

O (NOVO) REGIME DA DIVISÃO (ARTIFICIOSA) DE CONTRATOS EM LOTES SEPARADOS, CONSTANTE DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

JOÃO DIOGO STOFFEL
Advogado (*)

O (novo) regime da divisão (artificiosa) de contratos em lotes separados, constante do código dos contratos públicos

Excepto quando são aplicáveis critérios materiais específicos, os órgãos decisores das entidades adjudicantes, na escolha do procedimento pré-contratual adequado às necessidades das suas compras públicas, estão condicionados pelo valor do contrato a celebrar. Com efeito, para contratos de pequena monta, a lei permite a utilização de procedimentos de ajuste directo. Já para contratos acima de um determinado valor, apenas são admitidos procedimentos com publicidade e apelo à concorrência de mercado, sendo que acima de um montante tido como de interesse para o mercado interno da União Europeia, o lançamento de um procedimento pré-contratual carece de publicidade internacional no Jornal Oficial da União Europeia. Neste artigo, o autor procura reflectir sobre a problemática da divisão (artificiosa) de contratos em lotes separados levada a cabo pelos órgãos decisores das entidades adjudicantes com vista a furtarem-se à aplicação das regras da escolha do procedimento em função do valor do contrato, dedicando especial atenção à valoração e concretização de conceitos vagos e indeterminados constantes do (novo) regime previsto no artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos e à sua articulação sistemática com o restante Código.

The (new) regime of (artificial) splitting of contracts in separate lots, foreseen in the portuguese public contracts' code

Except when material criteria are applicable, the selection, by the competent bodies of the awarding entities, of public tendering procedures adequate to their necessities is limited by the value of the contracts to be concluded. In fact, concerning low value contracts, the Portuguese law allows the selection of direct awarding procedures (ajuste directo). However, regarding contracts with values higher than certain thresholds, only publicised tendering procedures open to market competition are legally allowed. Furthermore, above certain thresholds considered to be of interest to the European Union internal market, the launching of a public tendering procedure requires international publicity in the European Union Official Journal. In this article, the author reflects on the subject of artificial splitting of contracts carried out by the bodies of awarding entities in order to avoid compliance with the binding rules of selection of tendering procedures according to the criteria of the value of the contract. Special attention is given to the assessment and determination of the vague and indeterminate concepts established in the (new) regime foreseen in article 22 of the Portuguese Public Contracts Code and its relation to the remaining sections of the Code.

1 · INTRODUÇÃO

Considere-se a seguinte situação: uma empresa pública, sujeita ao âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos¹ (doravante, «CCP»), decide lançar um programa de modernização de vários edifícios públicos localizados na área metropolitana de Lisboa e, para tal, decide contratar, em simultâneo, diversos empreiteiros através de distintos procedimentos de ajuste directo². Será válida a decisão de dividir este programa em vários contratos, de valor reduzido, um por edifício ou um por tipologia de trabalho, e, conseqüentemente, será válida a decisão de seleccionar vários empreiteiros através

de procedimentos de ajuste directo? No caso de o valor total do referido programa de modernização de edifícios superar o limiar de aplicação das directivas da União Europeia sobre contratação pública, será ainda válida a decisão de escolha de um procedimento pré-contratual não concorrencial sem publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia (doravante, «JOUE»), em resultado da enunciada divisão?

Como é possível observar pela situação acima apresentada, o tema da divisão (artificiosa) de contratos em vários lotes, hoje tratado no ordenamento jurídico português no artigo 22.º (*Divisão em lotes*) do CCP, levanta múltiplas interrogações sistemáticas, particularmente complexas quando confrontamos o enunciado artigo com as regras de escolha do procedimento pré-contratual em função do valor do contrato.

Não tendo sido substancialmente estudado pela doutrina portuguesa nem tão pouco abordado com relevância pelos nossos tribunais, e considerando, por outro lado, que o artigo 22.º do CCP é uma disposição de interpretação especialmente complexa que carece de um esforço de concretização, deci-

* Advogado do Departamento de Direito Público da Uría Menéndez - Proença de Carvalho (Lisboa).

