



PRONÚNCIA N.º 10/AMT/2016
Regulação da Mobilidade e Transportes

Anteprojeto de Revisão do Código
dos Contratos Públicos

Lisboa, em 21 de outubro de 2016

PRONÚNCIA N.º 10/2016

Regulação da Mobilidade e Transportes

Objeto: Anteprojeto de **Revisão do Código dos Contratos Públicos (2016)**

Contexto: Aspetos pertinentes **na transposição da geração mais recente das Diretivas da UE relativas à contratação pública**, incluindo a revisão do Código dos Contratos Públicos, (2014) tendo em vista **assegurar condições para a competitividade, e, para a coesão territorial, social e económica** do Ecosistema Português da Mobilidade e dos Transportes, propiciando a consolidação de um **ambiente incentivador do investimento**.

Destinatário: Sua Excelência o Senhor Secretário de Estado das Infraestruturas

I. ENQUADRAMENTO

I.1. Objeto

1. O **objeto** da presente Pronúncia da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) circunscreve-se à **análise do Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos (CCP)**, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e sucessivas alterações até à presente data, em especial no que se reporta aos **aspetos pertinentes na transposição da presente geração das Diretivas da União Europeia (UE) relativas à contratação pública (2014)**, atenta a sua **particular relevância** no contexto da **competitividade das infraestruturas e serviços do *Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes***.
2. O **Anteprojeto de diploma** em apreço visa proceder à **transposição** do pacote das três seguintes **Diretivas relativas à contratação pública**¹, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014:
 - 2.1. **Diretiva 2014/23/UE**, relativa à adjudicação de **contratos de concessão**, que veio **regular pela primeira vez** um extenso campo de matérias relacionadas com este tipo de contratos;
 - 2.2. **Diretiva 2014/24/UE**, relativa aos **contratos públicos**, doravante designada apenas por Diretiva “*contratos públicos*”, que regula a contratação pública nos dominados setores clássicos, e que revoga a Diretiva 2004/18/CE;
 - 2.3. **Diretiva 2014/25/UE**, que regula os **setores especiais**, relativa aos **contratos públicos celebrados por entidades que operam nos setores** da água, da energia, dos **transportes** e dos serviços postais, e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

¹ É oportuno ter presente a distinção tradicional na doutrina especializada entre “*contratos de concessão*” e “*contratos públicos*”, sendo que esta segunda categoria tem como objeto (1) execução de obras; (2) fornecimento de produtos; e, (3) prestação de serviços.

A *diretiva sobre contratos de concessões* é mais flexível, tendo assumido no seu art.º 30.º a Liberdade de Organização do Procedimento de Adjudicação.

Em contraponto as *diretivas sobre contratos públicos* elencam a tipologia dos procedimentos disponíveis, (i.e. 1) *concurso aberto*; 2) *concurso limitado*; 3) *procedimento de negociação*; 4) *diálogo concorrencial*; 5) *parcerias para a inovação*; e, 6) *procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio*.) e, ainda fixam de forma inequívoca os *critérios de escolha do procedimento* (art.º 26.º da Diretiva 2014/24/UE).

Visa, ainda, proceder à transposição da **Diretiva 2014/55/UE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa à **faturação eletrónica nos contratos públicos**.

No seu conjunto estas diretivas alteram substancialmente o **quadro legislativo/organizativo e regulamentar** bem como o **subsequente enquadramento regulatório** na Europa dos **Mercados Públicos**², em linha com os **objetivos específicos de política económica**, identificados no ponto 6 Infra.

I.2. Metodologia

3. Esta **Pronúncia** é elaborada por **iniciativa própria da AMT**, nos termos conjugados das alíneas d), t) e x) do n.º 1 do artigo 5.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, recorrendo à sua metodologia habitual, enquanto regulador económico independente que, em conformidade com a **Missão** que a lei lhe atribui, substantiva um **Modelo de Regulação Económica de Elevada Qualidade**, (REEQ) o qual, em síntese, se exprime por:

- **Suprir falhas de mercado,**
- **Sem gerar falhas de Estado**, incluindo as de **regulamentação**,
- Promovendo a confluência dos equilíbrios dinâmico e resiliente, de **três, racionalidades**:
 - ✓ **Investidores;**
 - ✓ **Profissionais / utilizadores / consumidores e/ou cidadãos;**
 - ✓ **Contribuintes.**

² A Comissão europeia lançou uma consulta sobre a modernização do mercado de contratos públicos na Europa, Bruxelas, 27 janeiro 2011, justificando o objetivo de obter melhores resultados na realização da contratação pública da seguinte forma: «Os contratos públicos representam cerca de 17% do PIB da UE. Em tempos de restrições orçamentais e de dificuldades económicas em muitos Estados-Membros, a política de contratos públicos deve garantir uma utilização otimizada dos fundos públicos, de modo a promover o crescimento e a criação de emprego. Para tal são necessárias ferramentas flexíveis e fáceis de utilizar, que permitam adjudicações de contratos transparentes e concorrenciais, da forma mais simples possível para as autoridades públicas europeias e os seus fornecedores».

Estas **racionalidades** são **não aditivas**, embora as suas dinâmicas se possam reforçar mutuamente.

A **avaliação positiva global** por parte da **AMT** exige a **verificação positiva cumulativa de todas as racionalidades**, que deve ser devidamente integrada numa **Visão Holística** das mesmas.

Naturalmente que a **praxis regulatória** tem **duas fases**: uma **primeira**, a montante de tudo o mais, que se circunscreve à análise de **elementos de organização do mercado** e da **estrutura legislativa e regulamentar do mesmo**, a cargo do **Estado Legislador**.

Depois, há uma **segunda fase**, de **análise casuística**, em que cada uma destas entidades em causa, no sentido do artigo 46.º dos Estatutos da AMT, se confronta com um escrutínio específico, já no âmbito do **Estado Regulador**, em sentido estrito.

Em todo este percurso metodológico, que abrange as duas fases, subsistem determinadas **questões polares**, adaptadas caso a caso, e que estão vocacionadas para contribuírem para a blindagem necessária aos riscos de **captura**.

A aplicação deste modelo é necessariamente longa, mas o **resultado final** está **sumarizado** nas conclusões desta Pronúncia, que podem ser lidas a partir do ponto **87**.

4. A aplicação do modelo **REEQ**, no caso presente, vai dar especial atenção às **infraestruturas e aos serviços do Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes**, visando contribuir para a **consolidação de um ambiente incentivador do investimento**, sobretudo através da adoção de **regras e procedimentos claros, coerentes, credibilizantes, transparentes e inspiradores do Valor da Confiança no médio e longo prazo**.

Este objeto central do investimento estruturante é de inquestionável importância para a **sustentabilidade financeira e ambiental**, a **competitividade**, e a **coesão económica, territorial e social** deste **ecossistema**, daí advindo manifestas repercussões para a Sociedade e para a Economia, em Portugal.

Na realidade, a **AMT**, ao implementar o **Modelo de Regulação Económica de Elevada Qualidade**, atua de forma **Independente**³, promovendo a concretização gradual de um **sistema de transportes, respetivas infraestruturas, e, atividades conexas**, que, suporte a **mobilidade**, enquanto expressão de **cidadania**, numa **sociedade de competências** cada vez mais **competitivas**, servida progressivamente pela gestão da **fronteira do conhecimento**, nas diferentes áreas constitutivas de uma **Democracia**, cada vez com maior **desenvolvimento e maturidade**, e, que:

- 4.1. Esteja totalmente integrado com a **Rede Transeuropeia de Transportes** e que promova o **Mercado Único Europeu** e a **livre circulação de pessoas, bens e serviços**;
- 4.2. Constitua uma **vantagem competitiva do País e das empresas** nele ancoradas para o seu processo de **exportação com Valor acrescentado endógeno**, com **baixos custos de contexto**, ao serviço do **crescimento económico** e da **criação de emprego**;
- 4.3. Abranja **todo o território nacional**, e seja **inclusiva**, favorecendo a **coesão económica, social e territorial**;
- 4.4. Seja intermodal, favoreça uma quota modal equilibrada e **eficiente**, designadamente em termos de **dependência energética externa do País** e de **baixas emissões de CO₂**;
- 4.5. Esteja aberto à **iniciativa empresarial**, em regime de uma **ampla concorrência não falseada**, liberdade de estabelecimento, autonomia de gestão e justa **rentabilidade dos investimentos** efetuados;
- 4.6. Promova e incorpore as **inovações tecnológicas com aplicações nas distintas soluções de mobilidade**, que se fazem sentir em todas as vertentes da **cidadania**, desde a **vida privada às atividades**⁴ **profissionais, sociais, culturais e económicas**;
- 4.7. Manifeste a resiliência de **combinar as inovações tecnológicas** com garantia do respeito pelos **direitos, liberdades e garantias da Pessoa**.

³ Nos termos precisos em que a “independência” é estatuída pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

⁴ O conceito de “**atividade económica**” tem vindo a conhecer uma delimitação precisa, sobretudo na **Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, a que a **AMT** dá obviamente **total acolhimento**.

5. Com estes Horizontes, a presente Pronúncia ocupar-se-á das seguintes **Questões Polares**:

5.1. *Que Compliance* com as exigências de **transparência** e de **prestação de contas**?

5.2. Que Racionalidade centrada nos **Investidores**?

5.3. Que Racionalidade centrada nos **Profissionais / Utilizadores / Utentes / Consumidores / Cidadãos**?

5.4. Que Racionalidade centrada nos **Contribuintes**?

1.3. Contexto

6. Esta nova geração de Diretivas da UE visa também contribuir para uma **União Europeia** que possa superar a **interdependência das economias** como reflexo incontornável das **dinâmicas heterogéneas da globalização**, que consiste precisamente na **internacionalização dos contratos públicos**.

A UE, também em linha com estas tendências, adotou em 2010 mais uma iniciativa para acelerar a conclusão do **Mercado Interno** (“*Towards a Single Market Act, 27/10/10*”) em que equacionava claramente os **contratos públicos** como uma via processual para a prossecução de **objetivos específicos de política económica**, superando assim o referencial epistemológico clássico da contratação pública.

Esses **objetivos** distribuem-se por uma tipologia onde avultam 3 categorias:

- **Dinamizar a atividade económica** e o **aumento da procura global**;
- Proporcionar **economias de escala e de gama** às empresas sediadas no seu território;
- Contribuir para a **sustentabilidade do emprego**.

Todavia, esta nova osmose entre a contratação pública e os objetivos da política económica contrasta com as inevitáveis assimetrias de flexibilidade entre os ordenamentos jurídicos da Organização Mundial do Comércio e da UE.

Em certo sentido, os princípios e as normas desta nova geração de Diretivas da UE (2014) deve também tentar ser compreendido à luz da necessidade de **superar estas assimetrias**.

7. As **obras e serviços**, incluindo os **contratos de concessão**, no âmbito do ***Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes***, têm vindo a ser **organizadas e regulamentadas** por um **universo variado de legislação**, com **especificidades próprias** associadas a cada **modo** – rodoviário, ferroviário (enquanto variante mais expressiva de um conjunto alargado de transporte guiado), fluvial e marítimo, e, acomodando também a tipologia das infraestruturas ou características da prestação de serviço.

Assim sendo, afigura-se imperioso assegurar que o normativo aplicável à formação e execução de contratos de concessão de obras e serviços, no qual o CCP é um elemento central, **potencie** ou, no mínimo, **não prejudique**, a **competitividade** e a **coesão** no âmbito do ***Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes***, justificando a análise desenvolvida e as conclusões apresentadas nesta Pronúncia.

8. Como elemento central deste contexto, há que sublinhar que no quadro da Administração Pública Indireta, os **Mercados Públicos** são supervisionados pelo **Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC)**, nos termos do Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de outubro, que aprovou a respetiva orgânica.

Cabe especificamente ao IMPIC a definição do quadro jurídico-legal da atividade (designadamente mediante a preparação de diplomas legais), a representação institucional do País junto de instâncias europeias e internacionais, o exercício do poder sancionatório em sede das empreitadas de obras públicas, o reporte estatístico à Comissão Europeia, a coordenação da Comissão de Acompanhamento do Código dos Contratos Públicos e a gestão de instrumentos indutores da transparência e *accountability* em sede de contratos públicos (portal BASE e Observatório das Obras Públicas).

Ao nível da **contratação pública**, o Código dos Contratos Públicos e as portarias que o regulamentam vieram conferir ao IMPIC atribuições e competências legais nesta área, muito significativas⁵.

⁵ Inclusivamente existiu já nos primeiros meses de 2015 um grupo de trabalho nomeado pelo anterior Governo, e coordenado pelo Presidente do IMPIC, com o objetivo de transposição das diretivas.

II. PRONÚNCIA da AMT

9. A geração mais recente de Diretivas europeias em matéria de Contratação Pública (que corresponde já à 4ª geração, cada qual com fronteiras algo dispersas), insere-se na Estratégia da União Europeia, designada pela conhecida sigla **“Europa 2020”**, e, visa otimizar o aproveitamento dos **princípios e normas estruturantes dos Tratados da UE**, e, da **Jurisprudência Comunitária**, designadamente nos campos **da formação e da execução dos contratos públicos, potenciando as suas interfaces para a prossecução de políticas estratégicas**, comunitárias e nacionais, em paralelo com a urgência de desenhar e implementar as iniciativas consequentes para fazer face à sucessão de crises que se tem vindo a fazer sentir, e, onde o rigor das finanças públicas coloca novas exigências às entidades adjudicantes.

Tornou-se assim necessária a revisão das normas de contratação pública, tornando-as **mais simples e eficientes para as entidades adjudicantes e para os operadores económicos**, contribuindo para o desenvolvimento de um clima amigo da **confiança** e do **investimento**, sobretudo através de um polígono virtuoso com vértices na **transparência, na concorrência, na compreensibilidade, na eficiência, na eficácia e na economia**, embora com as limitações decorrentes de uma **negociação hipercomplexa entre o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia e o Conselho**, bem refletido nos textos publicados no jornal oficial, como, aliás, é o apanágio constante da Construção Europeia.

10. Neste enquadramento, como **linhas transversais** à análise desenvolvida nesta Pronúncia, a **AMT** defende a referida consolidação de um **ambiente incentivador do investimento** (cfr. ponto 4 supra), através de:

10.1. Um normativo baseado, em **regras e procedimentos claros, transparentes e de longo prazo, rejeitando**, por conseguinte, **normas suscetíveis de induzir interpretações ambíguas**, que induziriam **custos administrativos acrescidos e extensão temporal dos processos**, com impactes relevantes e, por vezes, condicionantes ou mesmo inviabilizantes do desenvolvimento das infraestruturas e/ou dos serviços essenciais a um

desempenho de elevada qualidade do *Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes*. Um normativo ambíguo induziria certamente claros prejuízos para os *stakeholders* intervenientes nas 3 racionalidades sociais prevaletentes na economia portuguesa (investidores, profissionais/ utilizadores/ utentes/ consumidores/ cidadãos e contribuintes);

- 10.2. Um quadro normativo nacional aplicável aos contratos públicos**, nos diferentes domínios das **obras, bens móveis, serviços e concessões, que não resulte num regime mais restritivo do que os permitidos pelas Diretivas da UE** que o CCP visa transpor, o que, **a acontecer**, teria certamente um **efeito desincentivador do investimento privado e público**, fazendo perigar o desenvolvimento sustentável e os equilíbrios dinâmicos e resilientes das três racionalidades constitutivas da Regulação Económica de Elevada Qualidade, e sobretudo da Competitividade e do desempenho de todo o **ecossistema** em apreço
- 11.** Da avaliação da proposta de diploma de revisão do CCP, salientam-se os **aspetos específicos de maior relevância**, dada a sua **pertinência** em termos de **impacte no desempenho das infraestruturas e dos serviços do Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes**, designadamente:
- 11.1.** Por um **ambiente competitivo amigo do investimento**;
- 11.2.** Princípios Estruturantes da Contratação Pública, com relevo para o direito a uma **Livre Administração Pública**;
- 11.3.** Promoção de um conjunto o **mais extensivo possível de investidores**;
- 11.4.** Vigência/**Duração** dos **contratos de concessão**;
- 11.5.** **Flexibilidade contratual**;
- 11.6.** Melhoria das condições de acesso das **Pequenas e Médias Empresas (PME)** aos procedimentos de contratação pública a lançar;
- 11.7.** Nova regulação da **cooperação Pública-Pública**, incluindo as relações “**in house**”;
- 11.8.** **Contratação pública ecológica**, designadamente:

11.8.1. Novas regras para a seleção e contratação (adequação profissional e desempenho passado);

11.8.2. Avaliação multicritério das propostas usando custos de ciclo de vida;

11.9. Novos procedimentos concorrenciais, incluindo a **parceria para a inovação;**

11.10. Sustentabilidade ambiental, social e financeira, não apenas na **formação** dos contratos públicos, mas também durante a sua **execução.**

II.1. Da Compliance

12. O exercício da **Regulação Económica Independente** nas **Democracias** com uma maturidade mais desenvolvida exige um escrutínio de **compliance** que contribua para a avaliação da transparência e da *accountability* no sentido de contribuir para a legitimação do exercício dos seus **Poderes de Autoridade.**

Assim sendo, sob o prisma heurístico da **compliance**, a **AMT** procura dar a devida atenção à conformidade com a legislação aplicável, mas procura ir mais longe no sentido de abranger todo o universo da regulamentação interna e externa, bem como as normas e as boas práticas, tradicionalmente abrangidos pela designação de *infra law*.

Dada a extensão, a diversidade e a complexidade do projeto de diploma em apreço, conjugando idênticos atributos das Diretivas que é suposto serem transpostas, é compreensível que o exercício de *compliance* na economia de uma simples pronúncia, seja manifestamente circunscrito a alguns aspetos claramente parcelares.

12.1. Acresce que a dimensão dos Mercados Públicos na UE tem já hoje uma expressividade tal⁶, que a atenção das Autoridades Públicas, incluindo naturalmente a **Regulação Económica Independente**, deve ser **constante.**

⁶ Cerca de 17% do PIB da UE está relacionado com transações ao nível dos mercados públicos e 48% dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI) são executados por essa via.

Existe, por conseguinte, a fundada expectativa de que a **Contratação Pública** reforce e densifique o seu contributo para o estímulo permanente ao **desenvolvimento económico sustentável**, contribuindo para o **relançamento do mercado único**, viabilizando **novas oportunidades para as empresas**, em termos da sua própria **rentabilidade** e do **emprego** que proporcionam.

12.2. Neste contexto, é imperativo explorar as **dimensões semióticas da compliance**, as quais variam naturalmente em função da natureza do processo.

Neste caso, aquelas que se afiguram mais pertinentes são as da **conformidade com o próprio Despacho que criou a Comissão de Revisão do Código dos Contratos Públicos**, da **compreensibilidade** e das **dificuldades operacionais subjacentes à experiência anterior**, incluindo as já reconhecidas pela jurisprudência.

12.3. Reforça-se, contudo, que este exercício deve ser visto, não como uma aplicação extensiva, abrangente e completa⁷, mas, exclusivamente como uma ilustração da aplicação do modelo de **Regulação Económica de Elevada Qualidade (REEQ)**, exercido pela **AMT** de forma **independente** nos termos da **Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e dos seus estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio**.

II.1.1. *Da conformidade com o Despacho que criou a Comissão de Revisão do Código dos Contratos Públicos*

13. A **Comissão de Revisão do Código dos Contratos Públicos**, criada através do **Despacho n.º 3290/2016, de 18 de janeiro**, de Sua Excelência o Secretário de Estado das Infraestruturas, teve por objetivo a transposição para a ordem jurídica interna das Diretivas Europeias mencionadas no ponto **2** supra, bem como a introdução de alterações ao regime vigente.

⁷ Note-se que, no seu conjunto, as Diretivas em causa envolvem mais de 3 centenas de considerandos e de 2 centenas de normas injuntivas.

13.1. O trabalho da referida Comissão de Revisão CCP, teve como **orientação estruturante** os seguintes **princípios diretores**, expressos no próprio despacho⁸ :

- *O novo enquadramento legal europeu em matéria de contratos públicos, nomeadamente a aposta na inovação associada aos contratos públicos e os objetivos sociais e ambientais;*
- *A necessidade de atualização e revisão do CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, decorrente da experiência da sua aplicação, da prática jurisprudencial e dos estudos da doutrina;*
- *A oportunidade legislativa para simplificar, desburocratizar e flexibilizar os procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista ao aumento da eficiência da despesa pública, bem como introduzir melhorias e aperfeiçoamentos que visem a correta interpretação e aplicação de normas.*

13.2. Apenas relativamente a este terceiro princípio diretor **se justificam as recomendações constantes da presente Pronúncia.**

14. Ora como elemento conclusivo desta subseção **importa desde já reconhecer positivamente o esforço que foi realizado e bem sucedido genericamente nos domínios da simplificação, da desburocratização e da transparência dos procedimentos de contratação pública.**

II.1.2. Da Compreensibilidade

15. A revisão do CCP visa incrementar a **simplificação, a desburocratização e a flexibilidade dos procedimentos de formação dos contratos públicos**, com vista ao **aumento da eficiência, da economia e da qualidade da despesa pública**, atento o papel verdadeiramente central que desempenha no **paradigma da concorrência não falseada** a que a **AMT está vinculada**, como ressalta do seu **Plano de Atividades para 2016.**

⁸ Ver Despacho n.º 3290/2016, de 18 de janeiro, de Sua Excelência o Secretário de Estado das Infraestruturas.

