

A falta de virtudes da contratação pública sem concorrência

Pedro Costa Gonçalves
Professor da Faculdade
de Direito da Universidade
de Coimbra.
Advogado ML



Desde há muitos anos, em organizações internacionais – como a Organização Mundial do Comércio ou a OCDE –, na União Europeia e em Portugal, tem sido assinalado como indiscutível o valor da *abertura à concorrência* dos procedimentos de compras públicas. De uma forma inequívoca, a regulamentação legal incorporou esse valor e, por todo o lado, instituiu a regra segundo a qual a participação em procedimentos de contratação pública deve ser acessível a qualquer empresa localizada no mercado de referência que esteja interessada em participar, pela apresentação de uma proposta: dependendo de fatores que não interessa considerar agora, no caso de compras públicas efetuadas pela Administração Pública portuguesa, o “mercado de referência” poderá ser o do território nacional, o dos 27 Estados-Membros da UE ou o dos subscritores do *Acordo sobre os Contratos Públicos* da OMC. Na medida em que se encontra vinculada pelo direito da UE ou por este *Acordo*, a lei nacional tem de respeitar o valor da concorrência e, salvo casos muitos excecionais, a entidade pública interessada tem de publicitar, pelos canais próprios, as suas pretensões de aquisição de bens e de produtos, pelo que *qualquer empresa* localizada nos mercados de referência fica em condição jurídica de responder ao “apelo” e de participar no procedimento de contratação em causa. Na sequência, e como se compreende, a entidade pública tem de escolher a melhor proposta, segundo os critérios predefinidos, estabelecidos nos termos da lei.

No plano internacional e no do

relacionamento entre vários Estados que participam num mercado integrado, a abertura das compras públicas à concorrência é, por si mesma, um fator de aceleração da integração económica e exprime a exigência, estabelecida na regulamentação, de que as entidades públicas tratem as empresas de acordo com os princípios da igualdade e da não discriminação em razão da nacionalidade. Neste âmbito, em que se aplicam as regulamentações internacionais ou da UE, são muitíssimo restritas as exceções à abertura da contratação pública à concorrência: em geral, as exceções vigoram em circunstâncias muito particulares, como a urgência imperiosa da contratação ou a existência de direitos exclusivos relativos aos bens ou serviços que se pretende

soberania legislativa nacional, que se abre a porta a uma desconsideração eventual do valor da concorrência e se permite a *contratação pública sem concorrência*; ou seja, a *contratação pública dos ajustes diretos*, em que nos procedimentos só pode participar quem receba “convite” da entidade pública adquirente.

Deve dizer-se, porém, que, desde a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (2008), nunca a lei nacional teve a ousadia de generalizar a possibilidade de acesso não concorrencial para todos os procedimentos de contratação abaixo dos limiares europeus: a exceção à regra dos procedimentos abertos à concorrência sempre existiu, mas dentro de limites definidos por um valor muito abaixo dos limiares europeus. Além

Os valores da abertura à concorrência e da garantia da igualdade de oportunidades na contratação pública são levados a sério

adquirir. Assim, os valores da abertura à concorrência e da garantia da igualdade de oportunidades na contratação pública são levados a sério, e a sua desconsideração só se aceita em casos excecionais, em que a concorrência não é possível ou em que a sua observância inviabilizaria a realização de outros valores fundamentais.

Porém, o mercado de referência das compras públicas poderá ser apenas nacional: é isto que se verifica em relação às compras de produtos e serviços que não atingem os chamados limiares de aplicação do direito da União Europeia. Abaixo desses limiares europeus, a lei nacional não se confronta com vinculações externas estritas e taxativas, e goza, por isso mesmo, de maior liberdade de regulamentação. É assim, neste espaço da

disso, a lei também teve o cuidado de limitar a prática de repetição sucessiva de convites à mesma empresa. Compreende-se bem a opção legal de restringir ou limitar o acesso ao ajuste direto (com convite a uma empresa ou a várias): este é um procedimento que despreza abertamente os valores da concorrência e do tratamento igualitário e não discriminatório das empresas. E isto é precisamente assim porque o acesso ao procedimento deixa de depender da decisão da empresa de apresentar uma proposta, e passa a depender exclusivamente da decisão da entidade pública em enviar um convite para aquele efeito. Trata-se, pois, de um procedimento que viola desabridamente o valor da abertura à concorrência e, com isso, o dever de a Administração Pública

tratar de uma forma justa, imparcial e igualitária todas as empresas.