¹ Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

² A situação é apresentada no pressuposto de que o valor de cada empreitada é inferior ao limite máximo para a escolha do procedimento de ajuste directo em função do critério do valor do contrato, nos termos do disposto no artigo 17.º e seguintes do CCP, e de que não estão em causa critérios materiais de ajuste directo, nos termos do disposto no artigo 23.º e seguintes do CCP.

dimos reflectir sobre o enunciado tema da divisão de contratos em lotes separados, procurando dar resposta às várias questões que se colocam na interpretação do referido artigo, com especial enfoque na valoração e concretização de conceitos jurídicos indeterminados aí previstos e na sua articulação com o regime da escolha do procedimento pré-contratual em função do valor do contrato.

2 · EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS DA DIVISÃO EM LOTES

A problemática da divisão em lotes, no Direito da União Europeia, remonta ao n.º 2 do artigo 7.º da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971³, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas. A referida disposição, de natureza proibitiva, pretendia acautelar que, por meio de uma divisão artificial de um projecto de empreitada em múltiplos lotes, as entidades adjudicantes se furtassem à aplicação das regras previstas na Directiva —em especial, a obrigatoriedade de publicidade internacional dos contratos—, já que esta apenas se aplicava a contratos acima de um determinado valor⁴.

Posteriormente, a Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos de fornecimento de direito público, acrescentou à mera proibição de divisão artificial de contratos

em lotes separados uma disposição de concretização objectiva (o n.º 3 do artigo 5.º⁵) que previa a obrigatoriedade de consideração de todos os lotes —num projecto de aquisição de fornecimentos homogéneos— para efeitos de cálculo do valor do fornecimento. Com esta disposição, o legislador comunitário veio não só tornar mais claro o regime então em vigor como também reconhecer que a divisão de contratos em lotes separados —desde que cumpridas as regras de publicidade, quando aplicáveis, e, nessa medida, garantido o convite à concorrência de mercado—, constitui uma legítima opção das entidades adjudicantes, já que a sua utilização pode ter por fundamento a própria promoção da concorrência, o favorecimento de pequenas e médias empresas, o favorecimento de empresas regionais ou locais⁶ ou a própria racionalidade ou exequibilidade de um projecto^{7 e 8}.

5 O artigo 5.º da Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976 dispõe o seguinte:

«Artigo 5.º

1. a) Os títulos II, III e IV bem como o artigo 6.º são aplicados de acordo com o preceituado no artigo 4.º, aos contratos de fornecimento de direito público cujo montante estimado líquido do IVA é igual ou ultrapasse 200.000 unidades de conta europeias; (...)

3. Quando uma projectada aquisição de fornecimentos homogéneos puder levar a que sejam adjudicados, simultaneamente, fornecimentos por lotes separados, o valor estimado da totalidade desses lotes deve ser tomado como base para a aplicação do n.º 1.

4. Nenhum projecto de aquisição de uma certa quantidade a fornecer pode ser cindido tendo em vista subtraí-la à aplicação do presente artigo».

6 Considere-se o seguinte exemplo: o Estado Português lança um programa de reabilitação de edifícios públicos do seu domínio privado. Se na configuração do programa o Estado decidir contratar apenas uma entidade, estará a favorecer exclusivamente grandes empresas, pois apenas estas terão a dimensão e a capacidade técnica e financeira para suportar várias obras a decorrer em simultâneo, espalhadas por diversos pontos do país. Já se o Estado dividir a empreitada por lotes, um por cada imóvel ou por regiões, estará a possibilitar a participação de empresas locais ou regionais, de menor dimensão, permitindo assim uma melhor repartição dos benefícios económicos da sua despesa.

7 Em determinados projectos de infra-estruturas de grande complexidade que envolvem, normalmente, fortes componentes tecnológicas e grande capacidade de investimento e absorção de risco pelos operadores privados, a divisão em lotes pode ser a única forma de a entidade adjudicante despertar o interesse do mercado, já que o fraccionamento pode ajudar a mitigar os riscos dos projectos.