Entre as principais **inovações**, decorrentes da transposição das Diretivas Europeias e que se inserem em objetivos de política da UE, designadamente em matéria ambiental, social e de promoção de emprego e inovação, destacam-se:

- 15.1. **Novos procedimentos** de adjudicação com potencialidades para se revelarem **amigos do investimento**;
- 15.2. **Alargamento** do regime dos contratos entre entidades do setor público, abrangendo outras formas de **cooperação entre entidades públicas**;
- 15.3. **Promoção da adjudicação de contratos sob a forma de lotes** com vista a **incentivar a participação das PME**. Cabe agora à administração pública justificar porque razão não recorre à contratação por lotes quando perante a formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 100 000 e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 300 000;
- 15.4. Possibilidade de **reserva de contratos** para entidades que empreguem **pessoas com deficiência ou desfavorecidas**;
- 15.5. Fixação como critério regra de adjudicação, o da **proposta economicamente mais vantajosa**, tendo por base a **melhor relação qualidade-preço**;
- 15.6. **Supressão** da fixação do critério do **preço anormalmente baixo** com **indexação ao preço base**. As entidades públicas devem definir, nas suas peças de concurso, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo;
- 15.7. **Impedimento** do co-contratante de se apresentar a procedimentos pré-contratuais, em caso de registo de **dois incumprimentos contratuais graves**, num **período de dois anos** (i.e., duas resoluções de contrato ou duas situações em que tenha sido objeto das multas máximas permitidas);
- 15.8. Possibilidade de **utilização de catálogos eletrónicos**;
- 15.9. **Vitalidade do procedimento** concorrencial, com o objetivo de lhe imprimir maior dinâmica, materializado através da criação de um **novo procedimento** para a aquisição de produtos ou serviços inovadores – a **parceria para a inovação**.

16. Neste quadro assume particular relevância o respeito pelo **princípio da concorrência** e seus corolários que **subjaz a qualquer atividade de contratação pública**, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.

Tal sucede, aliás, na generalidade dos Estados de Direito, como não podia deixar de ser, já que se apresenta como imprescindível à proteção do **princípio da igualdade**, que lhes é inerente, e, simultaneamente, como a melhor forma de proteger os **interesses financeiros públicos**.

16.1. O valor da transparência, sendo **transversal à atuação de toda a administração pública**, é fundamental, para, preventivamente, serem acautelados outros dois princípios conexos: o **princípio da imparcialidade** e o **princípio da igualdade de tratamento**. A sua importância é tal que a ele se faz referência expressa nas Diretivas da UE sobre a matéria da contratação pública.

16.2. Este princípio tem diversas implicações, nomeadamente na **necessidade de se proceder a uma adequada publicitação dos procedimentos contratuais**, na fixação de forma **clara, rigorosa e simples das regras que enformam cada procedimento**, de modo a serem perceptíveis para todos os operadores económicos eventualmente interessados.

Se as peças do procedimento se encontrarem elaboradas de forma tal que os operadores económicos sintam que a **discricionariedade** da **administração** poderá resvalar com facilidade para a arbitrariedade, então o princípio da transparência estará definitivamente em crise.

Dito por outras palavras, o princípio da transparência só se encontra salvaguardado se a administração, nas **peças procedimentais** (essencialmente no convite/programa do procedimento e no caderno de encargos), **estabelecer claramente o que pretende contratar, como pretende fazê-lo**, quais **os requisitos de acesso** ao procedimento, quais os **elementos essenciais** que deverão constar **das candidaturas e/ou propostas**, quais os **pressupostos de aceitabilidade** das mesmas e de que **forma serão avaliadas**.

16.3. Quando se fala em avaliação de propostas, somos reconduzidos, necessariamente, ao conceito de “critério de adjudicação”.

Quando o **critério de adjudicação** é o da **proposta economicamente mais vantajosa**, deverão ser fixados os **fatores de avaliação e eventualmente os subfatores dentro de cada fator**, nenhum dos quais podendo, direta ou indiretamente, dizer respeito “a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes” (art.º 75.º n.º 1 do CCP).

Mas não basta enunciar os fatores e subfatores que compõem o referido critério. É necessário existir um “**modelo de avaliação das propostas**” (art.º 139.º do CCP), constituído pela definição dos já mencionados fatores e eventuais subfatores. Depois desta definição, torna-se necessário atribuir valores de coeficiente de ponderação aos fatores ou aos subfatores elementares. Por sua vez, dentro de cada fator ou subfator é imprescindível a adoção de uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou de níveis qualitativos.

16.4. De que forma é que o critério de adjudicação, e concretamente este modelo de avaliação de propostas, se cruza com o princípio da transparência?

Pelo simples facto de todo este modelo **dever constar no convite** (no ajuste direto) **e no programa do procedimento** (nos demais procedimentos), peças estas que **existem desde o momento em que o procedimento é lançado**. Ou seja, através do critério de adjudicação, completamente parametrizado e densificado desde logo nas peças do procedimento, os operadores económicos interessados em concorrer podem retirar desse modelo todas as informações necessárias para apresentarem as suas melhores propostas, numa situação de **igualdade**, porque lhes é dado a conhecer, desde os primórdios do procedimento, o que aquela entidade adjudicante irá ter em consideração para a avaliação das propostas⁹.

⁹ Para ilustrar o que acabámos de dizer, tomamos a liberdade de transcrever o artigo 132º, n.º 1, alínea n) do CCP: “O programa do concurso público deve indicar o critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os fatores e os eventuais subfactores relativos aos aspetos de execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos fatores ou subfactores elementares, a respetiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais”.

16.5. Sem margem de erro, diremos que um convite ou um programa de procedimento que não tenha o **critério de adjudicação** construído com todos estes elementos, fará com que **o respetivo procedimento, e consequentemente o contrato que venha a ser celebrado** na sua sequência, estejam irremediavelmente feridos de **ilegalidade** gerando um **vício insanável** e, como tal, sem recuperação possível.

Este vício de lei tem subjacente o facto de, em última análise, o princípio da transparência ter sido violentamente atingido.

16.6. Aliás, em todos os procedimentos, ajuste direto inclusive, sempre que for adotado o **critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa**, todo este critério deverá estar densificado e parametrizado, de acordo com um modelo de avaliação das propostas, no programa do procedimento ou no convite, sob pena de se violar irremediável e insanavelmente o princípio da transparência, produzindo uma **incerteza nos operadores económicos** aquando da elaboração das suas propostas, momento em que não sabem, nem têm possibilidade de saber, de que forma as mesmas irão ser, em concreto, avaliadas¹⁰.

Assim, o **princípio da transparência administrativa** exige que os dados sejam comunicados em **linguagem simples, clara e compreensível**.

Refira-se que o direito da formação dos contratos públicos é, de longe, a área em que o princípio da transparência tem merecido maior tratamento e aplicação no plano jurisprudencial¹¹.

16.7. Neste sentido, a transparência administrativa não pode deixar de jogar um papel essencial no que tange **ao princípio constitucional democrático-participativo** (*maxime* artigos 2.º, *in fine*, 48.º, 109.º, 1.ª parte, e 267.º, n.º 5, da Constituição) e o reforço da **legitimação democrática da Administração**, constituindo mesmo condição indispensável para o **exercício da cidadania** e da **participação na vida pública** e para a

¹⁰ Em sentido contrário, decidiu o Supremo Tribunal Administrativo, no acórdão 416/10 STA: “*No procedimento do ajuste directo para a formação de um contrato a fixação da valoração dos aspectos de um determinado critério já depois do conhecimento das propostas, como no caso em sede de Relatório preliminar, não viola o princípio da imparcialidade*”.

¹¹ Neste domínio, tem sido entendido pelos Tribunais nacionais que o **princípio da transparência** impõe que: (i) a entidade adjudicante publicite a intenção de contratar e as condições essenciais do contrato; (ii) a entidade adjudicante formule as regras do procedimento de modo claro e preciso; e (iii) que tais regras sejam definidas antes de apresentadas as propostas, de modo a que não haja alteração das regras do jogo a meio.

No que respeita à jurisprudência europeia, ver o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12.03.2015, Proc. n.º C-538/13, segundo o qual “[o] dever de transparência, que é corolário [do princípio da igualdade de tratamento entre concorrentes], destina-se essencialmente a garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade, por parte da entidade adjudicante, relativamente a determinados concorrentes ou determinadas propostas”.

responsabilização (**accountability**) e o **controlo externo** dos poderes públicos.

Destarte, muitos Autores associam diretamente a ideia de transparência à de “democracia administrativa” e ao princípio democrático¹².

17. Ademais, a ideia de transparência vai buscar o seu fundamento último à ideia e ao princípio da **justiça** (art.º 266.º, n.º 2, da Constituição) e da **eficácia e unidade da ação administrativa**, expressamente consagrados no n.º 2 do artigo 267.º da Constituição que devem ser conjugados com o princípio da **boa administração** (ou princípio do bom andamento da administração).

- 17.1. O **princípio do direito à boa administração** está também consagrado no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹³, segundo o qual a Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, de economicidade e de celeridade.

A garantia da finalidade da atuação da AMT na busca da consolidação de um **ambiente incentivador do investimento sustentável** impõe o fomento do aperfeiçoamento dos **mecanismos de controlo social** da atuação dos entes administrativos, mediante mecanismos de participação popular decisória, fundamentação da regulamentação, visando o acesso à informação, a transparência e o escrutínio popular, sem prejuízo do controlo pelos órgãos de soberania, especialmente, pelo Poder Judicial, ao qual incumbirá a fiscalização judicial tanto da legalidade quanto da constitucionalidade dos atos emitidos pela Administração.

- 17.2. Neste contexto, releva-se a importância da **fase de conceção do Anteprojeto**, enquanto instrumento prático de boa administração, afigurando-se determinante privilegiar e acautelar a sua fase de **preparação** e de **planeamento**.

Tal passa, inequivocamente, pelo estabelecimento de um **preço máximo assente em base realista**; pela **calendarização** avisada da **adjudicação**; pela correta **identificação e avaliação das necessidades**; pela correta

¹² O Tribunal Constitucional já afirmou, aliás, que “[o] princípio da transparência da Administração é consubstancial a toda a ordem jurídica democrática”.

¹³ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 28/90, de 23 de outubro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/90, de 23 de outubro, e, por isso, vigente na nossa ordem jurídica por força do artigo 8.º, n.º 2, da CRP.

orçamentação e previsão de financiamento; pela aferição da sua **exequibilidade**; e pela realização de um orientado **estudo de mercado**.

17.3. Para além das referências constantes dos considerandos e de alusões pontuais noutros dispositivos, a menção principal aos “princípios da contratação” decorre do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 36.º da Diretiva 2014/25/UE.

A Diretiva 2014/23/UE¹⁴, embora não dedique um preceito à identificação dos princípios da contratação, alude expressamente, no artigo 3.º, ao princípio da igualdade de tratamento, da não-discriminação e da transparência, aos quais acrescenta, no artigo 2.º, o **princípio da livre administração das autoridades públicas, cuja referência, exclusivamente no âmbito das concessões**, há-de, necessariamente, assumir um significado específico.

17.3.1. O conceito de «concessão»¹⁵, no âmbito da Diretiva 2014/23/UE, abrange os contratos mediante os quais as entidades/autoridades adjudicantes confiam a terceiros a realização, a título oneroso, de uma tarefa pública (a execução de uma obra ou a prestação de um serviço), envolvendo a transferência de risco para o concessionário.

A **disciplina da matéria pelo direito europeu**, pela primeira vez¹⁶, não significa, porém, em obediência ao **princípio da neutralidade da UE face ao regime de propriedade dos Estados-Membros**, princípio basilar instituído pelo artigo 295.º do Tratado de Roma (atual artigo 345.º do TFUE), expressamente reiterado no referido artigo 2.º, **um dever para os Estados-Membros** (também à luz do princípio da livre prossecução de interesses) de **contratualizar as tarefas públicas abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva**.

¹⁴ A Diretiva 2014/23/UE surge, saliente-se, na esteira de duas comunicações interpretativas da Comissão Europeia em matéria de concessões (comunicação interpretativa da Comissão Europeia 2000/C 121/02, de 20 de abril, sobre o regime jurídico das concessões no ordenamento jurídico comunitário e comunicação interpretativa da Comissão Europeia 2008/C 91/02, de 12 de abril, sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionais).

¹⁵ O Tribunal de Justiça inaugurou a jurisprudência sobre o tratamento das concessões, à luz do direito da União Europeia, no caso *Telaustria*, com o Acórdão de 7.12.2000, processo C-324/98.

¹⁶ Em larga medida, a nova Diretiva vem consolidar a vasta jurisprudência dos tribunais da União nesta matéria, o que, só por si, tem o mérito de reforçar a segurança jurídica e a grande vantagem de estabilizar um conjunto de normas materiais e processuais aplicáveis às concessões, contribuindo para uma aplicação uniforme do direito da União.

A Diretiva reconhece e reafirma o direito de os Estados determinarem a forma mais adequada de organizarem e executarem obras e prestarem serviços nos seus territórios.

Em particular, **nada na Diretiva condiciona a opção por um modelo de gestão pública ou privada.**

Porém, se os Estados optarem por **delegar a disponibilização de bens ou serviços a terceiros** (sejam estas entidades públicas ou privadas) o **direito da UE tem uma palavra a dizer.**

Assim sendo, são admissíveis duas opções:

- **manter** essas tarefas na **esfera pública** e desempenhadas por pessoas coletivas;
- **delegar** aquelas tarefas em **operadores económicos privados**, confiando-lhes a **execução** mediante a celebração de contrato, com **sujeição às regras do direito europeu** em matéria de concorrência, transparência, igualdade e não discriminação, constantes, em especial, da Diretiva 2014/23/UE.

17.4. A previsão de um **conjunto específico de princípios** da contratação evidencia claramente o relevo da sua **adequada ponderação** com o **progresso científico e tecnológico**, e a **eficiência**, sobretudo quando se considera que uma das principais finalidades prosseguidas pelas novas Diretivas consistiu na **simplificação** e na **flexibilização dos procedimentos**, elegendo as **entidades públicas** intervenientes na contratação **sujeitos ativos** na realização de bens e valores de relevante **interesse ambiental, social e laboral**, além de **garantes do cumprimento** por todos os operadores económicos das **normas e princípios** globais, **europeus, nacionais e locais**, no domínio contratual, contribuindo para a segurança jurídica das entidades públicas e privadas.

Com efeito, o êxito dessa tarefa exige um equilíbrio delicado e permanente entre dois interesses nem sempre coincidentes: por um lado, garantias básicas a favor da igualdade de tratamento e da concorrência entre operadores, e, por outro, flexibilidade para os Estados organizarem da forma mais eficiente o procedimento de escolha dos concessionários.

II.1.3. Das Dificuldades Operacionais subjacentes à experiência anterior, incluindo as já reconhecidas pela jurisprudência

- 18.** No contexto da transposição para o ordenamento jurídico nacional das Diretivas Contratos Públicos/2014, é absolutamente essencial reconhecer um universo de dificuldades operacionais que agrega vários subconjuntos.

Um deles respeita à capacidade da própria geração de Diretivas e, conseqüentemente, do projeto de revisão em apreço estar em sintonia com os objetivos estratégicos da UE a que Portugal está obrigado, por força do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa.

Como é do conhecimento geral, na nossa contemporaneidade, os objetivos estratégicos da UE em matéria de desenvolvimento estão codificados na Estratégia Europa 2020, que postula a ambição de um crescimento económico que seja inteligente, sustentável e inclusivo.

Neste sentido, é extremamente importante que o legislador nacional venha acolher uma solução de adjudicação que permita aos entes adjudicantes tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para promover a inovação e assegurar um desenvolvimento sustentável e inclusivo. Muitos são, pois, os desafios que se apresentam ao legislador nacional e posteriormente ao comprador público.

Ora, neste escopo há que relevar o Livro Verde da Contratação Pública, adiante referenciado no ponto **20**, e, que, *inter alia*, vem articular com a contribuição da Contratação Pública para uma expressão prática à sustentabilidade do crescimento económico e à ligação dessa sustentabilidade à contratação pública através do **investimento**.

Daqui decorre, deste exercício de *compliance*, a necessidade de eleger a **promoção do investimento** como **bússola** orientadora da **revisão do atual CCP**.

- 18.1.** O Anteprojeto, revelando uma **alteração/vocação maximalista**, mantém, porém, o silêncio quanto a alguns dos problemas já reconhecidos pela jurisprudência, e que reclamam uma intervenção legislativa urgente.

O mais relevante desses problemas consiste nas dificuldades da **jurisprudência dos Tribunais Administrativos** para trabalhar conjugadamente com as **causas de exclusão** constantes das **alíneas e) e f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP**.

18.2. O Código de 2008 não pretendeu seguramente deixar as entidades **adjudicantes indefesas contra operadores económicos que arriscam apresentar propostas com preços excessivamente baixos, insuficientes para remunerarem as prestações constitutivas do objeto contratual**.

O complexo normativo formado pela alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º, pela alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º e pelo artigo 71.º do CCP permite às entidades adjudicantes **excluírem propostas** cujos autores não esclarecem, ou esclarecem insuficientemente, as suspeitas quanto a um **preço julgado anómalo**, que, em caso de adjudicação, poderia acabar por **prejudicar a correta execução do contrato**, por deixar o **contraente privado** destituído da necessária liquidez financeira para cumprir pontualmente as suas obrigações.

18.3. Todavia, o legislador, prevendo que **esse complexo normativo não encerrava, só por si, todas as hipóteses de apresentação de propostas anómalas**¹⁷, incluiu a causa de exclusão presente na alínea f) do mesmo n.º 2 do artigo 70.º, dispondo que “*são **excluídas as propostas cuja análise revele [...] que o contrato a celebrar implicaria a **violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis*****”:

Sendo certo que esta causa de exclusão tem uma vocação mais ampla suscetível de parametrizar o conteúdo do “contrato a celebrar”, a sua teleologia específica também teve em vista **proteger as entidades adjudicantes contra propostas** que, em caso de adjudicação, dariam origem à **celebração de contratos cujo preço seria inferior ao montante necessário para que o adjudicatário cobrisse rigorosamente todos os custos** decorrentes de normas legais ou regulamentares vinculativas e aplicáveis a tal contrato.

¹⁷ Basta atentar no paradoxo que consiste na hipótese num dado setor do mercado começarem a aparecer preços excecionalmente competitivos através da violação de normas obrigatórias nos planos social, laboral ou ambiental, preços esses que, contudo, não se mostram anómalos em face da respetiva estrutura de custos e que consequentemente não chegam a violar o disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º, uma vez que é precisamente aquela estrutura de custos que assenta numa conduta desconforme com o ordenamento jurídico.

18.4. Sucede que estas disposições não têm produzido os efeitos pretendidos, visto que uma importante parte dos **Tribunais Administrativos** desenvolveu **uma linha argumentativa destinada a dispensar o juiz de proceder à avaliação casuística da suficiência do preço proposto**, para a **cobertura dos custos** em que o **concorrente incorre com a execução do contrato**.

Com isso, **os Tribunais passaram a anular os atos das entidades adjudicantes que excluíram propostas que demonstradamente incumpriam os encargos** juridicamente obrigatórios – especialmente em matéria laboral – **inerentes à execução do contrato**.

Este entendimento baseou-se no princípio da legalidade das competências, segundo o qual cabe às **entidades adjudicantes** prosseguir **unicamente as competências envolvidas no interesse público subjacente à decisão de contratar**, não lhes cabendo reclamar competências para a **fiscalização das práticas sociais, laborais ou ambientais** dos respetivos cocontratantes.

18.5. Nesse contexto, o direito fundamental de **livre iniciativa económica**, instituído como **pilar básico do regime do preço anormalmente baixo**, legítima que **cabe ao empresário, e não à entidade adjudicante**, determinar livremente o modo como se organiza para executar o contrato e como concebe a sua estrutura de custos.

18.6. Acresce que qualquer pretensão de situar a resolução desta questão no âmbito **do Direito da Concorrência esbarra com a realidade de este apenas proibir baixas excessivas/ou abusivas de preços em situações de posição dominante subsumíveis à esfera de aplicação do artigo 102.º do TFUE**. Quer isto dizer que o por vezes qualificado como ***dumping de preços*** não é nenhum ilícito em termos genéricos do direito da concorrência. Aliás, como se sabe, a aplicação do termo ***dumping*** em sentido técnico jurídico releva da política comercial comum, na base do então artigo 113.º do Tratado de Roma.