Mas se isso é assim, interessa então desvendar as razões que justificam a possibilidade legal de recurso aos ajustes diretos. Pois bem, a resposta encontra-se, em regra, numa consideração do baixo valor dos contratos abrangidos, que, por essa razão, não justifica o formalismo de um procedimento aberto à concorrência, e autoriza, portanto, uma solução informal, mais simples, menos burocrática e mais rápida. Para credibilizar a sua opção, a lei cuidou, porém, de delinear o já aludido regime que proíbe ajustes diretos sucessivos à mesma empresa; cuidou ainda de definir condições específicas de publicitação e de fazer depender a eficácia dos contratos adjudicados do cumprimento dessas condições. E é assim que, desde 2008 até agora, o regime e a delimitação do âmbito do ajuste direto vêm sendo perçecionados como razoáveis: embora se trate de um procedimento que envolve o desrespeito frontal da concorrência, o ajuste direto só se revela possível em casos excepcionais (previstos na regulamentação europeia) ou para contratos de baixo valor, impondo-se sempre uma regra de proibição de ajustes diretos sucessivos.

Esse tem sido o estado da arte. Até que, subitamente, no ano de 2020, o Governo descobriu novas *virtudes* dos ajustes diretos e apresentou à Assembleia da República uma proposta de lei com a previsão das designadas medidas especiais de contratação pública: após alguns retoques, as conivências partidárias juntaram-se para aprovar, no Parlamento, um decreto que que, em vários domínios (contratação que mobiliza fundos europeus ou relativa a operações e investimentos vários), generalizou os ajustes diretos (com convite a várias empresas) para contratos cujo valor se situe abaixo dos limiares europeus ou no caso de empreitadas abaixo de 750 mil euros. Trata-se de uma solução que afronta o princípio da concorrência e da igualdade das empresas, sem justificação e que, de forma grosseiramente grave e desavergonha-



O veto presidencial descobre uns detalhes de imperfeição numa tão inútil quão absurda Comissão Independente de Acompanhamento das medidas especiais de contratação pública

da, promove a eliminação da restrição aos ajustes diretos sucessivos. O veto presidencial a esse decreto poderia ter sido uma boa notícia. Mas infelizmente não foi nada disso: em vez de denunciar a violação do princípio da concorrência, com a generalização dos ajustes diretos e com a eliminação dos limites aos ajustes diretos sucessivos, em vez de se demarcar de um diploma que abre a porta à adjudicação de contratos em circuito fechado, às empresas que estão nos radares dos convites, em vez disso, o veto presidencial descobre uns detalhes de imperfeição numa tão inútil quão absurda Comissão Independente de Acompanhamento das medidas especiais de contratação pública. Estão assim criadas as condições para a Assembleia da República voltar ao decreto e aprová-lo com as condicionantes do veto presidencial. Então, nesse momento, tudo ficará em paz! Teremos, a partir daí, uma lei impen-sável, que autoriza a Administração Pública a contratar com quem lhe apetece, em vez de a obrigar contratar com quem lhe apresenta melhores propostas.

É lamentável que tantos atores políticos, que se dizem preocupados com a corrupção na contratação pública, se tenham recusado, teimosamente, a querer perceber que o *problema da contratação pública sem concorrência é a falta de concorrência* e que não há virtude possível na solução legal de permitir o desrespeito do direito das empresas a serem tratadas de forma igual e não discriminatória pelos poderes públicos.

Uma observação final, ainda, para aludir a um ponto extraordinário da regulamentação aprovada na Assembleia da República; mais um ponto que, não tendo merecido reparo no veto presidencial, vai, com certeza, voltar com força de lei: refiro-me ao facto de o decreto atribuir a um membro do Governo competência para, em vez das regras gerais do Código dos Contratos Públicos (que envolvem o respeito pela abertura à concorrência), *despachar* no sentido da aplicação das medidas especiais de violação da concorrência. Como foi possível o legislador do nosso Estado de direito ter chegado a este absurdo?