8 O *Code des Marchés Publics* prevê, no seu artigo 10.º (*L'Allotissement*), uma disposição específica a habilitar as entidades adjudicantes a determinarem livremente o número de lotes num projecto de compras públicas, afim de suscitar maior concorrência de mercado. Vide, com anotações específicas ao artigo 10.º, LLORENZ, François, e SOLER-COUTEAUX, Pierre: *Code des Marchés Publics*. Litec, 2010. Vide, igualmente em anotação ao artigo 10.º, MÉNÉMÉNIS, Alain: *Code des Marchés et autres contracts*. Dalloz, 2010.

3 O artigo 7.º da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971 refere o seguinte:

«Artigo 7.º

1. As disposições dos títulos II, III e IV bem como as do artigo 9.º são aplicáveis, nas condições previstas no artigo 5.º, aos contratos de empreitada de obras públicas cujo montante previsto atinja ou exceda 1.000.000 de unidades de conta.

2. Nenhuma empreitada pode ser dividida com vista a subtraí-la à aplicação do presente artigo».

4 A Directiva 70/32/CEE da Comissão, de 17 de Dezembro de 1969, relativa aos fornecimentos de produtos aos Estados, colectividades territoriais e outras pessoas colectivas de direito público (considerada como a primeira directiva sobre contratação pública) e, posteriormente, a Directiva 71/304/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão de restrições à livre prestação de serviços no domínio dos contratos de empreitada de obras públicas e à adjudicação de empreitadas de obras públicas por intermédio de agências ou sucursais, não continham regras procedimentais ou de publicidade comunitária obrigatória mas, tão só, normas que visavam abolir as restrições discriminatórias em razão da nacionalidade existentes a nível legal, administrativo ou regulamentar nos Estados Membros. Não existindo um limiar de aplicação definido pelo valor do contrato, não era assim necessária qualquer norma relativa à divisão em lotes.

Por fim, foi com a Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Junho —que procedeu à alteração da referida Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971—, que se delineou a arquitectura do regime da divisão em lotes que perdurou até aos dias de hoje —constando ainda das Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (doravante, «Directiva 2004/17/CE» e «Directiva 2004/18/CE»), respectivamente, nos artigos 17.º e 9.º.

A Directiva 89/440/CEE, revogando o referido artigo 7.º da Directiva 71/305/CEE e aditando um artigo 4.ºA⁹, veio não só estabelecer a proibição da divisão fraudulenta e a obrigatoriedade da consideração de todos os lotes para efeito de cálculo do valor da empreitada, nos termos das referidas Directivas 71/305/CEE e 77/62/CEE, como, também, introduzir um elemento de flexibilização. As entidades adjudicantes passaram assim a estar dispensadas de aplicar a Directiva relativamente a vinte por cento do total dos lotes respeitantes ao mesmo projecto de empreitada, desde que o valor de cada lote calculado sem IVA, dentro dos referidos vinte por cento, fosse inferior a um milhão de ecus¹⁰.

Poderá então concluir-se que, a nível da União Europeia, o regime jurídico da divisão em lotes resulta, do ponto de vista prático, da necessidade de garantir a aplicabilidade das próprias directivas sobre contratação pública. Já do ponto de vista dos princípios, tal regime, ao assegurar a publicidade internacional no JOUE para contratos acima de

determinado valor, procura salvaguardar as liberdades de prestação de serviços e estabelecimento e, simultaneamente, o princípio da não discriminação entre proponentes de diferentes Estados-Membros. Conclui-se também que, consciente da limitação provocada aos Estados-Membros com esta opção, o legislador comunitário permitiu alguma flexibilidade dentro do instituto da divisão em lotes.

Já no direito nacional, não diferindo muito quanto aos princípios que visa salvaguardar, a norma da divisão em lotes surgiu, do ponto de vista prático, associada aos regimes da escolha de procedimentos contratuais em função do critério do valor do contrato¹¹ e ao regime de autorização de despesa pública¹².