Entre nós, para estas situações que são cominadas como vendas com prejuízo, ter-se-ia que convocar legislação autónoma que atribui as respetivas competências de fiscalização e de sancionamento à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), enquanto **práticas**

restritivas de comércio, nos termos do **Decreto-Lei n.º 166/2013**, de 27 de dezembro, alterado pelo **Decreto-Lei n.º 220/2015**, de 8 de outubro, que aprovou o novo regime jurídico aplicável às práticas individuais restritivas de comércio, revogando o anterior regime estabelecido no Decreto-lei n.º 370/93, de 29 de outubro, alterado pelos Decretos-lei n.ºs 140/98, de 16 de maio, e 10/2003, de 18 de janeiro.

18.7. Assim, nenhum preço de um dado contrato, isoladamente considerado, poderia ser considerado anticoncorrencial, apenas uma apreciação global da estrutura de custos avaliada no ambiente específico de uma certa empresa poderia levar a confirmar a anomalia de uma qualquer proposta de preço.

Em consequência, a entidade adjudicante poderia, quando muito, socorrer-se dos mecanismos de sanção por incumprimento contratual ao longo da execução do contrato. Porém, na **fase pré-contratual**, o compromisso negocial assumido pelo concorrente seria suficiente para cumprir o disposto no n.º 1 do artigo 56.º do CCP, cuja redação o Anteprojeto manteve na íntegra, devendo ser respeitada a **liberdade jufundamental de iniciativa empresarial** no modo de **configuração dos preços** inerentes a esse compromisso¹⁸.

18.8. Ora, neste contexto, o **Tribunal de Justiça**, em contraste com os Tribunais Portugueses, viabiliza a estratégia adotada pelos próprios **serviços da União Europeia** (nomeadamente dos serviços sob a tutela da Comissão) quando estes, à luz do quadro normativo das Diretivas, **excluem qualquer proposta cujo preço se revela não credível para assegurar a remuneração necessária ao cumprimento das obrigações** emergentes do contrato a celebrar, **formulando pedidos de esclarecimento incisivos** que cerceiem progressivamente a margem de escape de concorrentes imprudentes, **obrigando-os a justificar** o seu preço anómalo, adotando uma de duas possibilidades:

¹⁸ Num recente e marcante exemplo da uniformização de jurisprudência que está a ser imposta pelo STA, na sequência dos diversos recursos de revista interpostos após decisões contraditórias das diferentes formações dos Tribunais Centrais Administrativos, cfr. o Acórdão de 07-01-2016 (Processo 01021/15), onde o STA não sente dificuldades em alegar que mesmo uma proposta que assumidamente apresente um preço insuscetível de cobrir os custos legalmente obrigatórios não deve ser excluída, porque “o cumprimento ou a garantia da observância das obrigações e compromissos legais e contratuais por parte dos concorrentes e dos adjudicatários não está unicamente na dependência daquilo que seja uma análise isolada do valor apostado como preço numa proposta dado que naquele juízo outros **fatores importam e devem ser considerados**, como aquilo que seja a concreta e específica situação e capacidade económica e financeira, a estrutura de custos, aquilo que sejam as capacidades e condições no acesso às fontes de financiamento, os seus recursos (estrutura / natureza) e o modo como os mesmos são geridos e estão organizados”.

- ou **confessam o incumprimento** de custos obrigatórios em termos jurídicos (nomeadamente **salariais**),
- ou, evitando essa confissão, formulam **declarações negociais não credíveis**, em que a entidade adjudicante não confia nem tem de confiar – por não ter de suportar o risco de incumprimento daí decorrente. Nesses casos, o Tribunal aplaude esta postura exigente da Administração¹⁹.

18.9. Sucede que, no **caso português**, à luz da legislação em vigor – e de acordo com a interpretação que lhe é dada pelos Tribunais superiores –, **nenhuma entidade adjudicante teria sucesso** em completar essa postura inquisitiva, porque os Tribunais seguramente julgariam **não ser possível coartar a liberdade empresarial do concorrente na apresentação de preços abaixo de custo** – ainda que fosse **mais do que previsível o incumprimento** contratual daí resultante.

18.10. Assim sendo, ao **legislador incumbe o dever de proteger a prossecução do interesse público em face de propostas anómalas**, aprimorando a redação normativa de modo a antecipar correntes jurisprudenciais menos favoráveis.

No caso em apreço, crê-se que o passo essencial consiste em **densificar** adequadamente o significado do **conceito de preço anormalmente baixo**, em linha com o quadro normativo europeu, assegurando o pleno potencial à causa de exclusão já presente na alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Visto que o **artigo 71.º** se encontra dedicado ao regime do **preço anormalmente baixo**, julga-se que essa densificação poderia ser **incorporada nesse artigo**.

¹⁹ Cfr. o caso marcante do Acórdão do Tribunal Geral de 05-11-2014 (Processo T- 422/11), em que, fechando sucessivamente as portas às alegações alternativas que poderiam ser propostas por um dado concorrente aventureiro, o Tribunal notou i) que **o preço proposto não poderia cobrir os custos inerentes ao cumprimento dos salários mínimos obrigatórios no Luxemburgo** – conclusão que os Tribunais portugueses pelos vistos já não extrairiam à luz do quadro legal atual, porque, se mantivessem o entendimento que tem obtido vencimento, haveriam de invocar a liberdade empresarial ou a falta de competências fiscalizadoras das entidades adjudicantes –; ii) indo mais longe, notou que a alegação adicional do concorrente (de que os trabalhadores que usaria estariam afinal na Roménia e que os bens produzidos seriam prontamente transportados por estrada para o Luxemburgo!) seria, simplesmente, uma alegação não séria, a ser desconsiderada pela entidade adjudicante, porque *“as pessoas que trabalham na Roménia não podem ser consideradas pessoas que se encontram a uma distância por estrada e numa situação de proximidade do Luxemburgo”*...

Eis uma outra conclusão que – com honrosas exceções (cfr., por exemplo, o meritório Acórdão do TCA Sul de 25-06-2015, Processo 12170/15, onde se notou que a falta de seriedade do preço proposto impedia que este *“configura[sse] um requisito certo e firme da proposta”*) – **a jurisprudência portuguesa também parece negar-se a aceitar**, pelo menos sem que seja aprovada uma alteração legislativa.

19. Uma segunda omissão do Anteprojecto parece incidir ainda sobre o domínio do regime do **preço anormalmente baixo**, mas dizendo agora respeito ao **critério delimitativo** dessa anomalia.

19.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça – bem representada pelo *Acórdão Lombardini / Mantovani*²⁰ – tem vindo a sublinhar com crescente ênfase a necessidade de a exclusão de qualquer proposta com fundamento num preço anormalmente baixo **ser precedida** de um diálogo orientado pela entidade adjudicante no qual o proponente recebe as oportunidades suficientes para esclarecer o preço proposto e confirmar ou infirmar a respetiva anomalia. E essa exigência jurisprudencial, obviamente, **não é fácil de coadunar** com a fixação de limiares quantitativos ou matemáticos de exclusão de propostas.

19.2. Todavia, no referido *Acórdão Lombardini / Mantovani*, o **Tribunal de Justiça**, não recusando a possibilidade de fixação de critérios de preenchimento automático do conceito de preço anormalmente baixo (tais como os vertidos no n.º 1 e na segunda parte do n.º 2 do artigo 71.º do CCP), advertiu, porém, que, “*para salvaguardar plenamente o efeito útil da diretiva*”, o resultado a que conduz a aplicação de critérios de determinação automática da anomalia “*não deve ser intangível e deve, por isso, poder ser reconsiderado pela entidade adjudicante se tal se revelar necessário tendo em conta, nomeadamente, o limiar de anomalia das propostas aplicado em concursos comparáveis e os ensinamentos que decorram da experiência comum*”²¹. Como a doutrina europeia notou ao esclarecer o significado desse aresto, “*a compatibilidade do limiar matemático de determinação das propostas anómalas com o direito comunitário só pode ser admitida sob condição de a interpretar no sentido de que a mesma não preclude o poder da Administração de, discricionariamente, submeter à verificação outras propostas, cujo preço se situa acima daquele limiar, e que despertam igualmente suspeitas sobre a sua seriedade ou congruência*”.

19.3. Por isso, a solução consiste em **conciliar a fixação direta de limiares com a exigência da observância do princípio da concorrência não falseada**, consentindo à entidade adjudicante a faculdade, discricionária, de reavaliar o resultado (o próprio limiar), «*se tal se revelar necessário*,

²⁰ Cfr. Acórdão de 27-11-2001 (Processos apensos C-285/99 e C-286/99).

²¹ Cfr. Acórdão cit. de 27-11-2001.

tendo em conta, nomeadamente, os ensinamentos da experiência comum»²². Isto em termos que permitam sujeitar ao subprocedimento de **verificação da respetiva anomalia outras propostas cujo preço**, embora situado **acima do limiar** da anomalia resultante do critério **previamente fixado no programa do concurso** ou no n.º 1 do artigo 71.º do CCP, **aparentam ter um perfil suspeito ou predatório**, quer em razão dos seus termos e condições, quer por força do confronto com os demais preços propostos.

19.4. Aliás, não raras vezes, é apenas no **confronto com a gama de preços efetivamente propostos pelos concorrentes que a entidade adjudicante se apercebe de que o preço de mercado é**, afinal, substancialmente **superior ao limiar** da anomalia fixado (direta ou indiretamente) nas peças do procedimento.

Daqui resulta, em suma, que – **sob pena de violação do quadro normativo europeu** – a norma constante do **n.º 2 do artigo 71.º do CCP** deveria ser interpretada de modo a permitir que, mesmo fora dos casos literalmente tratados no n.º 1 desse artigo, **a entidade adjudicante mantivesse sempre a competência para qualificar como anormalmente baixos os preços constantes de propostas que, não obstante situadas acima do limiar previamente fixado, suscitam sérias dúvidas sobre a sua seriedade ou congruência.**

19.5. Sucede que, até hoje, a maior parte dos Tribunais portugueses parece ter ignorado a obrigação de interpretação conforme ao Direito Europeu²³. Neste momento de reforma legislativa, cabe, pois, ao **Anteprojeto de Revisão do Código incluir uma disposição que conforme a legislação portuguesa aos parâmetros europeus**, que sejam relevantes neste domínio.

Diga-se, aliás, que **essa alteração deve prejudicar a redação que o Anteprojeto acabou por propor para o n.º 2 do artigo 71.º**, a qual, nos termos agora redigidos, parece **agravar** o dever de fundamentação de qualquer decisão de fixação de um limiar para o preço anormalmente baixo

²² Cfr. **JOÃO AMARAL E ALMEIDA**, “As Propostas de Preço Anormalmente Baixo”, in P. Gonçalves (org.), Estudos..., III, 2010, pp. 120-121.

²³ Numa louvável exceção, cfr. o recentíssimo Acórdão do TCA Sul, de 14 de julho de 2016 (Processo 13334/16).

– visto que se diz que “a entidade adjudicante deve fundamentar a necessidade de fixação do preço anormalmente baixo”.

19.6. Com isso, cria-se a **convicção de que o legislador prefere beneficiar as entidades adjudicantes** que à partida estejam **dispostas a aceitar qualquer preço**, privilegiando mesmo as propostas mais baratas, ainda que anómalas à luz do mercado, o que deve ser liminarmente **rejeitado**, devendo os preços abaixo de custo ser objeto de exclusão cabal do procedimento, sob pena de incremento do risco de incumprimento por parte de operadores económicos incautos.

20. Em paralelo com a análise aduzida nos pontos anteriores importa ainda sob este prisma heurístico da *compliance* refletir sobre o **Livro Verde “sobre a modernização da política de contratos públicos da UE”**, onde a Comissão Europeia sistematiza detalhadamente as **críticas apontadas à praxis operatória das Diretivas de 2004** e que viriam a estar na origem desta 4ª geração de Diretivas, ou seja, as de 2014.

20.1. Entre essas inúmeras críticas destacam-se as seguintes:

20.1.1. Riscos de “sobre regulamentação”, também traduzido pela expressão «Golg-Plating»²⁴, que nas instituições portuguesas é também designada por “*over regulation*”.

20.1.2. Apurar se os diferentes tipos de procedimentos e as diferentes exigências impostas nas várias etapas do processo garantem a eficácia dos contratos públicos, com o mínimo possível de encargos administrativos, atenta a importância crescente das parcerias público-privado.

20.1.3. Maior flexibilização e simplificação dos processos de adjudicação e de uma grande margem para negociação, além de mais competências técnicas por parte da entidade adjudicante para conduzir as negociações.

20.1.4. Ter em conta anteriores desempenhos dos concorrentes, adotando medidas de salvaguarda adequadas para garantir a igualdade de

²⁴ **COMISSÃO EUROPEIA**, *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE - Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, Bruxelas, 27.1.2011 COM (2011) 15 final.

tratamento dos proponentes, a transparência e um processo equitativo.

20.1.5. Cooperação entre organismos do setor público (cooperação público-público), clarificando os vários tipos de cooperação não abrangidos pelo âmbito de aplicação das Diretivas da UE relativas aos contratos públicos.

20.1.6. Insuficiência dos instrumentos adequados para agregação da procura, em particular a celebração de contratos públicos conjuntos transfronteiras.

20.1.7. Inexistência de regulamentação da matéria da execução contratual.

20.1.8. Necessidade de se facilitar o acesso das PME e de se tornar o mercado dos contratos públicos mais competitivo e transparente.

20.1.9. Reforçar a concorrência efetiva (isto é, a que é referenciada pela expressão “concorrência não falseada” do artigo 3.º do Tratado de Roma CEE) nos mercados dos contratos públicos.

20.1.10. Fomento da inovação através dos contratos públicos, incentivar a concorrência transfronteiras, promover uma economia hipocarbónica e obter a melhor relação qualidade-preço para as entidades públicas.

20.1.11. Garantir procedimentos sólidos, prevenindo conflitos de interesses, favorecimento e corrupção, recurso à exclusão dos concorrentes «duvidosos», e evitar a concessão de vantagens injustificadas.

21. Estas críticas **repercutem-se** naturalmente no exame relativo às três racionalidades, com particular ênfase na dos **investidores**.

Quer isto dizer que a geração de Diretivas Europeias sobre os contratos públicos, aprovadas em 2014, vai toda ela contribuir para que a economia dos diferentes Estados seja mais ecológica, propicie um ambiente amigo do investimento e promova a coesão territorial e social, em conformidade com os objetivos da Europa 2020.

Numa perspetiva geral, depreende-se do teor das Diretivas da EU de contratação pública, uma vontade de dinamizar o mercado dos contratos

públicos, incrementando a eficiência na despesa pública, a concorrência, a transparência e a competitividade. Efetivamente, a lógica da economicidade, ou seja, a procura da melhor alocação dos recursos públicos (*best value for money*) é um dos objetivos fundamentais da contratação pública.

Na verdade, o modo como o mercado da contratação pública se comporta influencia, pois, direta ou indiretamente, o desenvolvimento dos Estados e, em última análise, o bem-estar dos cidadãos.

- 22.** Não obstante não se poder olvidar o impacto económico da contratação pública, principalmente a nível da criação de emprego e do incentivo ao investimento, a verdade é que não é apenas nos aspetos exclusivamente económicos que é possível denotar a influência crescente da contratação pública.

A Contratação Pública não pode ser indiferente às alterações sociais e ao primado do respeito pelo Ambiente, preocupações tão em voga nos tempos modernos.

- 22.1.** No que respeita às considerações ambientais, desde 1987, com a entrada em vigor do Ato Único Europeu, a proteção do ambiente tem vindo a ser reconhecida como objetivo comunitário e tem vindo a ser alvo de intenso desenvolvimento pelas instâncias comunitárias²⁵.

Tomou-se, assim, consciência, da importância do equilíbrio entre as preocupações sociais e as exigências impostas por um mercado concorrencial.

Exige-se agora que os agentes económicos prossigam fins ambientais, adquirindo materiais menos prejudiciais ao ambiente, evitando substâncias poluentes e desadequadas a este fim, integrando estas questões na denominada *Green Public Procurement* (GPP).

- 22.2.** Também a preocupação com os aspectos sociais começou a nortear a contratação pública, exigindo-se aos agentes económicos que atuem em medidas de profilaxia social, empregando trabalhadores de zonas desfavorecidas e que essa promoção seja feita pela procura de pessoas em idade ativa, mas em situação de desemprego.

²⁵ O próprio TFUE, no seu art.3.º n.º 3, consagra como objectivo comunitário o «(...) melhoria da qualidade do ambiente a par da promoção da competitividade das empresas e do pleno emprego (...)».

23. O ambiente de crise internacional obriga também à procura de outras soluções, menos dispendiosas, uma vez que a falta de liquidez dos Estados se reflete nas condições da contratação pública.

Surge uma nova ideia fundamental na prossecução destas políticas: os contratos públicos são agora utilizados como mecanismos conducentes a alcançar objectivos comuns a todos os países da UE.

A situação de crise internacional fez despertar os Estados para a bondade da utilização da contratação pública, transferindo, de certa forma, a prossecução destes fins para os co-contratantes, desbloqueando o Estado de maiores encargos financeiros.

Por outro lado, os agentes económicos, em consequência da escassez na oferta de contratos públicos, vão ajustando e aceitando novas regras, no âmbito de um ambiente concorrencial cada vez mais severo e assertivo²⁶.

24. A evolução do quadro legal europeu em matéria de contratação pública, nas últimas décadas, permite afirmar que este projeto se contextualiza num novo paradigma no Direito Europeu dos Contratos Públicos, no que diz respeito a uma contratação pública sustentável e socialmente responsável.

Se ele é adequado para lidar com os novos e difíceis desafios, nestes tempos de sucessão de crise(s) e de turbulência competitiva de uma sociedade multirrisco²⁷, só a prática e a experiência jurídica trarão à discussão novos exemplos e argumentos que contribuirão para uma melhor densificação dogmática.

Uma coisa parece inquestionável: a **transposição das Diretivas de 2014** abre aos ordenamentos jurídicos nacionais significativas janelas de oportunidade para uma **verdadeira mudança qualitativa nos regimes da contratação pública**, através da introdução de **novos procedimentos pré-contratuais** (parcerias para a inovação), **novos critérios de adjudicação**, **novas regras para as concessões**, medidas de **proteção das PME**, todos girando em torno da busca

²⁶ Segundo **Michel Barnier**, Comissário responsável pelo Mercado Interno e Serviços, citado no documento explicativo das razões da consulta pública lançada pela Comissão Europeia, IP/11/88, Bruxelas, 27 janeiro 2011, «É necessário clarificar as regras aplicáveis aos contratos públicos para facilitar a vida das autoridades públicas e das empresas que participam nos concursos públicos da União Europeia. O acesso das pequenas empresas ao mercado dos contratos públicos, a diminuição da burocracia ou a promoção dos contratos transfronteiras são algumas das questões que estarão na ordem do dia durante a consulta. O objetivo é criar condições para que os contratos públicos possam contribuir para a criação de emprego, a inovação e a proteção do ambiente».

²⁷ **BECK, Ulrich**, (1992), "Risk Society: towards a new modernity", London: Sage Publications.

de regimes jurídicos amigos de uma **contratação pública financeira, ambiental e socialmente sustentável**, obrigando do ponto de vista nacional, a **repensar a moldura legal da contratação pública**, com evidentes **repercussões** sobre as **três racionalidades societárias prevalentes na economia portuguesa**.

24.1. Face às dimensões semióticas da *compliance*, exploradas na presente Secção II.1., forçoso é concluir que a **contratação pública** exige **legislação clara, precisa e inequívoca**, que crie **ferramentas seguras** potenciadoras de **decisões administrativas e jurisprudenciais adequadas e justas** à luz da apreciação casuística do caso concreto

24.2. Mas requer também **decisores públicos profissionalizados e responsáveis**, mecanismos de **regulação** e de **controlo eficazes**, imprescindíveis ao **investimento** e ao desenvolvimento da economia.

24.3. E é precisamente ao **investidor** (comprador público) que se antecipam os **maiores desafios**, atenta a filigrana jurídica e o trabalho (continuado) de aprendizagem em termos de informação, de formação, de aquisição de conhecimentos e de técnica.

O investidor (comprador público) é, neste sentido, um agente **da mudança**, neste mercado, cabendo-lhe, aliás, **promover um mercado inclusivo**, do ponto de vista ambiental e social, e **ecológico**, como detalhadamente analisado nos pontos **25 a 86.3** infra, cujos aspetos de maior relevo estão telegraficamente reforçados nas conclusões, a que se reportam os pontos **87 a 95**.

II.2. Racionalidade dos Investidores

25. A **AMT**, ao implementar o seu **Modelo de Regulação Económica de Elevada Qualidade**, confere a **maior atenção** a uma **praxis regulatória amiga do investimento** (seja ele público ou privado) que exerça um papel estruturante no **crescimento da economia**, já que qualquer economia onde esta vocação tenha uma diminuta expressão entra numa rota acelerada de definhamento e de irrelevância.

Se esta realidade é válida para qualquer *geografia concorrencial* é de iniludível importância presentemente para **Portugal**.

