

 <p>REPÚBLICA PORTUGUESA JUSTIÇA</p>	ORIENTAÇÃO TÉCNICA N.º 4	DATA 03/09/2020
Ministério da Justiça Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais	Direção de Serviços de Contratação Pública e Gestão Patrimonial Divisão de Contratação Pública	
TÍTULO	Ajuste Direto e o Princípio da Concorrência	

Resumo

[Princípio da concorrência; Ajuste direto; Consulta preliminar]

Legislação aplicável

Código dos Contratos Públicos (CCP) e Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, com a última atualização (Resolução da AR n.º 16/2020, de 19 de março).

Orientações

I. Enquadramento

O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto¹, introduziu no Código dos Contratos Públicos (CCP) um conjunto de alterações destinadas a simplificar, desburocratizar e flexibilizar os procedimentos de formação dos contratos públicos². Dentro do elenco das medidas aprovadas, destaca-se a consagração de um novo conceito de ajuste direto, que passou a ser definido como, “o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha”³.

Nos moldes agora definidos, o ajuste direto adquiriu um caráter ainda mais restritivo da concorrência.

¹ Procedeu à nona alteração do CCP e à sua republicação, tendo entrado em vigor a 1 de janeiro de 2018 (Cf. artigo 13.º).

² Cf. preâmbulo do diploma (4.º parágrafo)

³ Contrariamente ao conceito anterior em que o ajuste direto podia ser feito com convite a uma ou mais entidades

Sucedem, porém, que a salvaguarda da concorrência representa um elemento fundamental de toda a contratação pública, sendo o princípio da concorrência um princípio basilar, estruturante e transversal à disciplina legal da contratação pública.

É neste quadro, de uma contratação pública aberta à concorrência, que se questiona em que medida é possível conciliar um procedimento aquisitivo circunscrito a uma única entidade com o princípio da concorrência.

A orientação técnica que ora se divulga, procura dar resposta à questão colocada, fixando um conjunto de diretrizes a seguir pelos serviços, por forma a assegurarem o princípio da concorrência aquando da realização de um procedimento de ajuste direto.

II. Princípio da concorrência

O respeito pelo princípio da concorrência na formação e execução dos contratos públicos encontra-se expressamente contemplado no n.º 1 do artigo 1.º-A do CCP, desempenhando este princípio uma dupla função, conforme decorre do n.º 3 do preceito:

- a) Assegurar que as entidades adjudicantes se abstêm de praticar atos suscetíveis de distorcer a concorrência;
- b) Garantir a igualdade no tratamento dos operadores económicos.

Nos termos estabelecidos, o princípio da concorrência assume a expressão de igualdade concorrencial, procurando, por um lado, impelir as entidades adjudicantes a adotar procedimentos abertos ao maior número de operadores económicos possível (igualdade de acesso) e obrigando-as, por outro, a tratar de forma igual todos os seus participantes (igualdade de tratamento). Este princípio é especialmente aplicável à contratação pública e transversal a todos os procedimentos⁴.

III. Ajuste direto

O ajuste direto é o procedimento em que *“a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta”* (Cf. n.º 2, do artigo 112.º do CCP).

⁴ Cf. n.º 3, do artigo 3.º do CCP

Trata-se, portanto, de um procedimento circunscrito à participação de uma única entidade - a entidade convidada -, característica que o afasta dos procedimentos abertos à concorrência.

Nestes termos, a escolha do ajuste direto, ainda que dentro dos valores estabelecidos no CCP⁵⁶, deve ser tomada com alguma precaução, devendo promover-se, na medida do possível, a sua abertura à concorrência.

Ora, no ajuste direto, o único momento suscetível da entidade adjudicante adotar práticas concorrenciais é na preparação do procedimento, em sede de consulta preliminar ao mercado.

Dispõe, então, o artigo 35.º-A do CCP, que “[a]ntes da abertura de um procedimento de formação do contrato público, a entidade adjudicante pode realizar consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação [...]”.

Esta figura foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, e tem por finalidade permitir à entidade adjudicante realizar, aquando do planeamento do procedimento, um conjunto de consultas aos agentes económicos que a dotem dos elementos necessários à tomada de decisão de contratar e à conformação dos elementos envolvidos no procedimento contratual destinado à contratação pretendida.

Deste modo, quer por forma a cumprir o desígnio a que se destina, quer por forma a acautelar a concorrência, antes de promoverem a abertura do procedimento, os serviços deverão proceder à consulta preliminar ao mercado. Esta consulta deverá ser o mais ampla possível⁷, procedendo-se, sempre, à consulta de mais que uma entidade⁸.

⁵ Cf. artigos 19.º a 22.º do CCP

⁶ Excluem-se da análise a escolha do procedimento em função de critérios materiais

⁷ Apela-se aqui, à aplicação dos parâmetros ditados pelos princípios de economia, eficiência e eficácia, não devendo os custos incorridos na consulta preliminar serem superiores aos “benefícios” retirados da mesma.

⁸ Recomendamos a consulta a um mínimo de 3 (três) agentes económicos.

Na sua realização, os serviços deverão especificar as características do bem ou serviço que pretendem adquirir, por forma a que resulte claro quais entidades estão aptas a fornecer o bem ou a prestar o serviço nos moldes pretendidos.

É, também, com base na consulta efetuada, que os serviços deverão fixar o preço-base e valor do contrato a celebrar, os quais se deverão aproximar do valor de mercado do bem ou serviço pretendido.

Finda a realização da consulta preliminar, o serviço deverá verter os elementos recolhidos na informação que sustentará a decisão de contratar e a escolha do procedimento, devendo explicitar de forma clara e inequívoca, os fundamentos em que se baseou a escolha da entidade convidada (características do produto/ serviço, competitividade do preço, prazo de entrega/ realização do serviço, etc.).

Decorre, então, do exposto que a compatibilidade entre o procedimento do ajuste direto e o princípio da concorrência resulta de um plano mais abrangente e sistemático que assenta no próprio regime atual da contratação pública, que prevê figuras como a consulta preliminar ao mercado que permite que as entidades adjudicantes obtenham um conjunto de informações pertinentes em sede de preparação do procedimento, através da auscultação criteriosa dos agentes económicos que operam no setor de atividade em que se insere o objeto do contrato a celebrar, com o intuito de alcançar as melhores soluções no quadro da concorrência possível.

E essas soluções foram alcançadas, como vimos, através de práticas e políticas concorrenciais extraprocedimentais!

A divisão de contratação pública está disponível para qualquer esclarecimento adicional sobre este tema através do seguinte endereço de correio eletrónico: dcp@dgrsp.mj.pt.