No que diz respeito à transposição para a ordem jurídica portuguesa do *supra* mencionado regime da União Europeia de divisão em lotes, esta ocorreu, primeiramente, com o Decreto-lei n.º 396/90, de 11 de Dezembro, respeitante às empreitadas de obras públicas, e consistiu numa mera transposição literal do referido artigo 4.º-A da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971. Já quanto aos fornecimentos e aquisições de serviços, a transposição só veio a ocorrer com o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março.

Em síntese, poderíamos dizer que o regime da divisão em lotes, hoje disposto no artigo 22.º do CCP, resulta da transposição de normas das Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE e do esforço de codificação do legislador português, nomeadamente, na unificação dos vários regimes de empreitada de obras públicas, de fornecimentos e de prestação de serviços, e visa, por um lado, assegurar a aplicabilidade das directivas da União Europeia, promovendo a publicidade internacional dos contratos e, nessa medida, a transparência e as liberdades de prestação de serviços e de estabelecimento no mercado único de compras públicas, e, por outro lado,

⁹ O artigo 4.º-A, introduzido na redacção da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971 pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Junho, refere o seguinte:

«Artigo 4.ºA

1. O disposto na presente directiva é aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas cujo montante, calculado sem IVA, seja igual ou superior a 5.000.000 de ecus. (...)

3. Quando uma obra se encontrar dividida em vários lotes, sendo cada um deles objecto de um contrato, o valor de cada lote deverá ser tido em consideração na avaliação do montante referido no n.º 1. Quando o valor cumulativo dos lotes igualar ou ultrapassar o montante indicado no n.º 1, o disposto nesse número aplica-se a todos os lotes. As entidades adjudicantes podem derrogar a aplicação do n.º 1 para os lotes cujo valor calculado sem IVA seja inferior a 1.000.000 de ecus, desde que o montante cumulativo desses lotes não exceda 20% do valor cumulativo dos lotes.

4. As obras e os contratos não podem ser divididos no propósito de os subtrair à aplicação dos números precedentes (...).

¹⁰ Este elemento de flexibilização só poderá traduzir, quanto a nós, uma válvula de escape criada pelo legislador da União Europeia para os Estados Membros favorecerem as suas empresas nacionais ou locais.

¹¹ Cfr. os artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 48 234, de 31 de Janeiro de 1968, os artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de Julho, o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março, os artigos 80.º e 81.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e o artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

¹² Os sucessivos regimes de realização de despesa pública (Decreto-Lei n.º 41 375, de 19 de Novembro de 1957, Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de Junho, o Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho) sempre previram o princípio do não fraccionamento ou da unidade da despesa. A propósito do princípio do não fraccionamento ou da unidade da despesa, vide o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 03-11-2005, Processo 01377/03.

assegurar o cumprimento do princípio da unidade da despesa pública e das regras internas da escolha do procedimento em função do valor do contrato.

3 · DIVISÃO EM LOTES NO CCP

3.1 · Do princípio subjacente à norma da divisão em lotes

O princípio subjacente ao artigo 22.º do CCP determina que na presença de vários lotes susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato deverá aplicar-se a cada um o procedimento que —pelas regras da escolha do procedimento em função do valor— resultar da soma do valor de todos os lotes¹³. Assim, cabe, antes de mais, compreender em que circunstâncias vários lotes são susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato para podermos então determinar a amplitude do somatório que nos levará à escolha do procedimento legalmente possível face à pretensão contratual da entidade adjudicante.

Dada a complexidade que envolve a interpretação do artigo 22.º do CCP, tendo por base uma interpretação conforme¹⁴ às Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, «TJUE»), procuraremos de seguida, com a objectividade possível, valorar e concretizar os conceitos indeterminados constantes do referido artigo¹⁵.

3.2 · Dos elementos interpretativos objectivos do n.º 1 do artigo 22.º do CCP

Como ponto prévio, refira-se que estão excluídos do escopo do artigo 22.º do CCP todos os lotes que sejam susceptíveis de ser adjudicados no âmbito de um procedimento escolhido em função de critérios

materiais. Atendendo ao que acima se referiu quanto aos fundamentos do regime da divisão em lotes, a *ratio* do artigo 22.º do CCP fica esvaziada se na base da escolha do procedimento estiver um critério material. De resto, é já a solução que resulta do disposto no próprio artigo 18.º do CCP ao sobrepor os critérios materiais de escolha de procedimentos pré-contratuais ao critério do valor do contrato.

