Contratos Públicos, n.º 16 (março de 2018), pp. 71 e ss.

perspetiva, parece apontar, em primeira linha, mais para uma fórmula de fixação de custo do contrato (o que tem muita relevância sob várias luzes, desde logo porque o custo pode ser equivalente ao valor e é a partir do valor que se determina a escolha do procedimento – artigo 18.º do Código dos Contratos Públicos – não através do preço base) do que para fatores de adjudicação propriamente ditos. Não se pretende retirar importância ao tema, como é evidente, até porque se adivinham bastantes dificuldades na sua aplicação prática, mas no contexto das políticas sociais, assumem uma importância moderada, na medida em que, como referimos, este cálculo, sendo decomposto em várias possibilidades, nos parece claramente vocacionado para a compreensão do real ou verdadeiro custo de um contrato, em comparação com o custo ficcionado ou aparente, que é, em muitos casos, o custo de aquisição.

6. Encerramos o presente trabalho com duas notas absolutamente telegráficas: **a)** por um lado, e em jeito de balanço reflexivo, o Código dos Contratos Públicos português parece ter sido capaz de incorporar o essencial da diretiva comunitária sobre contratos públicos em matéria de promoção de políticas sociais, laborais ou ambientais, tanto ao nível das soluções substantivas, como ao nível dos momentos procedimentais pré-contratuais em que essa promoção se pode realizar. A Diretiva escolhia, em primeiro lugar, a aplicação dos princípios gerais da contratação pública às regras de escolha dos participantes, o que foi conseguido em sede de contratos reservados; em segundo lugar, nos critérios de adjudicação e de exclusão, o que foi conseguido em sede de densificação dos fatores e subfactores do critério de adjudicação; em terceiro lugar, na definição das propostas anormalmente baixas, o que foi feito em sede de justificações às propostas com preço anormalmente baixo; **b)** por outro lado, o nosso Código não deixou de reconhecer que a promoção de políticas sociais justas pode passar pela assunção destes compromissos nos momentos adequados dos procedimentos pré-contratuais públicos, mas também pode passar pelo reconhecimento de que alguns contratos de serviços sociais podem merecer a exclusão da aplicação da Parte II (onde se encontram previstos os tipos de procedimentos pré-contratuais públicos) do Código. Ou seja, mesmo nos casos em que estejamos perante contratos concorrenciais – desde logo, os previstos no Anexo IX ao mesmo Código – o escasso interesse transfronteiriço desses contratos, desde logo, ou a especial sensibilidade que sempre comportam os serviços à pessoa, noutra dimensão, pode justificar que as entidades adjudicantes não tenham que passar pelo crivo dos procedimentos pré-contratuais previstos no Código. É o que se mostra previsto no artigo 6.º-A, em estreita harmonia com o disposto sobre a matéria na Diretiva 24/2014/EU (seus considerandos 114 e 115)²⁴ e que demonstra

24 Se é verdade que o regime jurídico definido pelo artigo 6.º-A do Código dos Contratos Públicos se mostra conforme ao direito da União Europeia, não é totalmente seguro que, no plano do direito interno, a opção do legislador seja incontestável. Ao excluir do âmbito de aplicação da Parte II do Código os contratos sociais de valor inferior a €750.000,00 (isto é, aqueles que se mostram identificados no catálogo do Anexo IX do CCP) acabou por ser criado um vazio legal (reformulando: um *vazio procedimental*) que pode não ser compatível com princípios gerais de direito administrativo (e até de direito constitucional) como sejam a transparência dos procedimentos públicos, a igualdade dos operadores económicos em face da despesa pública (*igualdade de oportunidades*, se a expressão for consentida) ou, de forma mais genérica, o *princípio da igualdade de acesso aos benefícios económicos atribuídos pelo Estado*. Neste sentido, e rejeitando as formulações jurídicas mais recorrentes para a justificação legal do regime do artigo 6.º-A

uma via dupla para determinados contratos com ambições sociais, se nos for concedida a expressão: nuns casos, submissão à disciplina do Código dos Contratos Públicos, noutros casos, exclusão de aplicação do mesmo Código, ou melhor dito, exclusão de aplicação da sua Parte II.

do Código dos Contratos Públicos em face do direito interno, Pedro Costa Gonçalves, *obra citada*, pp. 292 e 293. Também sobre os problemas e incertezas resultantes das opções nacionais em sede de contratos sociais, Pedro Fernández Sánchez, *obra citada*, pp. 235 e ss.