26. Ora as opções de Investimento são ponderadas em consequência de uma reflexão crítica sobre diversos aspetos, dos quais os mais relevantes para a presente **Pronuncia da AMT** emergem das seguintes áreas:

26.1. Organização dos Mercados, estabelecida pelo **Estado Legislador**, que no caso da União Europeia, deve refletir um **paradigma de concorrência não falseada** (artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, que acolhe o Direito da União Europeia);

26.2. Regulamentação com regras claras, transparentes, de elevado ciclo de vida e sindicáveis, a cargo do **IMPIC**, com repercussões múltiplas numa constelação diversificada de entidades adjudicantes e operadores económicos;

26.3. Regulação Económica Independente de Elevada Qualidade (REEQ), a cargo da **AMT**.

27. Em consequência, a metodologia de **REEQ** conduzida pela **AMT** inclui necessariamente uma avaliação na perspetiva dos **investidores**.

Em termos sociológicos, os investidores no *Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes* distribuem-se por diversos segmentos, cada qual com matizes de risco diferentes, designadamente os investidores diretos em **infraestruturas** de transportes, os investidores diretos em **serviços de mobilidade e de transporte**, e ainda os investidores numa perspetiva **geral**.

Atento o objeto do Anteprojeto de diploma de revisão do CCP, o maior impacto será naturalmente nos **investidores diretos em infraestruturas e em serviços de mobilidade e transporte**, seja no contexto da construção e exploração das **infraestruturas de transporte**, incluindo **pontos de interface** (por exemplo os portos, plataformas logísticas e terminais mono ou multimodais), seja de exploração dos **serviços de transporte**, envolvendo ou não a responsabilidade da disponibilização dos meios / veículos de transporte, bem como ainda em **atividades conexas**, tais como a **logística** associada.

O ponto central aqui reside na capacidade de criar um **ambiente amigo do investimento**, numa perspetiva de **benchmarking** internacional, ainda que numa **síntese harmoniosa** com os **princípios estruturantes da contratação pública** (Capítulo II.2.2).

Com o objetivo de **alargar o universo dos investidores** potenciais, e que tem claras **repercussões positivas** na estrutura da **economia portuguesa**, cumpre registar as inovações das novas Diretivas, em particular a Diretiva 2014/24/UE relativamente à execução dos contratos, reduzindo substancialmente a incerteza jurídica nas vertentes da **subcontratação** e da capacidade das entidades adjudicantes estabelecerem condições especiais no que concerne à **inovação** e àquelas políticas, na doutrina designadas por políticas “secundárias”, ou seja, o **ambiente**, o **social** e o **laboral**.

Como é evidente trata-se de uma janela de oportunidade muito importante para as **empresas ancoradas em Portugal** que têm aqui **novas oportunidades de investimento**.

II.2.1 Por um ambiente competitivo amigo do investimento

28. Os caminhos da **competitividade** e do **crecimento** passam necessariamente pela **internacionalização das economias nacional e da UE**, devendo a integração na economia global estar alinhada com a promoção de **mercados concorrenciais**.

A Comissão Europeia assume esta perspetiva em diversos atos, de que se relevam aqui as próprias Diretivas da contratação pública, mas também muitos outros associados à conectividade e ao investimento.

Para **Portugal** há que focar a atenção no contexto transatlântico, fomentando um incremento de soluções de mobilidade e dos serviços de transporte na **região geográfica do Atlântico**, onde o país detém uma **posição geográfica privilegiada**, no cruzamento das principais rotas de tráfego marítimo intercontinental Norte-Sul e Oeste-Este, interligando a Europa à América, África e Extremo Oriente, podendo efetivamente desempenhar um papel de interface ou de charneira.

A maioria dos **elementos estruturantes da rede de infraestruturas de transportes nacional** está inserida na **Rede Transeuropeia de Transportes (RTE-T)**²⁸ e os principais elementos, designadamente os **corredores rodoferroviários entre Leixões-Lisboa-Sines, Aveiro-Vilar Formoso e**

²⁸ O Regulamento N.º 1315/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, estabelece as orientações da UE para o desenvolvimento da rede transeuropeia de transportes.

Lisboa/Setúbal/Sines-Caia, os três principais portos, ou seja **Leixões, Lisboa e Sines**, e os dois maiores aeroportos, de **Lisboa e Porto**, integram a **rede principal**, especificamente o **Corredor Atlântico** que liga a Península Ibérica, a fachada atlântica europeia e o centro da Europa, até Estrasburgo/Mannheim na Alemanha.

Sendo certo que estamos perante um **potencial significativo para o crescimento da economia nacional** em geral, e para a indústria e serviços de **transporte e logística** em particular, **urge estar preparado para superar a mega concorrência** que Portugal enfrenta com **outras regiões localizadas na fachada Atlântica da Europa**.

É neste feixe de desafios de mega concorrência entre Estados que se revela necessário situar estrategicamente o **Anteprojeto de Revisão do CCP**.

- 29.** Na realidade, um dos requisitos chave para Portugal poder superar essa mega concorrência reside na **rede de infraestruturas e serviços de transportes, integralmente conectada e interoperável com a RTE-T**, tal como identificado no ponto **4.1** e importância reforçada no ponto anterior.

Uma parte significativa dos **investimentos prioritários** a concretizar até ao final da presente década, fomentando igualmente a **intermodalidade** e **maiores desempenho ambiental e eficiência energética**, dever-se-á reportar:

29.1. À **melhoria das condições operacionais e de interoperabilidade dos corredores multimodais inseridos na RTE-T**, com destaque para as **acessibilidades aos portos, plataformas logísticas, zonas industriais e fronteiras**, em especial no que reporta à **capacidade da rede ferroviária** e, dentro desta, apresenta particular preponderância para o tecido produtivo nacional, o segmento das mercadorias;

29.2. À **colmatação das limitações de capacidade das principais infraestruturas portuárias**, garantindo a sua aptidão para a operação dos navios e cargas mais exigentes no mercado que servem, bem como à manutenção e promoção da **melhoria contínua de procedimentos, abertos e transparentes**, que permitam uma prestação de serviços eficiente e de elevada qualidade aos navios e cargas.

Efetivamente, os portos desempenham um papel chave de interconexão com a infraestrutura terrestre da cadeia logística de transporte ao nível

européu e, mais do que isso, constituem verdadeiros **nós logísticos**, a partir dos quais se organizam os fluxos logísticos multimodais da RTE-T;

29.3. Ao **desenvolvimento, de forma integrada, de aplicações telemáticas**, designadamente o **aprofundamento da implementação harmonizada da Janela Única Portuária (JUP) nos portos nacionais**, assegurando igualmente a sua **extensão ao resto da cadeia logística no sentido da concretização do conceito de Janela Única Logística (JUL)**, a **implementação do Sistema Europeu de Gestão do Tráfego Ferroviário (ERTMS) e dos Serviços de Informação Fluvial (RIS)**, o **progresso contínuo do ITS (Sistema de Transporte Inteligente) Rodoviário** e, ainda, a **melhoria dos Sistemas de Informação e de Gestão do Tráfego de Navios (VTMIS)**;

29.4. À **aposta na via navegável interior do rio Douro**, quer na componente lúdica quer na componente de transporte de mercadorias, intervindo principalmente na correção do traçado geométrico do canal, designadamente o **aprofundamento e alargamento de algumas seções**, e na **segurança**, a par da citada implementação dos serviços RIS.

29.5. À **melhoria do desempenho ambiental e eficiência energética nos vários modos de transporte**, nomeadamente a implementação do Gás Natural Liquefeito (LNG) como combustível marítimo, bem como o **aprofundamento do fornecimento de combustíveis limpos nas estações de serviços da rede rodoviária principal**.

30. Para apoio à concretização deste investimento, cujo **esforço financeiro é muito elevado**, estão disponíveis alguns **instrumentos financeiros**, recorrendo fundamentalmente a **financiamento comunitário**, com uma importante **dotação de fundos públicos** e um **forte envolvimento de capitais privados**, todos eles com uma claríssima interface com o novo CCP.

Os instrumentos mais relevantes, sejam eles o **Mecanismo Interligar a Europa (CEF – Connecting Europe Facility)**²⁹ ou o **Fundo Europeu para Investimentos Estratégicos (EFSI - European Fund for Strategic Investments)**³⁰, criado no

²⁹ Criado pelo **Regulamento (UE) Nº 1316/2013**, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2013, com um orçamento, para o período 2014-2020), de 30,4 mil milhões de euros, com a seguinte distribuição pelas 3 redes transeuropeias:

- **Transportes – 24,1 mil milhões de euros**, dos quais **11,3 mil milhões de euros provenientes do Fundo de Coesão**;
- **Telecomunicações – Mil milhões de euros**;
- **Energia – 5,4 mil milhões de euros**.

³⁰ **Regulamento (UE) 2015/1017**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de junho de 2015.

contexto do **Plano Juncker**, desenvolvem iniciativas onde seguramente se faz apelo a um CCP verdadeiramente competitivo e orientado para objetivos de política económica.

Cabe também um particular destaque ao Programa-Quadro de Investigação e Inovação (2014-2020), também designado por "**Horizonte 2020**"³¹, com um *plafond* global de 74, 8 mil milhões €, dos quais 6,1 mil milhões de euros destinados a transportes inteligentes, verdes e integrados.

A estes instrumentos, aduz-se o **Acordo de Parceria** adotado entre Portugal e a Comissão Europeia, definindo os princípios de programação que consagram a política de desenvolvimento económico, social e territorial para promover, em Portugal, entre 2014 e 2020 – "**Portugal 2020**" - dentro do qual se destaca o **Programa Operacional Competitividade e Internacionalização (COMPETE 2020)**, em especial o seu **Eixo IV – Promoção de Transportes Sustentáveis e Eliminação dos Estrangulamentos nas Principais Redes de Infraestruturas**, com uma dotação de fundos comunitários de 709 mil milhões € e um orçamento global de 834 mil milhões €.

Como é reconhecido, a **participação das empresas portuguesas** nessas linhas de apoio ao investimento, com génese na UE, tem-se revelado muito **diminuta** por diversas razões.

Ora, o presente Anteprojeto do novo CCP tem **potencialidades** que se podem revelar extremamente favoráveis à participação das empresas portuguesas em projetos de investimento.

Essas potencialidades afirmam-se, pelo menos, em 2 ordens:

a) As inovações das Diretivas da UE no que respeita à execução dos contratos públicos, que abre espaço, quer à **subcontratação**, quer à presença em **linhas de investimento** nas designadas políticas "secundárias" no domínio

O **Fundo Europeu para Investimentos Estratégicos** tem como objetivo **apoiar os investimentos** e um melhor acesso ao financiamento para entidades com o máximo de 3.000 trabalhadores, com especial destaque para as PME e para as pequenas empresas de média capitalização, através da atribuição ao Banco Europeu de Investimentos (BEI) de capacidade de assunção de riscos.

Este fundo é estabelecido através de uma garantia da UE de 16 mil milhões €, associado a um comprometimento do BEI de 5 mil milhões €, dotando este banco de uma capacidade de absorção de um risco de 21 mil milhões €, a qual, segundo a experiência da CE e BEI, terá um efeito multiplicador que permitirá induzir um **investimento de 315 mil milhões € entre 2015 e 2017**.

³¹ **Regulamento (UE) 1291/2013**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, que cria o **Horizonte 2020** – Programa-Quadro de Investigação e Inovação (2014-2020), o qual estabelece o quadro que rege o apoio da UE a atividades de investigação e inovação, que reforça a base científica e tecnológica europeia e promove os benefícios para a sociedade, bem como uma melhor exploração do potencial económico e industrial das políticas de inovação, investigação e desenvolvimento tecnológico.

do **ambiente**, das **atividades sociais e laborais**, tal como já foi referido nesta Pronúncia, especificamente no ponto **27**;

- b) Presença das empresas portuguesas na grande inovação que constitui o novo procedimento concorrencial designado “**Parceria para a Inovação**” e que foi desenhado claramente a pensar nos projetos do **Horizonte 2020**.

No *Ecosystema da Mobilidade e dos Transportes*, existem grandes áreas de **investigação científica e desenvolvimento tecnológico** no que respeita às **Cidades Inteligentes, mobilidade urbana e nas zonas de fraca densidade populacional**, e bem assim na redução do teor de carbono na economia e na sociedade, ou seja, na contribuição para uma **sociedade hipocarbónica**, com reflexos claros nas alterações climáticas.

Assim, com esta medida inovadora, as empresas portuguesas têm hipótese de beneficiar do Horizonte 2020 em termos que anteriormente não existiam.

31. Para o efetivo aproveitamento destas **oportunidades**, são indispensáveis **procedimentos de contratação pública** que, garantindo o requerido **rigor orçamental** e requisitos de **promoção e defesa da concorrência**, sejam **eficientes, céleres e flexíveis**, importando adotar as melhores práticas que **favoreçam a atração e concretização do investimento público e privado**.

É, assim, peculiarmente relevante nesta matéria efetuar um **benchmarking** das estratégias seguidas por outros **Estados-Membros que já transpuseram o pacote de Diretivas de contratação pública de 2014**, com especial ênfase na **Diretiva 2014/23/UE (Diretiva “Concessões”)**, de modo aquilatar da harmonia do quadro normativo nacional com a dos restantes países da UE, garantindo a consolidação de **ambientes favoráveis ao investimento**.

Para a **atrabilidade** do investimento em concessões, é decisivo que, **sem prejuízo da assunção pelo investidor dos riscos ligados à procura e/ou oferta**³², o **prazo da concessão** permita a expectativa do concessionário **recuperar os investimentos realizados** para o cumprimento dos objetivos contratuais da concessão, a par da **remuneração do capital investido**.

³² Nos termos do 2.º parágrafo da alínea b) do n.º 1 do Artigo 5.º da Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, “A *adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração* dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à **procura** ou à **oferta**, ou a ambos. Considera-se que o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão. A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma **exposição real à imprevisibilidade do mercado**, o que implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes”.

A **flexibilidade contratual**, e sobretudo a existência de regras simples e estruturadas que permitam a sua fácil gerenciação, tem reflexos importantes na **celeridade dos processos** e nos **custos de desenvolvimento do contrato**, representando um papel muito relevante na atração e fixação do investidor.

Desta forma, focou-se a análise de **benchmarking** sobre as estratégias adotadas, no que concerne a estes fatores, em alguns dos países que já realizaram aquela transposição³³, nomeadamente o Reino Unido, a França, a Itália e a Alemanha, por se considerarem como mais representativos, seja pela sua dimensão económica e social, seja pela atratividade ao investimento que que lhes é reconhecida.

Cada país promoveu a transposição de acordo com a sua prática e quadro legislativo próprio, o que se reflete no próprio número de diplomas que foram produzidos ou alterados em cada um, bem como na extensão das alterações introduzidas. No entanto, fator comum é a referência à tentativa de simplificação de procedimentos e clarificação das regras ao nível da regulação de modo a permitir uma **fácil identificação** dos requisitos aplicáveis em cada **etapa** dos processos de **contratação**.

Em conformidade, apresentam-se seguidamente alguns dos aspetos que, nos países mencionados e com o referido enquadramento, se reputam como mais significativos no processo de transposição global destas Diretivas, referenciando-se também alguns dos diplomas mais importantes.

31.1. A transposição das Diretivas foi operada no **Reino Unido**³⁴ pelos seguintes diplomas:

31.1.1. *The Concessions Contracts Regulations 2016*³⁵;

31.1.2. *The Utilities Contracts Regulations 2016*³⁶

31.1.3. *Public Procurement-The Public Procurement (Amendments, Repeals and Revocations) Regulations 2016*³⁷;

³³ Para identificação dos países que já efetuaram a transposição, teve-se como referência a informação publicitada no sítio Internet da DG GROWTH/CE - http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8826. Efetivamente, apenas tinham efetuado a transposição a Dinamarca, França, Alemanha, Hungria, Itália, Eslováquia e Reino Unido, razão pela qual não foi integrada Espanha na presente análise de *benchmarking*, apesar da sua indiscutível dimensão económica e social e grande importância nas relações comerciais e concorrência, pela captação de investimento, relativamente a Portugal.

³⁴ A transposição para o ordenamento jurídico da Escócia, também já operada, é objeto de diplomas próprios, mas com similar objetivo;

³⁵ Her Majesty's Stationery Office (HMSO); Number: 2016 N.º 273;

³⁶ Her Majesty's Stationery Office (HMSO); Number: 2016 N.º 274;

31.1.4. *Public Procurement, The Public Contracts Regulations 2015*³⁸;

Da análise efetuada observa-se que, para o caso do **prazo dos contratos de concessão, é seguido o alinhamento da Diretiva 2014/23/UE**, ou seja, **apenas limitando a duração dos contratos superiores a 5 anos à necessária para os concessionários recuperarem os investimentos e a remuneração do capital investido.**

Por sua vez, o leque de **possibilidades de modificações contratuais**, sem necessidade de abertura de novo procedimento concursal, **é similar ao da Diretiva**, apenas limitando a 50% o acréscimo do valor da concessão, independentemente do setor.

Numa perspetiva de simplificação e absoluta clarificação de objetivos e procedimentos importa referir a publicação " *Handbook for the Concession Contracts Regulations 2016*" explanando todo o procedimento relativo à preparação, publicitação, contratação e eventuais modificações de concessões.

31.2. Em **França**, apesar das diferenças significativas face ao quadro legal inglês, é também possível identificar a mesma filosofia no desenvolvimento seguido na adaptação da legislação, ao novo quadro regulamentar da UE, isto é, uma ideia de simplificação procedimental de modo a proporcionar regras lineares de fácil interpretação para os diversos intervenientes.

Assim, também aqui se indexou claramente a **duração dos prazos dos contratos de concessão ao investimento requerido ao concessionário**, com exceção dos contratos no setor das águas e resíduos onde é estabelecido um prazo máximo de 20 anos, suscetível de ampliação com base em análise casuística de Autoridade competente do Estado.

Igualmente, as **possibilidades de modificação contratual são similares à da Diretiva 2014/23/UE**, com o limite de 50% de acréscimo do valor da concessão, independentemente do setor.

Atento o quadro legal francês, a transposição levou à alteração ou publicação de um conjunto relativamente significativo de diplomas, no entanto para os efeitos aqui relevantes identificam-se os seguintes:

³⁷ Her Majesty's Stationery Office (HMSO); Number: 2015/275

³⁸ Her Majesty's Stationery Office (HMSO); Number: 2015/102

31.2.1. *Décret n.º 2014-1341 du 6 novembre 2014 modifiant le décret n.º 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique*³⁹

31.2.2. *Décret n.º 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplifications applicables aux marchés publics*⁴⁰

31.2.3. *Loi n.º 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives (article 42)*⁴¹

31.2.4. *Décret n.º 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics*⁴²

31.2.5. *Décret n. 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité*⁴³

31.2.6. *Décret n.º 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics*⁴⁴

31.3.A transposição italiana indexa também o **prazo dos contratos de concessão** ao necessário para os concessionários **recuperarem os investimentos e remuneração do capital**, em **alinhamento** com a **Diretiva 2014/23/UE**.

Igualmente o leque de **possibilidades de modificações contratuais**, sem necessidade de abertura de novo procedimento concursal, **está plenamente alinhada com a Diretiva**, permitindo, neste caso, que as modificações contratuais nas **concessões nos denominados setores especiais**, onde se inserem os **transportes, não estejam limitados a 50% de acréscimo do valor da concessão**, limite esse aplicável aos setores clássicos.

O processo italiano de transposição teve como base o documento *“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*

³⁹ Journal Officiel de la République Française (JORF)

⁴⁰ Journal Officiel de la République Française (JORF)

⁴¹ Journal Officiel de la République Française (JORF)

⁴² Journal Officiel de la République Française (JORF)

⁴³ Journal Officiel de la République Française (JORF)

⁴⁴ Journal Officiel de la République Française (JORF)

*sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*⁴⁵

31.4.A Alemanha concluiu recentemente a sua transposição do pacote de Diretivas de 2014, através dos seguintes diplomas:

31.4.1. *Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts*⁴⁶

31.4.2. *Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts*⁴⁷

Aproveitando a oportunidade conferida por esta transposição, procedeu à **modernização e simplificação da sua anterior legislação** sobre contratação pública, procurando instituir **procedimentos de aquisição mais eficientes, mais simples e flexíveis**, assegurando uma **maior competitividade**, sem prejuízo da segurança jurídica, fomentando a concorrência, a transparência e não discriminação.

Também neste caso **não são fixados prazos máximos para os contratos de concessão**, seguindo liminarmente o alinhamento da Diretiva 2014/23/UE, isto é, para o caso de contratos com prazo superior a 5 anos, a sua **duração é a que for determinada em função do investimento exigido** e de modo a permitir que a concessionária, recupere, razoavelmente, o capital para a construção, manutenção e operação das infraestruturas ou para a prestação de serviços, tendo em vista a necessidade de atingir os objetivos específicos da concessão, bem como obtenha a remuneração do capital.

As **possibilidades de modificações contratuais**, sem necessidade de abertura de novo procedimento contratual, seguem também o alinhamento da Diretiva, com o limite de 50% de acréscimo do valor da concessão.

32. Posto isto considera-se que na ponderação da **racionalidade dos investidores**, é pacífico concluir que um **regime de contratação pública que seja mais restritivo** que os limiares de flexibilidade permitidos pelas Diretivas em análise, em particular pela Diretiva **2014/23/UE, relativa aos contratos de concessão**, terá **efeitos negativos, dificultando** consequentemente a **captação de**

⁴⁵ Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana; N.º 91; 2016-04-19

⁴⁶ Bundesgesetzblatt Teil 1 (BGB 1); N.º 8 (02/2016)

⁴⁷ Bundesgesetzblatt Teil 1 (BGB 1); N.º 16 (04/2016)

capitais privados, o que se revela particularmente grave para a **competitividade** do ***Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes***.

33. Ponderada esta mesma questão à luz do *benchmarking* supra referenciado, não resta outra hipótese para a AMT que não seja solicitar, da forma mais empenhada que nos seja possível, que, o **Anteprojeto de diploma em apreço mantenha para Portugal os graus de flexibilidade existentes para o denominador comum a estes países**, com relevo para o Reino Unido e Alemanha.
34. Considerando que as **concessões** permitem mobilizar capital e conhecimento privados para complementar recursos públicos, e, assim, possibilitar novos investimentos em infraestruturas e serviços públicos sem aumentar a dívida pública, e que a **entidade pública não está obrigada a seguir nenhum procedimento específico**, incluindo concursos públicos ou limitados previstos para os contratos públicos em geral, sendo **livre de estruturar o procedimento de acordo com as normas nacionais ou as suas próprias preferências**, afigura-se particularmente importante, na **fase de formação dos contratos**, para além da descrição do objeto e da fixação de requisitos mínimos, a definição de **critérios de adjudicação** que assegurem:
- 34.1. Igualdade de tratamento** de todos os participantes;
- 34.2. Não discriminação**, ou seja, não podem visar ou resultar no favorecimento de produtos ou empresas locais ou nacionais;
- 34.3. Relação direta com o objeto da concessão**⁴⁸;
- 34.4. Objetividade**, não constituindo uma forma ilimitada de liberdade de escolha da entidade pública⁴⁹;
- 34.5. Divulgação, com a necessária antecedência, dos critérios de adjudicação**, enumerando os respetivos fatores por ordem decrescente de importância⁵⁰.

⁴⁸ Por exemplo, admite-se como aceitável um critério relacionado com a percentagem de desempregados necessários à realização da concessão. Já um critério relacionado com a política geral de emprego da empresa ou com a formação geral de desempregados locais, sem qualquer ligação com o objeto da concessão, seria ilegal.

⁴⁹ Por exemplo, os critérios que se refiram à "satisfação da autoridade pública" ou que deem preferência às propostas "mais aceitáveis para a autoridade pública" são ilegais.

⁵⁰ Esta é uma obrigação de transparência que permite aos proponentes preparar convenientemente as suas propostas e evita que as entidades adquirentes adaptem os critérios em função das propostas recebidas.

35. Para além desse aspeto, transversal ao *Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes*, acresce, no caso particular da **operação portuária**, que a **Diretiva 2014/23/UE**, por se **aplicar apenas a contratos de concessão**, é suscetível de **ampliar as situações de distorção da concorrência** advenientes da dualidade de modelo de contrato de operação portuária existente ao nível da UE, especificamente a concessão de serviço público e os contratos que têm por objeto a utilização do terreno, nomeadamente concessões dominiais, arrendamentos ou *land lease*, com **claro prejuízo para o sistema portuário nacional**.

Trata-se de uma matéria que assume particular importância no subsistema dos portos, sobre a qual a AMT já se pronunciou na sua Pronúncia **n.º 6/2016**, no contexto da **Regulação da Mobilidade e Transportes**, datada de **23 de maio de 2016**⁵¹.

Nessa Pronúncia já se defendeu que o período de **duração das concessões** estivesse associado ao período de **retorno do investimento**.

36. Neste contexto, a **AMT considera fundamental que, do processo de revisão do CCP:**

36.1. Não resulte um regime nacional aplicável aos contratos públicos mais restritivo do que o permitido pelas Diretivas da EU que o CCP visa transpor, o que, **a acontecer**, poderia ter um **efeito desincentivador do investimento privado e público**;

36.2. Deve ser mantida a possibilidade, prevista no n.º 2 do artigo 280.º do CCP, da **disciplina, por lei especial, ao nível setorial**, em particular da matéria aplicável aos **contratos de concessão**.

37. Como elementos substantivos conclusivos da pronúncia da AMT há a considerar os seguintes:

37.1. Um regime de contratação pública mais restritivo é desincentivador do investimento, pois **aumenta o risco de recuperação do capital investido**, oferecendo **condições de operação economicamente menos vantajosas**, **prejudicando** a prática de serviços a **preços mais baixos** que sejam indutores de uma maior competitividade.

⁵¹ Pronúncia da AMT sobre as distorções de concorrência na operação portuária advenientes de disparidades na organização dos sistemas portuários na Europa, disponível em <http://www.amt-autoridade.pt/pronuncias-e-pareceres/pronuncias/pronuncia-nº-62016-regulacao-da-mobilidade-e-transportes-sistema-portuario-nacional/>

Este aspeto é particularmente pertinente num contexto de uma **inserção plena** de Portugal no **Mercado Único Europeu**, incluindo designadamente **a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais**, bem como da desejável consolidação do **Espaço Único Europeu de Transportes** e processo de **convergência social e económica na UE**;

37.2. No caso particular da **operação portuária** é necessário promover e manter um quadro de **nivelamento do *playing field***, designadamente aos **vários níveis da dimensão geográfica dos mercados portuários**, em especial:

37.2.1. Eliminar a limitação de 30 anos do prazo da duração máxima da concessão do **Regime Jurídico da Operação Portuária**, duração essa que deverá ser **definida em função dos investimentos** necessários aos objetivos contratuais da concessão, a par da remuneração do capital;

37.2.2. Permitir a **possibilidade** de uma **Administração Portuária**, na sua **estratégia** para tornar o seu **porto mais competitivo**, **escolher entre os modelos de concessão e de licenciamento na prestação ao público da atividade de movimentação de cargas**, otimizando o investimento.

37.3. Neste contexto, é imprescindível acautelar que a **nova versão do CCP mantém a aplicação subsidiária** das disposições do Título I, que contém a disciplina dos “**contratos administrativos em geral**” às relações contratuais jurídicas administrativas reguladas (em especial) no Código ou em outra **lei especial**, que **regule aspetos pertinentes da atividade do *Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes***, desde que “*os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa*”, conforme consta do artigo 280.º, n.º 2, que o Anteprojeto manteve inalterado.

II.2.2. Princípios Estruturantes da Contratação Pública, com relevo para o direito a uma Livre Administração Pública

38. Sendo evidente que a matéria epigrafada tem uma extensão tal que, só ao de leve, poderá ser equacionada no âmbito desta Pronúncia, cabe aqui acentuar apenas que os objetivos enunciados nos pontos **32 a 37** supra podem **ser realizados em conformidade com os princípios estruturantes da contratação pública**.

Na realidade, as Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, nos seus artigos 18.º e 36.º respetivamente, dão um especial acolhimento aos seguintes **princípios estruturantes da contratação pública**, a observar sobretudo pelas **entidades adjudicantes**:

- Igualdade de tratamento dos operadores económicos;
- Transparência;
- Não discriminação;
- Proporcionalidade.

Por sua vez, a Diretiva 2014/23/UE, para além de assumir os princípios anteriores no seu artigo 2.º, revela-se inovadora ao consagrar ainda o princípio da **livre administração das autoridades públicas**.

Entre nós, como é sabido, a Administração Pública tem grande relevo na própria Constituição da República Portuguesa, numa **panóplia de artigos**, referenciando-se aqui apenas os seguintes:

- **Artigo 2.º** que consagra o Estado de Direito⁵², no que isto significa de submissão de todos os Poderes Públicos aos princípios da legalidade da Administração, da segurança jurídica, da proteção dos cidadãos, e das garantias processuais.
- **Artigo 18.º (2)** que preconiza a vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias.
- **Artigo 32.º (10)** que reconhece a audiência e defesa nos procedimentos sancionatórios.
- **Artigo 266.º** que aclama a prossecução do interesse público; respeito pelos direitos dos Administrados; igualdade; proporcionalidade; justiça; imparcialidade e boa fé⁵³.
- **Artigo 267.º (3)** que institui a possibilidade de criação de Entidades Administrativas Independentes.

⁵² GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, (2003), 7ª ed., Almedina, pp. 256.

⁵³ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, (2007), “*Carta Ética da Administração Pública*”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Pág. 558.

Todas estas normas constitucionais prescrevem a adoção de um determinado paradigma de concorrência não falseada.

Este princípio da concorrência surge como uma emanção dos Valores da UE, que desde o Tratado de Roma (1957) está vinculada a implementar o paradigma da concorrência não falseada, enquanto realidade instrumental da construção do Mercado Interno⁵⁴.

A evolução do direito nacional da concorrência encontra a sua génese no direito comunitário, maxime na influência recebida desde a entrada de Portugal para a então Comunidade Económica Europeia (CEE), em 1986, entrecruzando-se, não raras vezes, com a edificação do projeto europeu.

As regras que proíbem os cartéis, abusos de posição dominante, ou que regem as concentrações têm que ser semelhantes, qualquer que seja o mercado nacional em que funcionem. E sobretudo quando afetam as trocas intracomunitárias.

A diferenciação nestas regras comprometeria seriamente a liberdade de movimento de capitais e de bens e serviços. Por isso, não só do ponto de vista nacional, como comunitário, é determinante a defesa de uma eficaz e vigorosa Política da Concorrência.

O princípio da concorrência estava presente já nas Diretivas de 2004 e reforça a sua visibilidade nesta nova geração de Diretivas, mas com uma importante subtileza, materializada precisamente no seu carácter instrumental perante o interesse público.

Hodiernamente, a concorrência não falseada é o ponto de partida para o bem-estar económico e social dos consumidores, uma vez que é, por meio dela, que se torna possível a existência de preços competitivos, o acesso ao mercado por parte de todos os agentes económicos, assim como uma cada vez maior diversidade de produtos e serviços inovadores dentro de um determinado contexto económico. Daí que a defesa da concorrência tem hoje um papel essencial de inclusão social e de desenvolvimento da economia, sendo

⁵⁴ **VON DER GROBEN, Hans** (Membro do Comité Spaak, que redigiu o “*draft*” do capítulo sobre Regras de Concorrência do Tratado de Roma, 1956), e Primeiro Comissário responsável pela Política de Concorrência, num discurso perante o Parlamento Europeu, a 19.10.1961) “...No Tratado, a Concorrência não é considerada como um fim em si. Mas, é um meio adequado e prático...para satisfazer os objectivos contidos no nosso Tratado e que são: uma expansão mais rápida, uma melhor utilização das forças produtivas e uma integração rápida das nossas economias.”

aplicável, regra geral, a todos os setores transversais, quer públicos, quer privados.

Significa isto que a orientação desta Pronúncia para enfatizar a promoção do investimento é também multiplicada por esta perspetiva do valor da concorrência, capaz de cumprir a sua real missão – defender a economia de mercado e a livre e sã concorrência, permitindo assim o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos, e os interesses dos consumidores.

Como sublinha a Professora Doutora Maria João Estorninho, muito ilustre Coordenadora da Comissão de Revisão do Código dos Contratos Públicos, “a concorrência é um elemento dinamizador da construção do mercado interno europeu, e está, desde o início, intimamente relacionada com as quatro liberdades (de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais)”⁵⁵.

Deste modo, o Direito derivado no domínio da contratação pública carece de refletir devidamente aquela centralidade do Direito da Concorrência, o que, no âmbito da presente Pronúncia, se reflete integralmente na importância que é dada ao paradigma da concorrência não falseada.

Como já se sublinhou, isto não significa que, no âmbito da filosofia política da UE, a concorrência seja um fim em si mesmo, pelo contrário, significa que é instrumental da construção europeia, em particular da construção do Mercado Interno.

Desta instrumentalidade, resultam diversos corolários, entre os quais se sublinham os seguintes:

- a) A necessidade imperativa de **qualquer lei não dar espaço à cartelização de quaisquer agentes privados**, o que, no âmbito desta Pronúncia, significa que o Anteprojeto de revisão do CCP deve incluir uma norma que estabeleça a obrigatoriedade da entidade adjudicante **anular** qualquer concurso onde existam indícios claros de **conluio** entre os candidatos e desse facto **dar conhecimento à Autoridade da Concorrência**, bem como, no caso de se tratar de um concurso no âmbito do *Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes*, dar também conhecimento à **AMT**;

⁵⁵ MARIA JOÃO ESTORNINHO (2006), “Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um Olhar Português”, Editora Almedina, Pág. 355

b) Qualquer legislação pública deve também criar condições que **não obstaculizem, antes favoreçam, o investimento produtivo**, pois sem este, não há ocasião, sequer, para a concorrência não falseada. Efetivamente, sem investimento produtivo, o que há são barreiras à entrada, a favor dos incumbentes, que cristalizam um determinado mercado.

II.2.3. *Promoção de um conjunto o mais extensivo possível de investidores*

39. A AMT considera que deve ser otimizada a minimização das **distorções da concorrência**, sejam elas **reais** ou **potenciais**, de uma forma credível em termos de **compliance**, justamente por ser este o melhor incentivo para **atrair investidores** disponíveis para **escolhas densificadoras** do **Valor Acrescentado** com efeitos **positivos** na **coesão económica, territorial e social** de Portugal.

40. As **distorções da concorrência** particularmente **agressivas** do **investimento** são aquelas que resultam de regras escritas e/ou não escritas no sentido de potenciarem o **aumento** infundado da **exclusão**⁵⁶ **dos interessados, reais ou potenciais em investir**.

É igualmente agressivo do investimento o *zig zag* das regras, sobretudo não só nos âmbitos fiscal, laboral e ambiental, mas também no domínio da margem discricionária dos agentes políticos sobretudo nos domínios mais expostos ao seu poder intrusivo, tradicionalmente coberto pela “*sobre regulamentação*” de que se queixa a Comissão Europeia no seu Livro Verde, referido no ponto **20** supra.

Nas seções seguintes detalham-se os **aspetos específicos mais impactantes** no desempenho do *Ecosystema da Mobilidade e dos Transportes*.

II.2.4. *Vigência/Duração dos Contratos de Concessão*

41. A vigência dos contratos de concessão é um aspeto particularmente pertinente quando se trata de infraestruturas e serviços no contexto do *Ecosystema da Mobilidade e dos Transportes*, atento o objetivo de envolvimento de **capitais**

⁵⁶ Pode ser **direta** por exclusão de alguns ou **indireta** por favorecimento ínvio de outros.

privados, num contexto de grande **escassez** e inerente **restrição** de uso de **fundos públicos** para o **investimento**, bem como de uma maior **eficiência** de exploração das **infraestruturas** e de prestação dos **serviços**.

42. A **Diretiva 2014/23/UE não estabelece um prazo específico para a duração das concessões**, determinando apenas que as mesmas devem ter uma **duração limitada**, a qual deve ser **calculada pela autoridade / entidade adjudicante em função das obras / serviços solicitados ao concessionário**.

Dispõe igualmente que, no caso do seu prazo ser superior a 5 anos, a **duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual o concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras / serviços, a par da remuneração do capital investido**, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos.

Os investimentos a tomar em conta para efeitos do cálculo incluem, tanto os investimentos iniciais, como os investimentos realizados durante o prazo da concessão.

43. O Anteprojeto de diploma em análise, **mantém**, no artigo 410.º do CCP, quer a determinação de que o **prazo deve ser fixado em função do período necessário para a amortização e remuneração**, em normais condições de rentabilidade de exploração, **do capital investido pelo concessionário**, quer um **prazo supletivo de 30 anos em caso de ausência de estipulação contratual**, prazo este que já inclui quaisquer prorrogações, mas apenas as contratualmente previstas.

Além disso, o Anteprojeto de diploma admite agora no n.º 2 do referido artigo. 410.º a **possibilidade de fixação, por lei especial, de um prazo supletivo diferente, ou prazo máximo**.

44. A este respeito, a **AMT considera** que:

44.1. Seria mais adequado que o **artigo 410.º do CCP**, relativo ao **prazo de vigência do contrato de concessão**, **seguisse a formulação da Diretiva 2014/23/UE**, nomeadamente **não se fixando qualquer prazo supletivo**;

44.2. Fosse **explicitamente prevista** nesse mesmo artigo a **prorrogação do prazo fixado no contrato**, designadamente em caso de **modificação**

derivada da necessidade de obras ou serviços adicionais ou fundada em **circunstâncias imprevisíveis**, desde que a duração máxima do contrato não ultrapasse o prazo necessário para recuperação dos investimentos e remuneração do capital investido.

45. Suportando-se na seguinte fundamentação:

45.1. Sendo necessário que para qualquer **concessão** com prazo superior a 5 anos, a sua **duração máxima esteja indexada ao prazo para amortização dos investimentos realizados, a par da remuneração do capital investido**, tal como consta do **artigo 18.º da Diretiva 2014/23/UE**, **não parece justificar-se nem ser adequada a estipulação de um prazo supletivo**, o qual poderá **não apresentar qualquer relação** com o período necessário à amortização e remuneração do investimento;

45.2. **Não se nos afiguram aceitáveis formulações da legislação nacional** aplicável aos **contratos de concessão mais restritivos** do que as que constam da **Diretiva 2014/23/UE**, que poderão apresentar-se como **fatores perturbadores** na criação de um ambiente favorável à atração de **investimento privado** para este ecossistema.

46. Para se materializar objetivamente a pronúncia específica da AMT constante do ponto **44**, torna-se necessário proceder à **alteração do artigo 410.º do CCP**, nos seguintes termos:

“ *Artigo 410.º*

[...]

1 - O contrato deve fixar o respetivo prazo de vigência.

2 - Para as concessões de prazo superior a 5 anos, a duração máxima do contrato não pode ser superior ao prazo durante o qual o concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido.

3 – O prazo fixado no contrato pode ser prorrogado, designadamente em caso de modificação derivada da necessidade de obras ou serviços adicionais ou fundada em circunstâncias imprevisíveis, desde que a duração máxima do contrato não ultrapasse o prazo necessário para recuperação dos investimentos e remuneração do capital investido, nos termos do número anterior.”

II.2.5. *Flexibilidade contratual*

47. Em termos genéricos, resulta do Anteprojeto de diploma em apreço que a **modificação de contratos durante a sua execução, sem necessidade de lançamento de um novo procedimento de contratação**, e, conseqüentemente, sem violar as regras da contratação pública, pode ocorrer nos seguintes casos:

47.1. As **modificações** a introduzir **não são substanciais**, isto é, não alteram a natureza ou o equilíbrio financeiro do contrato;

47.2. O **valor das modificações não excede** os limiares de aplicação das Diretivas nem **10%** ou **15%** do **valor do contrato inicial**, consoante se trate, respetivamente, de **bens e serviços** ou de **obras**;

47.3. As **modificações** foram **previstas no contrato, independentemente do seu valor**;

47.4. As **modificações resultam de acontecimentos imprevistos** ou estão relacionadas com **obras, serviços ou produtos adicionais** que são necessários, mas que, por razões de natureza técnica, de incompatibilidade ou interoperabilidade de equipamentos ou dos seus custos, só podem ser fornecidos pela empresa adjudicatária do contrato inicial. Em ambos os casos, o aumento de preço não pode exceder 50% do valor do contrato inicial.

48. Verifica-se que as **normas sobre modificações de contratos** constantes do **Anteprojeto de revisão do CCP** são nalguns aspetos **mais restritivas** do que aquelas que resultam das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, apresentando esta questão **particular relevância** no caso das **concessões (Diretiva 2014/23/UE)**.

49. Em alinhamento com o já anteriormente afirmado nesta Pronúncia, a **AMT considera** que:

49.1. Também, as **regras sobre modificações contratuais** constantes do **CCP não devem ser mais restritivas** do que aquelas que se encontram previstas nas **Diretivas a transpor, em especial na Diretiva 2014/23/UE** relativa aos **contratos de concessão**;

- 49.2. Neste contexto, as **normas sobre modificações de contratos de concessão** deverão ser **redigidas em claro alinhamento** com o disposto na **Diretiva 2014/23/UE**, de forma a **permitir todos os mecanismos de modificação dos contratos durante o seu período de vigência aí assumidos**, conforme o artigo 43.º da Diretiva, abrangendo, entre as várias possibilidades de alteração contratual, a modificação, independentemente do seu valor monetário, que estiver prevista nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão, que podem incluir cláusulas de revisão dos valores, ou opções, incluindo designadamente eventuais **prorrogações**, indicando o seu âmbito, natureza e condições em que podem ser aplicadas, desde que não alterem a natureza global da concessão;
- 49.3. Apresenta-se igualmente vantajosa para o *Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes* **aplicar uma orientação similar para os restantes contratos públicos inerentes a obras e serviços celebrados pelas entidades que operam no setor dos transportes**, em **manifesto alinhamento** com as possibilidades constantes do **artigo 89.º da Diretiva 2014/25/UE** (relativa aos contratos públicos celebrados pelas **entidades que operam nos setores** da água, da energia, dos **transportes** e dos serviços postais).
50. Os **fundamentos** para a pronúncia substantiva constante do ponto anterior são os seguintes:
- 50.1. Na base do que tem sido afirmado ao longo desta Pronúncia, uma **legislação mais restritiva é suscetível de restringir a atratividade para o investidor privado**, aspeto que apresenta fundamental relevância para o desenvolvimento sustentável e desempenho das infraestruturas e serviços em todo o *Ecosistema da Mobilidade e Transportes*, em especial num contexto de forte restrição orçamental do Estado, como o atual;
- 50.2. Particularmente no que respeita ao **setor marítimo-portuário**, para além desse aspeto prejudicial à atração do investimento privado, agrava também as **distorções da concorrência relativamente a portos estrangeiros**, não apenas face aos portos que não dispõem de modelos de organização que passam pela atribuição de concessões⁵⁷, mas também face aos portos

⁵⁷ Ver ponto 35.

situados em Estados-Membros da UE com modelos similares ao de Portugal, que optem por uma transposição *tout court* da Diretiva 2014/23/UE.

51. Para a materialização da pronúncia específica constante do ponto 49, torna-se necessário garantir que as disposições que regem as modificações contratuais no ordenamento jurídico nacional, designadamente os artigos 311.º a 315.º, 370.º a 375.º, 420.º-A e 454.º do CCP, não configuram um regime mais restritivo do que o que consta do pacote de Diretivas de contratação pública a transpor, sendo este aspeto peculiar relevante, quer para os **contratos de concessão**, quer para os **contratos públicos celebrados por entidades que operam em setores especiais, como é o caso dos transportes**, cuja especificidade é reconhecida pela própria UE, através de uma diretiva de contratação pública autónoma (Diretiva 2014/25/UE), geralmente apresentando disposições e limiares mais flexíveis do que diretiva geral de contratação pública (Diretiva 2014/24/UE).

Concretamente, para o caso dos **contratos de concessão**, é necessário dar uma **nova redação ao artigo 420.º-A do CCP**, transpondo *ipsis verbis* o **leque de possibilidades de modificação contratual previstas na Diretiva 2014/23/UE**.

II.2.6. **Melhoria das condições de acesso das PME aos procedimentos de contratação pública a lançar**

52. Outro grande objetivo da revisão do CCP consistiu em facilitar às PME o acesso ao “*mercado dos contratos públicos*”.

A Diretiva 2014/24/UE reconhece expressamente “o potencial das PME para a criação de emprego, o crescimento e a inovação”, pelo que assume ser “*importante incentivar a sua participação no domínio da contratação pública, tanto através de disposições adequadas da (...) diretiva, como através de iniciativas a nível nacional*”⁵⁸.

No considerando 78 afirma-se inclusivamente que “os **contratos públicos deverão ser adaptados às necessidades das PME**”, referindo-se ainda que “as **autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a aplicar o código de**

⁵⁸ Cf. considerando 124.

boas práticas constante do documento de trabalho dos serviços da Comissão, de 25 de junho de 2008, intitulado «Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos», que fornece diretrizes sobre a aplicação do enquadramento dos contratos públicos de uma forma que facilita a participação das PME».

Todavia, é necessário uniformizar o conceito de PME que, como se sabe, manifesta uma elevada variação entre os Estados-Membros, sendo que, no plano comunitário, é apenas objeto de uma recomendação da Comissão, emitida no contexto dos auxílios de estado e dos fundos estruturais.

Assim sendo, parece importante que esta recomendação seja incorporada no texto do projeto de diploma.

- 53.** Na medida em que a inserção de empresas de pequeno e médio porte, que passam a ter acesso aos mercados públicos, permite a criação de empregos, crescimento e inovação, a **AMT considera** que:

53.1. As entidades adjudicantes devem ser **incentivadas** a adjudicar diversos contratos a várias PME, em vez de um único contrato a uma grande empresa.

Os contratos **serão divididos em lotes**, o que permitirá a participação no procedimento de PME, **umentando a concorrência**, na dupla perspetiva do favorecimento do acesso às PME e do **aumento das probabilidades de obter uma proposta economicamente mais vantajosa**.

53.2. Particularmente importante é o fator potenciador da participação das PME consignado no artigo 165.º, n.º 3, que estabelece que – para efeitos de demonstração da capacidade financeira - o **volume de negócios** anual exigido para a participação em procedimentos de contratação pública deve ser **limitado**, no máximo, ao dobro do valor estimado do contrato.

53.3. Passa a existir um dever de fundamentação quando as entidades adjudicantes optam pela não divisão em lotes acima de um dado limiar.

- 54.** Os **fundamentos** para a pronúncia substantiva constante do ponto anterior são os seguintes:

- 54.1.** No passado, as PME eram muitas vezes excluídas do procedimento porque as entidades adjudicantes exigiam elevados volumes de negócios anuais mesmo em contratos públicos de baixo valor;
- 54.2.** No futuro, o volume de negócios anual exigido não pode ser superior ao dobro do valor estimado do contrato;
- 55.** Para a materialização da pronúncia específica constante do ponto **53**, torna-se necessário garantir que:
- 55.1.** São criadas condições para uma gestão capaz de superar o inevitável acréscimo de entropia e de complexidade, sobretudo em termos da articulação entre os diversos co-contratantes, com relevo para a definição rigorosa facilmente sindicável entre as fronteiras de execução entre todos os adjudicatários.
- 55.2.** As peças dos procedimentos loteados devem ser construídas com a **segurança jurídica adequada quanto às regras concretas aplicáveis aos lotes**, com vista a **evitar conflitos de interesses** entre a prossecução do interesse público subjacente à **opção de divisão em lotes como meio de fomento do acesso das PME ao mercado público** e a prossecução do interesse público subjacente à **adjudicação à proposta economicamente mais vantajosa**;
- 55.3.** O **número de lotes** a adjudicar por concorrente deve ser **indicado no anúncio de concurso**;
- 55.4.** Existam regras a observar caso o número de lotes seja excedido;
- 55.5.** As entidades adjudicantes devem aceitar a **participação de todos os operadores económicos** que possuam uma **situação financeira adequada** para a execução do contrato;
- 55.6.** Deve ser **acautelada** a (im)possibilidade de as entidades adjudicantes utilizarem a **divisão dos contratos** em lotes para, a seu coberto, **fracionarem ilegítimamente** o valor dos contratos.
- 55.7.** Deve ser acautelado que a **divisão em lotes não anule**, por princípio, o **interesse transfronteiriço de contratos** que originariamente suscitariam aquele interesse.

55.8. Deve ser **acutelado o risco de adjudicação** de **todos os lotes** ao mesmo **proponente**⁵⁹.

II.2.7. Nova regulação da cooperação Público-Público, incluindo as relações “in house”

56. As novas Diretivas preveem, **pela primeira vez**, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, regras explícitas sobre a designada **contratação interna ou in house**⁶⁰, bem como a **contratação de cooperação**⁶¹ (artigo 12.º), para o efeito de excluir essas formas de contratação do âmbito dos procedimentos de formação de contratos públicos.

Essas regras têm em linha de conta a necessidade de **aumentar a segurança e certeza jurídicas**, visando ajudar, em particular, as entidades da administração regional e local a aproveitar ao máximo as possibilidades de cooperação para desempenharem as suas funções de forma mais eficiente, em benefício do cidadão.

57. Neste sentido, a **AMT considera** que:

57.1.A Diretiva "contratos públicos" define o seu âmbito de aplicação considerando o tipo de autoridade adjudicante (âmbito subjetivo) e o tipo de contrato público (âmbito objetivo), indicando as autoridades adjudicantes e os contratos públicos excluídos do seu regime;

57.2. No que ao âmbito objetivo dos contratos públicos diz respeito, essa Diretiva tem em vista, no essencial, contratos cujo conteúdo mediato se consubstancia ou se reconduz estruturalmente à obtenção de bens e serviços disponibilizados e fornecidos, em **obediência aos princípios do mercado** em geral e, em particular, ao que habitualmente se designa como as leis da oferta e da procura;

⁵⁹ Sendo adotado o critério da proposta economicamente mais vantajosa, o risco embora sendo menos verosímil, não deixa, em todo o caso, de ser possível.

⁶⁰ A Diretiva mantém os dois requisitos desvendados na jurisprudência (controlo análogo e destino da atividade), mas com as inovações introduzidas pelo artigo 5º-A do Anteprojeto: especificação do controlo análogo, mediante a explicitação do conceito (“influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada”), a admissibilidade, embora em termos excecionais, da participação direta de capital privado, bem como a definição das condições do controlo análogo conjunto. Relativamente ao destino essencial da atividade, a Diretiva introduz um fator de quantificação: 80% das atividades da pessoa coletiva controlada correspondem a atividades confiadas pela autoridade adjudicante.

⁶¹ Exclui-se do âmbito de incidência da Diretiva os contratos entre autoridades adjudicantes que visem regular uma relação e cooperação para assegurar o desempenho em conjunto de tarefas públicas da responsabilidade de ambas as entidades.

57.3. Estão **fora do âmbito** de aplicação da mesma Diretiva:

57.3.1. A adjudicação de um contrato por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público, quando esta última seja uma **autoridade in house** – cooperação vertical (cf. o artigo 12.º, n.º 1 da Diretiva "contratos públicos");

57.3.2. A celebração de um contrato que institui uma **cooperação** entre **autoridades públicas** com o objetivo de assegurar a realização de uma **missão de serviço público que é comum a ambas** – cooperação horizontal (cf. o artigo 12.º, n.º 4 da Diretiva "contratos públicos").

57.4. A forma como, **nessa** Diretiva, surge delineada ou delimitada a vertente formal do conceito em apreço **levanta questões** interessantes – senão mesmo **potencialmente dilemáticas** - atento o **crescente apelo a instrumentos contratuais** no âmbito da prossecução de atribuições e ao exercício de competências.

58. Os **fundamentos** para a pronúncia substantiva constante do ponto anterior são os seguintes:

58.1. É certo que, nos termos do n.º 4 do artigo 12.º da Diretiva “contratos públicos”, que consta do n.º 5 do artigo 5.º-A do Anteprojeto de revisão do CCP, os acordos, decisões e instrumentos congéneres por intermédio dos quais se operacionalize, entre autoridades adjudicantes ou agrupamentos destas, a transferência de prerrogativas e responsabilidades, sem estar associada a tal translação uma remuneração pela execução dos contratos, **não é abrangida pela Diretiva;**

58.2. Porém, há que ter em conta que **existem regimes jurídicos nos quais se constata que é o legislador nacional que apela à aplicação do CCP** no âmbito de contratos mediante os quais se estabelecem relações de **cooperação intersubjetiva**, tendo por objeto a desconcentração de competências entre pessoas coletivas públicas que são, também, autoridades adjudicantes (subcentrais) na aceção da Diretiva 2014/24/UE.

58.3. É esse o caso, paradigmático, da **Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro**⁶². Com efeito, compulsando o n.º 2 do artigo 120.º, verificamos que a Lei manda aplicar à negociação, à celebração e à execução dos **contratos interadministrativos de delegação de competências**, para além das suas próprias disposições, a título subsidiário, também as do **CCP** e as do **Código do Procedimento Administrativo (CPA)**.

Assim, muito embora a Diretiva exclua do seu âmbito objetivo de aplicação aqueles contratos, a circunstância de o CCP, por via da determinação da referida Lei n.º 75/2013, lhes ser aplicável, ainda que a título subsidiário, implica não ser negligenciável ou, menos ainda indiferente, o regime da Diretiva, na medida em que esta, por via da transposição, será refletida pelo CCP e que, portanto, o regime da **Diretiva impactará**, mediatamente, na celebração e na execução **dos contratos interadministrativos** previstos naquela Lei;

58.4. Na reformulação do enquadramento normativo das autarquias locais existe uma componente metodológico-operativa que, de forma muito assinalável, é postuladora de um amplo movimento no sentido da **descentralização e da desconcentração administrativas**, sendo que, relativamente a esta última, o legislador português dedicou particular atenção à **cooperação** entre os municípios e as freguesias.

Esse movimento de desconcentração administrativa é **operacionalizado** pelo **artigo 116.º** da citada **Lei n.º 75/2013**, mediante a delegação de competências de órgãos do Estado em órgãos das autarquias locais e das entidades intermunicipais e dos órgãos municipais nos órgãos paroquiais;

58.5. Essa *vicissitude competencial translativa* opera-se, sob pena de nulidade, mediante a celebração de **contratos interadministrativos** – cf. o n.º 1 do artigo 120.º da referida Lei n.º 75/2013 – devendo a negociação, a celebração e a execução de tais contratos observar, também, **subsidiariamente**, o disposto no CCP e no CPA, segundo decreta o **n.º 2 do artigo 120.º da mesma Lei**;

⁶² Estabelece o regime jurídico das autarquias locais, aprova o estatuto das entidades intermunicipais, estabelece o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e aprova o regime jurídico do associativismo autárquico.

58.6. Evidentemente, a tais contratos estão, desde logo, associadas implicações financeiras, afigurando-se-nos que os mesmos se devem, essencialmente, reconduzir a formas de cooperação interadministrativa paritária;

58.7. Com efeito, na medida em que o artigo 113.º da referida Lei, prescreve, *maxime*, nos artigos 113.º e 119.º, respetivamente, que, a concretização da descentralização e da desconcentração (devendo respeitar a intangibilidade das competências estaduais, autárquicas e intermunicipais) deve ter lugar relativamente a todos os domínios onde se materializem interesses das populações locais, impelindo – ao que julgamos, muito plausivelmente – para a conclusão de que as atribuições e competências (cuja translação é equacionada) correspondem a outros tantos setores em que se estará perante uma zona de "condomínio funcional" de atuação de distintos entes públicos ou, pelo menos, de áreas ou setores onde se consubstancia uma convergência de distintos interesses de outras tantas entidades públicas;

58.8. A Diretiva 2014/24/UE, no seu artigo 12.º, contém todo um dispositivo normativo cujo escopo regulatório é, justamente, a disciplina das relações contratuais entabuladas entre entes públicos.

De facto, no n.º 1 do artigo 12.º, a Diretiva retoma, aprofundando-a, a contratação "*in house*";

58.9. O legislador da UE **exclui** do âmbito de aplicação do n.º 4 do artigo 12.º da Diretiva aqueles contratos que, celebrados entre entidades públicas, cumpram um conjunto cumulativo de condições enunciadas nas alíneas a) a c).

58.9.1. De entre esses requisitos salientamos aquele que, vertido na alínea a), requer que o contrato tenha por escopo executar ou instituir uma cooperação entre as entidades em presença, tendente a lograr que os serviços públicos a prestar o sejam de forma a alcançar os objetivos existentes em comum;

58.9.2. Além de exigir ainda, na alínea b) do n.º 4, que a cooperação se reja apenas por **imperativos de interesse público**, a Diretiva requer ainda, na alínea c), que as entidades adjudicantes em presença desempenhem no mercado livre **menos de 20% das**

atividades compreendidas na cooperação contratualmente instituída ou executada;

58.10. Afigurando-se-nos dever entender-se que o n.º 1 do artigo 5.º do CCP, decretando que a Parte II do Código não se aplica àqueles contratos cujas prestações sejam insuscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, **será, tendencialmente, de aplicar aos contratos interadministrativos cujo conteúdo imediato corresponda à instituição de uma relação de natureza cooperativa paritária.**

58.11. Tais **contratos de não subordinação**, em que tal ascendente não se verifica, são celebrados entre dois entes públicos que contratam num plano de igualdade, derivada da descentralização de competências, como sucede com os **contratos a celebrar entre as autoridades de transportes e os operadores de serviço público**, no contexto do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros, aprovado pela **Lei n.º 52/2015, de 9 de junho.**

59. Para a materialização da pronúncia específica constante do ponto **57**, torna-se necessário:

59.1. **Clarificar as regras para as relações “in house”**, cuja **transposição impacta** diretamente na **contratualização definitiva dos serviços de transporte público de passageiros**, **obviando** à existência de **regras ambíguas, desincentivadoras do investimento, por falta de segurança jurídica** e, em consequência, motivadoras de **litigância** tendente a dirimir interesses conflitantes.

59.2. **Flexibilizar** os requisitos de preenchimento cumulativos constantes do Anteprojeto, especificamente no que respeita à exigência à entidade controlada *“de que desenvolva mais de 80% da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas diretamente pela entidade adjudicante”*, prescrita na **alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º-A** que disciplina os contratos no âmbito do setor público, a fim de **permitir** a sua adoção por parte de um **leque mais abrangente de entidades públicas**, como sejam as **Autoridades Públicas de Transportes e os Operadores de Serviço Público**, favorecendo a entrada no mercado de PME e, em simultâneo, alavancando o **objetivo de coesão territorial prosseguido pela AMT.**

59.3. Tendo a AMT a missão de implementar no terreno o modelo de **Regulação Económica de Elevada Qualidade**, de que um dos pilares estratégicos (tal como se referiu expressamente no ponto **3** supra) consiste em não gerar falhas de regulamentação, é **imperioso assegurar** que o desenho da exceção prevista no projeto de revisão do Código em apreço tem a **maleabilidade e flexibilidade** tal que **não exclui qualquer franja dos contratos interadministrativos** que possam vir a ser substantivados **entre as autarquias municipais e intermunicipais**, prejudicando deste modo a coesão territorial do país.

II.2.8. Contratação pública ecológica⁶³

60. A contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, nomeadamente de aquisição de bens, construção de obras públicas ou aquisição de serviços, pode e deve servir como instrumento de realização de outras e variadas políticas públicas, nomeadamente ambientais e sociais.

Nesta senda, as novas regras de contratação trazidas pelas Diretivas de 2014, que mereceram acolhimento no Anteprojeto, visam promover uma **melhor integração de fatores de natureza ambiental** nos procedimentos de contratação pública, através das seguintes regras:

60.1. A medida mais sonante é a que se prende com o **novo critério de adjudicação baseado na análise do custo do ciclo de vida** em que, a par do custo de aquisição, devem ser considerados os chamados custos indiretos⁶⁴ e ainda os **custos imputados a externalidades ambientais** ligadas ao produto, serviço ou obra⁶⁵.

60.1.1. O **futuro modelo de caderno de encargos-tipo** de “*Green Public Procurement*” (GPP) deve integrar os aspetos relacionados com a obrigatoriedade de os operadores económicos implementarem **tecnologias mais limpas** que contribuem para manter e melhorar o meio ambiente.

⁶³ Que corresponde à designada **contratação pública “verde”** do Anteprojeto, ou “*Green Public Procurement*” (GPP).

⁶⁴ Tais como os custos de utilização (consumo de energia), de manutenção e de fim de vida (custos de recolha e de reciclagem).

⁶⁵ Por exemplo, custo de emissão de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas.

60.1.2. De forma conexa com as especificações constantes do modelo de Caderno de Encargos com cláusulas-tipo, as entidades adjudicantes devem ser compelidas a recorrer a fórmulas de avaliação de propostas que integrem **fatores de avaliação de propostas que não contêm produtos ou substâncias químicas perigosas**, que contribuam para **minimizar o impacto ambiental**, valorizando **o seu desempenho ambiental**.

60.1.3. Embora o **GPP** seja um **instrumento voluntário**, tem um papel fundamental a desempenhar nos esforços da UE para se tornar uma **economia mais eficiente** em recursos, podendo ajudar a estimular uma massa crítica de demanda por **produtos e serviços mais sustentáveis** que, de outra forma, seriam difíceis de obter no mercado, constituindo um **forte estímulo** para a eco-inovação.

60.1.4. Para ser um sucesso, o GPP carece de **critérios ambientais claros e verificáveis** para os produtos e serviços, que sejam **compatíveis entre Estados-Membros**.

60.2. Outra inovação de relevo trazida pela Diretiva 2014/24/UE é o conjunto de novas regras sobre a **performance contratual**, pondo de lado a ideia de que apenas conta a correta conformação da proposta do operador económico com o previsto no Programa e no Caderno de Encargos.

Trata-se de prever a existência de um conjunto normativo que **penalize más ou deficientes execuções contratuais** em futuros procedimentos de contratação.

A alínea g), do n.º 2, do artigo 57.º dispõe que devem ser objeto de exclusão propostas de um determinado operador económico: *“Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um anterior contrato (...), tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis”*.

61. Em consonância com o Considerando 101 da Diretiva 2014/24/UE, deverá ser considerado, pelo legislador, um mecanismo legal que confira a possibilidade de excluir os concorrentes/candidatos cujo desempenho no âmbito de anteriores

contratos públicos tenha acusado deficiências graves no que se refere aos requisitos essenciais, por exemplo, falhas na entrega ou execução, deficiências significativas do produto ou do serviço prestado que os tornem inutilizáveis para o fim a que se destinavam, ou conduta ilícita que levante sérias dúvidas quanto à fiabilidade do operador económico.

Tratando-se de um **desempenho contratual** que se baseie em **critérios objetivos, mensuráveis**, e que seja aplicado de forma **sistemática, coerente e transparente**, com possibilidade de o concorrente **contestar** uma eventual decisão (administrativa ou judicial), a **AMT considera** que a **execução contratual, fundada em desempenhos anteriores, é relevante para a promoção dos objetivos enunciados nos pontos 4.1 a 4.7.**

62. Os **fundamentos** para a pronúncia substantiva constante do ponto anterior são os seguintes:

62.1. O **desempenho** baseia-se nos *outcomes/outputs* dos processos construtivos ou dos produtos finais;

62.2. O recurso a **Indicadores Chave de Desempenho** visa alcançar o **aumento da eficácia** e da **eficiência** do setor (obrigações de resultado) e, deste modo, proceder à transposição de uma indústria orientada para os recursos para uma **indústria orientada para os resultados.**

63. Para a materialização da pronúncia específica constante do ponto **61**, torna-se necessário:

63.1. Prever uma **duração máxima** para as **exclusões**;

63.2. Respeitar o **princípio da proporcionalidade**: só em circunstâncias excecionais poderão pequenas irregularidades conduzir à exclusão de um operador económico.

No entanto, a reincidência em pequenas irregularidades pode levantar dúvidas quanto à fiabilidade de um operador económico que poderão justificar a sua exclusão;

63.3. Adicionalmente, constitui limite importante ao proposto mecanismo legal, o **princípio da igualdade e da não discriminação**, objeto de tratamento de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça da UE, reforçando que se trata

de um princípio basilar do Direito Europeu, a par de um eixo central da contratação pública.

II.2.9. *Novos procedimentos concorrenciais, incluindo a Parceria para a Inovação*

64. A **inovação** é vista na UE como uma **alavanca para o crescimento económico e o emprego**, razão pela qual se considera que os contratos públicos devem ser potenciadores dessa inovação.

64.1. No pacote de Diretivas a transpor encontra-se uma **nova figura** procedimental designada “**Parceria para a Inovação**”.

Trata-se de um procedimento em que qualquer operador económico poderá apresentar uma candidatura em resposta a um anúncio da entidade adjudicante, no qual esta apresenta a sua necessidade de obter produtos, serviços ou obras que ainda não existem no mercado.

64.2. Outra forma de promover a inovação, que podemos encontrar nestas Diretivas, é a de incentivar as entidades adjudicantes a autorizar ou mesmo a exigir, tanto quanto possível, em determinados tipos de procedimentos, a apresentação, pelos operadores económicos, de propostas variantes.

65. Neste sentido, a **AMT considera que a contratação pública desempenha um papel chave na inovação**, através do valor acrescentado que alcança, permitindo otimizar a operação do serviço público através da integração de novos processos, tecnologias ou materiais.

66. Os **fundamentos** para a pronúncia substantiva constante do ponto anterior são os seguintes:

66.1. Uma **solução inovadora** será **mais atrativa** em função da **sua qualidade mais elevada e/ou preço mais competitivo**;

66.2. De facto, a **qualidade** da contratação pública é fundamental para a qualidade do campo coberto pelo contrato e para a forma como a inovação floresce nele;

- 66.3.** Se as entidades adquirentes permanecerem conservadoras, os operadores económicos não serão incentivados a – ou não lhes será, mesmo, permitido – inovar;
- 66.4.** Todos os procedimentos devem ter em conta, na avaliação das propostas, o **custo total do ciclo de vida dos produtos**, possibilitando que as **propostas inovadoras sejam valorizadas** em face das vantagens financeiras que propiciam a longo prazo.
- 66.5.** O novo procedimento deverá permitir às entidades públicas adquirentes **selecionar parceiros numa base concorrencial** para que estes desenvolvam soluções inovadoras à medida das suas necessidades.
- 67.** Para a materialização da pronúncia específica constante do ponto **65**, torna-se necessário:
- 67.1.** A fase concorrencial deve ter lugar logo no **início do procedimento**, no momento da seleção dos parceiros mais apropriados com base nas suas competências, capacidades e preço;
- 67.2.** A fase de investigação e desenvolvimento da nova solução, em colaboração com a entidade pública adquirente, deve poder ser dividida em várias **etapas**, durante as quais o número de parceiros pode ser gradualmente reduzido, em função do cumprimento de certos critérios predeterminados;
- 67.3.** A previsão de **disposições específicas** para os procedimentos de **contratação pública transfronteiriça**, tendo em vista efetuar **aquisições conjuntas por parte das entidades adquirentes de vários Estados-Membros**, facilitando ainda a **partilha dos riscos** associados aos projetos inovadores bem como a **atração de mais capital de risco**.
- II.2.10. *Sustentabilidade social, ambiental e financeira não apenas na formação dos contratos públicos, mas também durante a sua execução***
- 68.** Nos objetivos das novas regras de contratação pública inclui-se também a sua contribuição para o **desenvolvimento de políticas ambientais**, de **inclusão social** e de **inovação**.

No entanto, os **aspetos sociais** não se limitam à inclusão social, visando ainda cobrir o cumprimento, por parte das entidades adjudicantes e dos operadores económicos, da legislação aplicável nessa matéria.

69. As novas diretrizes incluem uma **cláusula social transversal**, baseada nos seguintes aspetos:

69.1. **Respeito pelas obrigações ambientais, sociais ou laborais, de natureza legal**, aplicáveis no âmbito da UE e da legislação nacional, das convenções coletivas ou do direito internacional. Os Estados-Membros e as entidades públicas devem assegurar o cumprimento das obrigações em vigor no local onde a obra é realizada ou o serviço é prestado;

69.2. Devem ser **excluídas** dos procedimentos de contratação pública as **empresas que não cumpram** essas **obrigações legais**;

69.3. As entidades públicas adjudicantes devem **excluir as propostas de preço anormalmente baixo que resultarem do incumprimento da legislação ambiental, social ou laboral**, de âmbito nacional, europeu ou internacional, ou das convenções coletivas. Trata-se efetivamente de um novo instrumento para **combater o “dumping ambiental e social”**;

69.4. Umbilicalmente relacionado com o tema do combate ao **“dumping”** ambiental e social está o critério de adjudicação do **preço mais baixo**, preferencialmente adotado na aplicação do **CCP ainda em vigor**.

70. No que respeita aos critérios de adjudicação, a **AMT considera** que a **procura do mais baixo preço é insuficiente** sob todos os prismas de abordagem: quer sob o ponto de vista da **defesa do trabalho**, quer sob o ponto de vista da **sustentabilidade ambiental**, quer ainda sob o ponto de vista dos **custos escondidos associados à manutenção e durabilidade** dos bens a adquirir.

71. Assim, os **preços abaixo de custo** devem ser objeto de **exclusão** cabal do procedimento, com base na seguinte **fundamentação**:

71.1. Tais contratos **visam apenas o mero lucro dos operadores económicos**;

71.2. **Não garantem** de forma cabal nem a **subsistência dos postos de trabalho nem as remunerações legais**;

- 71.3. Contribuem para o “*dumping ambiental*”, **desconsiderando a sustentabilidade ambiental e os ciclos de vida** dos bens a adquirir.
72. Para a materialização da pronúncia específica constante do ponto **70**, torna-se necessário:
- 72.1. Garantir a **exclusão liminar** do procedimento sempre que, em qualquer caso, da **proposta com preço “anormalmente baixo”**, se puder inferir o **incumprimento de legislação** nacional ou da UE, nomeadamente em matérias sociais e ambientais, de acordo com o texto do artigo 69.º, parágrafo 4, da Diretiva “contratos públicos”, segundo o qual “*as entidades contratantes devem rejeitar propostas quando for estabelecido que elas conduziram a contratos com preço anormalmente baixo por virtude de incumprimentos legislativos, sociais, ou ambientais*”;
- 72.2. O futuro modelo de caderno de encargos tipo deve incluir aspetos relativos à **obrigatoriedade** (que recai sobre os **operadores económicos**) de implementação de tecnologias amigas do **ambiente**;
- 72.3. Assim, a fim de **minimizar o impacte ambiental** durante **todo o ciclo de vida** de produtos, os operadores económicos devem desenvolver produtos com reduzido efeito ambiental durante o processo de produção, durante a utilização do produto, e no momento de escoamento, bem como adquirir as peças e materiais que minorem o impacte ambiental;
- 72.4. Evidentemente que, de forma conexa com as especificações constantes do modelo de caderno de encargos com cláusulas tipo, as entidades adjudicantes devem ser compelidas a recorrer a **fórmulas de avaliação** de propostas que integrem **fatores que valorizem propostas** que não contenham produtos ou substâncias químicas perigosas ou nocivas para o ambiente e que contribuam para **minimizar o impacte ambiental, valorizando o desempenho ambiental**.
73. O teor dos artigos 74.º, 75.º, 218.º-C e 250.º-C do Anteprojeto de revisão do CCP, ao acolher, como **critério regra**, o da **proposta economicamente mais vantajosa, responde positivamente à racionalidade dos Investidores**, em termos do Direito Laboral, Social e Ambiental.

Convém fazer desde já uma referência ao final do ponto **3** supra sublinhando que as **racionalidades** são **não aditivas** e que a avaliação positiva global por parte da AMT exige a verificação cumulativa das 3 racionalidades.

II.3. Racionalidade dos Profissionais / Utilizadores / Utentes / Consumidores / Cidadãos

74. No âmbito desta racionalidade que, por si só, agrega vários segmentos sociológicos de cidadãos e empresas, importa:

74.1. Por um lado, valorizar aqueles profissionais/ utilizadores/ utentes/ consumidores que procuram soluções de **mobilidade eficiente e sustentável**, seja para a deslocação de pessoas, seja para o transporte de bens, designadamente para a receção das matérias-primas e escoamento da produção das empresas;

74.2. Por outro lado, considerar os **consumidores em geral**, apenas no seu estatuto de consumidores.

74.3. Cabe também a um **Regulador Económico de Elevada Qualidade**, como a **AMT**, avaliar e valorar os contributos reais e/ou as potenciais **decisões** das **Entidades Adjudicantes** face à sua **atratividade** para com os **cidadãos/consumidores**.

75. O papel de destaque assumido, desde cedo, pela contratação pública na construção do projeto europeu, conduziu ao aparecimento de uma **ampla convergência normativa europeia das regras jurídicas substantivas**, operada pelas Diretivas que vieram regular a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a diversos tipos de contratos públicos em distintos setores (gerais e especiais).

Porém, também desde cedo, se reconheceu que a **europeização das regras de direito material da contratação pública** teria que ser, igualmente, **alargada aos meios processuais de tutela** em matéria de procedimentos adjudicatórios públicos.

A **heterogeneidade e ineficácia destes mecanismos de tutela nos diversos Estados-Membros** estariam a **eivar a eficácia** das normas europeias da contratação pública e, conseqüentemente, o regular funcionamento do mercado interno.

Desta feita, o legislador europeu movido pela necessidade de dar cumprimento ao **princípio da efetividade**⁶⁶ decidiu restringir a autonomia processual dos Estados-Membros⁶⁷, por via legislativa⁶⁸, pois constatou que era imperativo conferir um maior grau de *enforcement* às normas substantivas da contratação pública, através da **criação de um conjunto uniforme de regras capazes de conferir a tutela efetiva**, por intermédio da imposição de um conjunto de **normas aptas a proteger os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares** que gravitam no **universo pré-contratual público**.

75.1. Coube, assim, às primeiras **diretivas recursos**⁶⁹, estabelecer os **requisitos mínimos de tutela** que deveriam ser encontrados em todos os EM para os contratos abrangidos pelas Diretivas 2004/17 e 2004/18, privilegiando, sobretudo, a utilização de mecanismos de **tutela preventiva ou antecipatória**.

Dentro desta lógica, as **diretivas recursos** começaram por impor aos Estados-Membros, além da obrigatoriedade de concederem **indenizações** aos lesados, a implementação de um **recurso de tutela urgente**, que fosse capaz de decretar as medidas provisórias e definitivas necessárias para a correção de alegadas violações, conferindo às instâncias de recurso a hipótese de decretarem a suspensão do procedimento adjudicatório, que deveria obedecer a uma **ponderação igualitária dos interesses** em jogo, nomeadamente, o interesse **público e os direitos subjetivos dos particulares**.

75.2. Com o decorrer dos anos as instituições europeias constataram que as **exigências garantísticas de recurso**, patentes nas primeiras Diretivas, **não estavam a conseguir alcançar os objetivos** traçados pelo legislador europeu, emergindo a necessidade de uma **reforma legislativa**.

Assim, em 2007, a **diretiva 2007/66/CE** veio modificar as anteriores Diretivas 89/665 e 92/13/CEE, animada pela lógica de melhorar a eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos, tendo

⁶⁶ A emergência do princípio da efetividade, no seio da UE, prendeu-se com o facto de o Direito Europeu pretender manter ao nível da sua execução **elevados níveis de descentralização**, ou seja, a **execução dos seus comandos normativos seria realizada, maioritariamente**, por entidades pertencentes aos **Estados-Membros**. Isto conduziu a uma verificação prática de défices de aplicação das normas de cariz europeu. O TJ viu-se, pois, forçado a desenvolver determinados princípios que assegurassem a efetividade da ordem jurídica europeia, tais como o do primado; efeito direto; interpretação conforme; tutela jurisdicional efetiva; equivalência e um modelo de responsabilidade do Estado por violação do direito da UE.

⁶⁷ Faculdade de os mesmos definirem o complexo normativo jurídico-processual responsável pela definição da tramitação e resolução jurisdicional dos litígios. Para uma definição similar ver, **MIGUEL PRATA ROQUE**, 2011: 69.

⁶⁸ A base legitimadora no Tratado para esta restrição expressa encontra-se prevista no art. 114.º TFUE.

⁶⁹ Diretiva 89/665/CEE e 92/13/CEE.

procurado resolver três problemas considerados nucleares: primeiro, o aumento do número de **ajustes diretos ilegais**; segundo, o fenómeno da **corrida à assinatura do contrato**⁷⁰. E, ainda, a **ineficácia da tutela pós-contratual**, em face das inúmeras dificuldades probatórias dos operadores económicos em demonstrarem que, se não fosse a ilegalidade ocorrida, estes teriam sido os legítimos vencedores do procedimento adjudicatório. Estas dificuldades quando aliadas a uma quantificação irrisória dos danos decorrentes das violações das regras de contratação pública, tornavam a tutela pós-contratual incapaz de produzir um qualquer efeito dissuasor e corretivo.

75.3. O facto dos operadores económicos não conseguirem obter um nível efetivo de tutela preventiva não prejudica, exclusivamente, os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos dos mesmos, mas de igual forma o interesse público.

Este cenário **lesa de forma considerável** a construção de um verdadeiro mercado da contratação pública, uma vez que o **setor privado vai ter cada vez menos interesse em participar em procedimentos pré-contratuais**, porque, na eventualidade de ocorrerem ilegalidades, este sabe que não vai lograr obter qualquer **efeito corretivo** (isto é, tutela antecipatória ou indemnizatória dissuasora) **junto dos tribunais**.

Ora, **sem um ambiente concorrencial** na contratação pública, capaz de selecionar os melhores, a tarefa estadual de **satisfação das necessidades públicas fica comprometida**, especialmente num momento em que a contratação pública é vista, também, como um motor estratégico de promoção de **políticas horizontais na UE**, nomeadamente através da inovação, promoção de políticas sociais e ambientais.

76. Retomando os objetivos gerais subjacentes a esta nova geração de **Diretivas da UE** de contratação pública, designadamente de simplificação de procedimentos e de maior eficiência da contratação pública, com a conseqüente redução de encargos e celeridade dos processos para os vários *stakeholders* envolvidos, e acautelando os princípios da transparência e da concorrência, a sua

⁷⁰ A ausência de um prazo suspensivo mínimo entre o momento da adjudicação e a celebração do contrato havia criado uma tendência, por parte das entidades adjudicantes europeias, que pretendiam tornar irreversíveis as conseqüências da adjudicação, designada por "*corrida à assinatura do contrato*" que anulava qualquer possibilidade de uma tutela antecipatória.

transposição para o ordenamento jurídico nacional, através da presente revisão do CCP, **contribui** em termos gerais de forma **positiva** para os vários segmentos sociológicos incluídos na análise desta racionalidade.

Todavia, para além deste impacte genericamente positivo, há a salientar os seguintes elementos que, como tal, conduzem a uma análise positiva sob o prisma heurístico desta racionalidade:

76.1. Pela via da obrigação de **dividir o concurso em lotes**, promove-se efetivamente a **participação das PME**, mas deste modo também se criam **incentivos ao emprego**.

76.2. Pela explicitação, pela primeira vez, de **regras de contratação entre entidades do setor público**, **sem** necessidade de aplicação das normas estabelecidas para os procedimentos de formação de contratos públicos, como é o caso, por exemplo, dos **contratos interadministrativos de delegação de competências** no âmbito da anteriormente referida Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro (Regime Jurídico das Autarquias Locais).

Apesar da Diretiva “Contratos Públicos” excluir estes contratos do seu âmbito de aplicação, o facto dessa mesma Lei n.º 75/2013 determinar a aplicação do CCP a título subsidiário não pode ser negligenciável, determinando a necessidade de **clarificar as regras para as relações “in house”**.

76.3. Pelo incentivo às entidades adjudicantes a desenvolverem **contratos públicos socialmente sustentáveis**, promovendo a **inclusão de políticas sociais, geradoras de emprego**, fazendo surgir uma nova modalidade de contratação, que se traduz por contratos públicos potenciadores de criação de postos de trabalho e conseqüentemente de crescimento e desenvolvimento económico.

76.4. Ao poder tomar em consideração o processo através do qual são produzidos os bens, serviços e obras específicas que pretendem adquirir, as entidades públicas adquirentes, **podem decidir adjudicar o contrato** em questão à empresa que, no âmbito da execução do contrato, se propõe **empregar o maior número de pessoas desfavorecidas**, como os **desempregados de longa duração**.

Podem ainda tomar em consideração condições de trabalho específicas para os trabalhadores em causa, para além daquelas que resultam da Lei.

No entanto, esses critérios apenas podem aplicar-se ao **pessoal envolvido na construção, produção ou fornecimento dos bens ou serviços abrangidos especificamente pelo contrato público** em questão.

A empresa não pode, naturalmente, ser obrigada a aplicar uma política geral de responsabilidade social ou ambiental, uma vez que não se trata de um requisito específico relativo aos bens ou serviços a adquirir.

76.5. Ao incentivar a **inclusão social**, mediante a **possibilidade de reservar procedimentos de contratação pública**, nos novos artigos 54.º-A e 250.º-D:

76.5.1. Relativos a entidades e operadores económicos cujo objetivo principal seja a **integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas**, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de **emprego protegido**, desde que pelo menos **30% dos empregados** dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com **deficiência ou desfavorecidos**;

76.5.2. Relativos a determinados **serviços de saúde, sociais, de ensino e serviços culturais**, por um período limitado de **até 3 anos**, para organizações sem fins lucrativos, com fins de interesse público e baseadas na **participação dos trabalhadores**.

76.6. Pela melhor integração de **fatores de natureza ambiental** nos procedimentos de contratação pública, em especial no que concerne à adjudicação baseada na análise do custo do **ciclo de vida**, integrando, para além do custo de aquisição/construção, também custos de utilização, manutenção e de fim de vida, incluindo designadamente custos de **consumo energético** e de **externalidades ambientais** (emissões poluentes e de gases com efeitos de estufa, e custos de atenuação das alterações climáticas), com **benefício inequívoco para a sociedade e cidadãos**.

- 76.7. Pela consideração do **desempenho em prestações anteriores**, penalizando deficientes execuções contratuais prévias, promovendo a qualidade das aquisições e serviços, em **benefício claro dos utentes/utilizadores/consumidores**.
- 76.8. Pelo favorecimento concreto da **Inovação**, designadamente através da Parceria para a Inovação, potenciadora de soluções inovadoras, por sua vez potenciadoras de uma **maior qualidade das aquisições e serviços** e/ou a **preços mais competitivos**, com efeitos positivos quer para os profissionais, quer para os consumidores, quer ainda para os cidadãos em geral.
- 76.9. Pelo acolhimento da **proposta economicamente mais vantajosa**, possibilitando a integração transversal dos elementos destacados.
77. Importa salientar que há uma grande preocupação no Direito Europeu com o desenvolvimento da **contratação pública sustentável**, do ponto de vista **social, laboral e ambiental**.
- Para o efeito, as entidades adjudicantes são incentivadas, por meio de políticas específicas, a desenvolverem **contratos públicos sustentáveis**, promovendo a **inclusão de políticas sociais, geradoras de emprego, e ambientais**, fazendo surgir uma nova modalidade de contratação, que se traduz por contratos públicos potenciadores de **criação de postos de trabalho, de integração de pessoas desfavorecidas e/ou portadoras de deficiência**, e de **incorporação efetiva da dimensão ambiental**, e consequentemente de **crescimento e desenvolvimento sustentável**.
78. A contratação pública é um instrumento fundamental de atuação das entidades públicas e de afetação de recursos públicos.

As **entidades públicas**, na sua veste de **entidades adjudicantes**, têm a obrigação de exercer o seu poder de compra de forma **ética, social e ambientalmente responsável**.

Neste contexto, os **contratos públicos** não devem ser oportunidades de negócio para as entidades públicas, revelando-se, em muitos casos, ruinosos para o erário público e para os cidadãos, mas sim **instrumentos de realização de tarefas públicas**, ao serviço das mais variadas políticas públicas.

78.1. No sentido de viabilizar o cumprimento deste objetivo, o artigo 83.º da Diretiva 2014/24/UE autonomiza uma **função de governação da contratação pública** ou, na letra do n.º 2, uma função de “acompanhamento da aplicação das regras da contratação pública”.

Os **Estados-Membros devem indicar** uma ou mais autoridades, organismos ou estrutura a quem essa missão de **acompanhamento esteja confiada**.

Além de tarefas específicas⁷¹, uma dessas estruturas ou organismos deverá funcionar como ponto de contacto para a cooperação com a Comissão.

Haverá assim que encontrar, dentro do mecanismo da Administração Pública Indireta, uma **entidade que se responsabilize pelo controlo da execução dos contratos públicos**, em sintonia com os objetivos plasmados na presente Pronúncia, nos pontos **4.1 a 4.7**.

Ora, no quadro da Administração Pública, a entidade melhor posicionada para assumir esta competência é o **IMPIC**.

79. Face ao exposto, as **recomendações** efetuadas nesta Pronúncia, para os vários aspetos específicos de maior relevância para o desempenho das infraestruturas e serviços do *Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes*, visando satisfazer as necessidades de mobilidade, de pessoas e bens, e de suporte à dinamização do crescimento sustentável da economia nacional, **potenciam os efeitos positivos** da presente revisão do normativo de contratação pública para a racionalidade dos profissionais/utilizadores/utentes/consumidores/cidadãos.

II.4. Racionalidade dos Contribuintes

80. Relativamente a esta racionalidade, importa avaliar da **resiliência da sociedade e da economia face à carga fiscal** e da perceção dos cidadãos quanto às **escolhas públicas relativas à utilização do valor dos impostos**, em particular face à adequação dos serviços proporcionados, tal como são percecionados.

⁷¹ v.g., disponibilização de informação e fixação de orientações sobre a interpretação e aplicação das regras da contratação pública, com vista a auxiliar os agentes envolvidos no setor; disponibilização de apoio às autoridades adjudicantes no que respeita à planificação e execução dos procedimentos de adjudicação de contrato; identificação de violações específicas ou de problemas sistémicos na aplicação das regras da contratação pública; elaboração de relatórios sobre a aplicação prática das políticas nacionais de contratação pública.

Cabe também a um **Regulador Económico de Elevada Qualidade**, como a **AMT**, avaliar e valorar os contributos reais e/ou as potenciais **decisões** das **Entidades Adjudicantes** face à sua **atratividade** para com os **cidadãos/consumidores**.

Ora, a contratação pública é justamente um domínio onde o critério do *Best Value for Taxpayer's Money* exerce uma ressonância muito específica, sendo que quer na jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷², quer em alguma doutrina especializada⁷³, o princípio da **concorrência não falseada** é reconhecido como o melhor meio de alcançar aquele objetivo.

Todavia este paradigma competitivo não se esgota na oferta de um preço nominal mais baixo. Ser a melhor oferta para os contribuintes inclui a **internalização de todos os custos**, incluindo não só os **ambientais**, mas também os que relevam de **outras políticas**.

81. Neste caso particular importa enquadrar a relação de **dependência da contratação pública** para a construção de infraestruturas, aquisição de bens móveis e prestação de serviços de mobilidade e transportes, nas suas várias modalidades de exploração (designadamente a aquisição de bens e serviços, licenciamento ou concessão) com o **sistema de financiamento público**, independentemente da forma que tal financiamento possa revestir, considerando nesta avaliação as condicionantes dos Tratados e demais regulamentação da UE, designadamente em matéria de ajudas de Estado.
82. Os **princípios base do normativo comunitário** sobre contratação pública a transpor pelo CCP, designadamente em matéria de **simplificação de procedimentos**, com a conseqüente redução dos encargos administrativos, e de **maior eficiência** da contratação pública, acautelando os princípios da **transparência** e da **concorrência**, bem como robustecendo igualmente as medidas para prevenir conflitos de interesses, favorecimento e corrupção, inserem-se nos princípios que norteiam a prestação dos serviços de interesse económico geral, como é o caso do **transporte público de passageiros**, designadamente o **uso eficiente dos recursos públicos**, a promoção da qualidade dos serviços, o desenvolvimento equilibrado do território, a articulação intermodal e o maior equilíbrio na gestão dos serviços, constituindo igualmente um **contributo positivo para a redução da dívida pública e, conseqüentemente, da carga fiscal**.

⁷² TJCE, *Acórdão Fabricom SA / Estado Belga*, 3.mar.2005, Pág. C-21/03 e C-34/03, Par. 26

⁷³ Rui Medeiros, 2008, "âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência", in *Cadernos da Justiça Administrativa*, N.º 69

82.1. Tendo em vista este objetivo nevrálgico importa chamar a atenção para a nova redação do n.º 3 do artigo 36.º do Anteprojeto que dispõe que: *"Quando o valor do contrato for igual ou superior a 5 000 000 € e não tenha por objeto a contratação de bens ou serviços de uso corrente, a fundamentação prevista no n.º 1 deve basear-se numa avaliação do custo/benefício e deve conter, nomeadamente e quando aplicável (...)"*

Esta medida, ao exigir uma Avaliação do Custo/Benefício (ACB) poderá inviabilizar inúmeros projetos a desenvolver no Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes, especificamente no setor portuário e ferro/rodoviário, na medida em que:

82.1.1. As Entidades Adjudicantes enquadradas nestes setores promovem um elevado número de contratos cujo valor se situa acima de 5 000 000 €, definido pelo Anteprojeto;

82.1.2. A ACB assume particular relevância no contexto da macro análise de investimentos, mas não em sentido micro (uma avaliação de cada contrato de *per si*), como exige o artigo 36.º, n.º 3, do Anteprojeto;

82.1.3. A elaboração da ACB consubstancia um encargo administrativo/financeiro elevado, sendo já exigida no âmbito dos projetos cofinanciados;

82.1.4. Em situações de intervenção urgente, e uma vez que não foi contemplado nenhum cenário legal de exceção, o tempo necessário à elaboração prévia de uma ACB poderá representar um risco sério e acrescido para a segurança, por exemplo, da infraestrutura;

82.1.5. Não se encontra definido o conceito de *"bens ou serviços de uso corrente"*, única exceção à exigência em causa.

82.2. Em face do exposto, afigura-se razoável, numa ótica de *compliance* da conduta das Entidades que atuam no Ecosistema da Mobilidade e dos Transportes adstritas ao cumprimento rigoroso do CCP:

82.2.1. Aumentar o limiar de 5 000 000 €;

82.2.2. Prever um regime excecional para situações de urgência não imputáveis à Entidade Adjudicante;

82.2.3. Dispensar a exigência em apreço, nos casos em que o projeto global onde se insira o contrato já incluía a elaboração de uma ACB, a fim de evitar uma duplicação de custos, com as inerentes consequências para o erário público.

83. Neste âmbito, importa **explorar integralmente as potencialidades das Diretivas, não desperdiçando as oportunidades de crescimento sustentável** de todo o *Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes* decorrentes das **alterações** que estão **perspetivadas no panorama europeu e mundial para os próximos anos**, designadamente ao nível do desenvolvimento da Rede Transeuropeia de Transportes, alargamento do Canal do Panamá e potencialidades de negócio decorrentes da possível concretização do TTIP - Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, representando um mercado de 900 milhões de habitantes⁷⁴.

Como já referido nesta Pronúncia, o **aproveitamento das oportunidades** decorrentes do **posicionamento estratégico privilegiado do País** na região do Atlântico, requer **superar o desafio da mega concorrência** com outras regiões da fachada Atlântica Europeia, essencialmente através da consolidação de uma **rede de infraestruturas e serviços de transportes eficiente, integralmente conectada e interoperável com a RTE-T**, requerendo designadamente a concretização de um conjunto significativo de investimentos prioritários até ao final da corrente década, recorrendo a **soluções de financiamento que otimizem a utilização de recursos financeiros públicos e privados** que maximizem o *Best Value for Taxpayer's Money*.

84. Significa isto que o legislador português deve caminhar para instrumentos de **Smart Regulation**, em paralelo com os dos seus concorrentes no Espaço Económico Europeu (UE + EFTA), que permitem uma **autonomia concorrencial** dos vários operadores de infraestruturas e serviços de transporte,

⁷⁴ Perante as dúvidas e hesitações que hoje se verificam quanto à assinatura do Tratado TTIP – UE / EUA convém não enfatizar muito os 900 milhões de habitantes. Em todo o caso, há a enfatizar a assinatura que já ocorreu da assinatura do novo Tratado de Comércio UE/Canadá.

eliminando potenciais falhas de regulamentação/Estado e **reduzindo os custos de contexto**, não prejudicando a produtividade e competitividade do tecido empresarial, o que por sua vez permite **umentar a receita fiscal**, por via do **crescimento sustentado da economia**, contribuindo para a **redução da dívida pública** e, em associação, da **carga fiscal**.

85. Uma **concorrência não falseada** é a **via mais segura, eficiente e eficaz** de obter o **equilíbrio** mais próximo do patamar ideal entre o objetivo das entidades adjudicantes de **maximizar o valor das utilidades** que recolhe/recebe e os **recursos que disponibiliza a expensas do dinheiro dos contribuintes**.

Mas o paradigma de **concorrência não falseada não é um fim em si mesmo**.

Pelo contrário, está vocacionado para valores de outras políticas económicas, através dos designados na doutrina por **Domínios de Complemento**.

Na justa medida que este Anteprojeto de um novo Código CCP acolhe esta filosofia política, ele suscita o acordo e o aplauso da **AMT**.

86. Procurando chegar a um ponto conclusivo da aplicação da análise desta racionalidade no âmbito do modelo de Regulação Económica de Elevada Qualidade, importa concluir pela sua apreciação positiva.

Estão nesta linha as várias **recomendações** efetuadas ao longo da presente Pronúncia, que, ao contribuírem para potenciar o crescimento sustentado e competitividade da economia nacional, intrinsecamente ligada ao investimento, e estimulando também a prestação de um melhor serviço para a mobilidade dos cidadãos e bens, concorrem também **beneficamente** para a **perspetiva dos contribuintes**.

Todavia, e apesar deste impacte genericamente positivo, importa salientar alguns elementos em que importa prestar uma **atenção reforçada** no sentido de **otimizar os benefícios** do novo enquadramento jurídico para a contratação pública, **obviando a custos administrativos adicionais** com reflexo na **despesa pública** e, conseqüentemente, prejudiciais à presente **racionalidade dos contribuintes**, designadamente:

- 86.1. **Regulamentação explícita e clara das regras de cooperação entre entidades públicas**, com impacte direto, por exemplo, na contratualização definitiva dos serviços de transporte público de passageiros.

De facto, apesar dos contratos interadministrativos de delegação de competências estarem fora do âmbito de aplicação das Diretiva “Contratos Públicos”, o mencionado Regime Jurídico das Autarquias Locais, determina a **aplicação supletiva do CCP**, o que não poderá ser negligenciado.

86.2. A obrigatoriedade de **divisão dos contratos em lotes**, potenciando a participação das PME que, para além de estimular a concorrência, promove a **criação de emprego** e o crescimento da economia, e ainda **aumenta as probabilidades de obtenção de propostas economicamente mais vantajosas**, com **reflexos benéficos para a receita fiscal** sem aumento da respetiva carga.

No entanto, na **construção dos procedimentos de contratação por lotes**, deverão ser também **devidamente ponderados os custos administrativos** e eventuais consequências no **desempenho final** pretendido das infraestruturas, equipamentos e/ou serviços a adquirir, resultantes da **formação e gestão de contratos mais complexos**, na integração de diversos empreiteiros/fornecedores/prestadores na implementação e/ou exploração de uma mesma infraestrutura, sistema ou serviço no âmbito do *Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes*.

86.3. Adicionalmente, sugere-se a revisão do n.º 3 do artigo 36.º, que exige uma Avaliação Custo / Benefício, nos termos propostos nos pontos **82.1 a 82.2.3**, a fim de evitar eventuais duplicações de custos a cargo das entidades Adjudicantes e a consequente inviabilização dos projetos, indiretamente suportados pelos contribuintes.

III. CONCLUSÕES

87. Para além das conclusões que foram ficando sedimentadas ao longo desta Pronúncia, afigura-se-nos necessário elencar aquelas que manifestamente têm um **estatuto reforçado**, o que será feito nos pontos seguintes.
88. O **ponto central** consiste em inserir no projeto de diploma *sub judice* a ideia de que a contratação pública, para ser sustentável e poder ser instrumental dos objetivos estratégicos que, quer as instituições da UE, quer o legislador português, têm vindo a consagrar, carece de dar visibilidade a normas suscetíveis de promoverem e consolidarem um **ambiente incentivador do investimento, público e privado**.
89. Para esse efeito, a AMT considera que deve ser otimizada a minimização das **distorções da concorrência**, sejam elas **reais** ou **potenciais**, de uma forma credível em termos de **compliance**, justamente por ser este o melhor incentivo para **atrair investidores** disponíveis para **escolhas densificadoras do Valor Acrescentado** com efeitos **positivos** na **coesão económica, territorial e social de Portugal**.
90. A 4ª geração de Diretivas, em particular a Diretiva 2014/24/UE, ao preconizar a garantia da **sustentabilidade** (ambiental, social e financeira) não apenas na **formação** dos contratos públicos, mas também durante a sua **execução**, veio alargar o **leque de investidores potenciais**, reduzindo substancialmente a incerteza jurídica nas vertentes da **subcontratação** e da **capacidade das entidades adjudicantes estabelecerem condições especiais**, em tudo o que possa envolver a **execução dos contratos** em matérias que relevem de quaisquer outras políticas comunitárias.

Como é evidente, trata-se de uma **janela de oportunidade** muito importante para as **empresas ancoradas em Portugal** que têm aqui **novas oportunidades de investimento**.

91. Importa, assim, salvaguardar **que o Anteprojeto de decreto-lei que revê o CCP não conduza a um regime nacional aplicável aos contratos públicos mais restritivo do que o permitido pelas Diretivas da UE que o CCP visa transpor**, o que, a acontecer poderia ter um efeito **desincentivador do investimento, comprometendo o desenvolvimento sustentável e**

desempenho de todo o *Ecosystema da Mobilidade e dos Transportes*, e em **prejuízo** das 3 **racionalidades societais** prevalecentes na economia portuguesa (investidores, profissionais / utilizadores / utentes / consumidores / cidadãos e contribuintes).

A este propósito importa assinalar que foi essencialmente essa a **linha seguida na transposição do presente pacote de Diretivas por outros Estados-Membros**, como por exemplo o Reino Unido, França, Itália e Alemanha.

92. Igualmente deve ser mantida a **possibilidade**, com o enquadramento do n.º 2 do artigo 280.º do CCP, da **regulação, por via de lei especial, ao nível setorial**, em **particular** da matéria aplicável aos **contratos de concessão**.

93. Detalhando um pouco mais, considera-se **essencial**:

93.1. Alterar o artigo 410.º do CCP, no sentido da **não** fixação de qualquer prazo supletivo e regular de modo mais explícito as condições de **prorrogação do contrato de concessão**, sendo apresentado no ponto 46 desta Pronúncia uma proposta de redação para o efeito.

93.2. Dar nova redação ao artigo 420.º-A do CCP, transpondo *ipsis verbis* o leque de **possibilidades de modificação contratual previstas na Diretiva 2014/23/UE**, garantindo-se, por esta via, que a norma do CCP nunca será mais restritiva do que a Diretiva.

Em paralelo, **integrar**, no conjunto de disposições que regem as **modificações contratuais no CCP**, o leque de **possibilidades** previstas pela **Diretiva 2014/25/UE**, para as **entidades que operam no setor dos transportes**.

93.3. Relativamente à **divisão dos contratos em lotes**:

93.3.1. **Incentivar** as entidades adjudicantes a dividir os contratos em lotes, em conformidade com os critérios da nova legislação, permitindo a adjudicação a **PME**.

93.3.2. **Construir** as peças dos procedimentos loteados com a **segurança jurídica adequada quanto às concretas regras aplicáveis aos**

lotes, com vista a **evitar conflitos de interesses** entre a prossecução do interesse público subjacente à **opção de divisão em lotes como meio de fomento do acesso das PME ao mercado público** e a prossecução do interesse público subjacente à **adjudicação à proposta economicamente mais vantajosa**;

93.3.3. Ponderar os custos administrativos e suas eventuais consequências no **desempenho final**, resultantes da **formação e gestão de contratos mais complexos**, integrando **diversos intervenientes** na implementação e/ou exploração de **uma mesma infraestrutura, sistema ou serviço**.

93.3.4. O conceito de PME deve ser o mesmo para todos os Estados-Membros, na base do direito comunitário aplicável.

93.4. Clarificar as regras para as relações “in house”, cuja **transposição impacta diretamente na contratualização definitiva dos serviços de transporte público de passageiros**, **obviando** à existência de **regras ambíguas, desincentivadoras do investimento, por falta de segurança jurídica** e, em consequência, motivadoras de **litigância** tendente a dirimir interesses conflitantes.

93.5. Flexibilizar os requisitos de preenchimento cumulativos constantes da **alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º-A** do Anteprojeto, a fim de **permitir** a sua adoção por parte de um **leque mais abrangente de entidades públicas**, como sejam as **Autoridades Públicas de Transportes e os Operadores de Serviço Público**, **sem excluir qualquer franja dos contratos interadministrativos** que possam vir a ser **substantivados entre as autarquias municipais e intermunicipais**, favorecendo a entrada no mercado de PME e, em simultâneo, alavancando o **objetivo de coesão territorial prosseguido pela AMT**.

93.6. Ter em atenção desempenhos anteriores, devendo considerar, na avaliação das propostas, o **custo total do ciclo de vida dos produtos**, face às vantagens financeiras e económicas que propiciam a longo prazo.

93.7. Valorizar, nessa mesma linha, as propostas inovadoras, designadamente no contexto do novo procedimento concorrencial **“Parceria para a Inovação”**, permitindo também um melhor

aproveitamento pelas **empresas portuguesas** do **Horizonte 2020** e progredir de forma mais sustentada para a construção de **uma sociedade hipocarbónica**, desenvolvimento das **Cidades Inteligentes** e uma **mobilidade** cada vez mais **sustentável** de pessoas e bens.

93.8. Privilegiar como critério regra de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, integrando fatores de valorização dos diversos aspetos de política social e laboral e de sustentabilidade ambiental, visando nomeadamente o combate a potenciais situações de *dumping* social e ambiental.

93.9. Rever o n.º 3 do artigo 36.º do Anteprojeto do novo CCP (relativo à necessidade de uma *avaliação do custo/benefício* (ACB)), a fim de evitar eventuais **duplicações de custos a cargo das entidades adjudicantes, decorrentes da inviabilização dos projetos, **indiretamente suportados pelos contribuintes**, nos seguintes termos:**

93.9.1. Aumentar o limiar de 5 000 000 €, tendo em conta que as entidades adjudicantes enquadradas no *Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes* promovem um elevado número de contratos com valores superiores.

93.9.2. Prever um regime excepcional para situações de urgência não imputáveis à Entidade Adjudicante.

93.9.3. Dispensar a exigência em apreço, nos casos em que o **projeto global em que o contrato se insere já inclua a elaboração de uma ACB**, a fim de evitar uma duplicação de custos, decorrente da inviabilização dos projetos, com as inerentes consequências para o erário público.

94. Antes de finalizar, considera-se indispensável tecer ainda algumas conclusões mais gerais.

A primeira consiste em sublinhar que, de todo este exercício, parece inquestionável que a **transposição das Diretivas de 2014** abre aos ordenamentos jurídicos nacionais significativas janelas de oportunidade para uma **verdadeira mudança qualitativa nos regimes da contratação pública**, através da introdução de **novos procedimentos pré-contratuais** (parcerias para a inovação), **novos critérios de adjudicação**, **novas regras para as**

concessões, medidas de **proteção das PME**, todos girando em torno da busca de regimes jurídicos amigos de uma **contratação pública financeira, ambiental e socialmente sustentável**, obrigando do ponto de vista nacional, a **repensar a moldura legal da contratação pública**, com evidentes **repercussões** sobre os **conteúdos substantivos no âmbito do modelo de Regulação Económica de Elevada Qualidade**.

95. Em linha com o referido no ponto anterior, há que adotar a seguinte conclusão de natureza estritamente operacional.

Para garantir que os objetivos do presente projeto do novo código de contratação pública são plenamente atingidos torna-se imperativo **reconhecer ao IMPIC** uma **centralidade** singular para o **bom controlo**, em **tempo útil**, e, segundo o **modo mais eficiente**, e **acompanhamento** do detalhe dos contratos públicos que venham a ser celebrados.

Como é evidente **a AMT está disponível para cooperar com o IMPIC**, em tudo quanto se vier a revelar pertinente no âmbito da contratação pública relativa ao ecossistema da mobilidade e dos transportes.

Lisboa, em 21 de outubro de 2016

O Presidente do Conselho de Administração

João Carvalho