Analiseemos então os dois conceitos vagos e indeterminados fundamentais deixados pelo legislador interno no artigo 22.º do CCP¹⁶:

- (i) «prestações do mesmo tipo»; e
- (ii) «susceptíveis de serem objecto de um único contrato».

Desde logo, cabe concretizar o que se entende por «prestações do mesmo tipo». A correcta interpretação, quanto a nós, é a que determina o conceito «prestações do mesmo tipo» por referência ao tipo-contratual. Se, ao invés, se atender à natureza concreta das prestações dentro do tipo contratual —numa interpretação meramente literal do n.º 1 do artigo 22.º do CCP—, estaremos a incorrer numa interpretação desconforme às Directivas, senão vejamos.

O n.º 5 do artigo 9.º da Directiva 2004/18/CE e o n.º 6 do artigo 17.º da Directiva 2004/17/CE referem-se, expressamente, a tipos contratuais:

- (i) «uma obra prevista»; ou
- (ii) «um projecto de aquisição de serviços»; ou
- (iii) «uma proposta para a aquisição de fornecimentos similares».

Por outro lado, atender à natureza concreta de cada prestação, implicaria limitar o escopo de previsão do artigo 22.º do CCP. Note-se que dentro de cada tipo contratual podemos ter prestações de diferente natureza. O tipo contratual empreitada de obras públicas, habitualmente, inclui prestações de empreitada, em sentido estrito, mas também de fornecimento e de prestação de serviços. Uma interpretação meramente literal do conceito «prestações

¹³ Cfr. ANDRADE DA SILVA, Jorge: *Código dos Contratos Públicos - Comentado e anotado*. Almedina, 2008, ponto 2, p. 117. Cfr., igualmente, GUERRA TAVARES, Gonçalo, e MONTEIRO DENTE, Nuno: *Código dos Contratos Públicos, Regime da Contratação Pública - Comentado*. Almedina, 2009, ponto I, p. 155.

¹⁴ Sobre a interpretação conforme ao Direito da União Europeia, vide QUADROS, Fausto de: *O Direito da União Europeia*. Almedina, 2004, p.488. Cfr., igualmente, GORJÃO HENRIQUES, Miguel: *Direito Comunitário*. Almedina, 2001, p. 207.

¹⁵ A propósito da valoração e concretização de conceitos vagos e indeterminados, vide, DINIZ DE AYALA, Bernardo: *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lex, Lisboa 2008, p. 150 e seguintes.

¹⁶ Note-se que os conceitos vagos e indeterminados utilizados pelo legislador nacional, «prestações do mesmo tipo» e «susceptíveis de serem objecto de um único contrato», não são, como veremos, semelhantes aos conceitos utilizados no n.º 6 do artigo 17.º da Directiva 2004/17/CE e n.º 5 do artigo 9.º da Directiva 2004/18/CE.

do mesmo tipo» permitiria à entidade adjudicante, no limite, fraccionar o tipo contratual em função da natureza concreta de cada uma das prestações, o que levaria, por exemplo, a que num projecto de empreitada a entidade adjudicante não considerasse o valor dos fornecimentos para o somatório do valor do contrato¹⁷. Esta solução seria, ainda mais, contrária ao artigo 17.º n.º 3 do CCP que dispõe, precisamente, que o valor dos contratos de empreitada de obras públicas incluem os bens móveis necessários à sua execução e os bens que entidade adjudicante ponha à disposição do adjudicatário.

Conclui-se, assim, que —sendo por demais evidente—, o conceito de «prestações do mesmo tipo» refere-se a prestações do mesmo tipo contratual.

De seguida, devemos concretizar o que, objectivamente, se entende por «susceptibilidade de constituir objecto de um único contrato». Perante a dificuldade de interpretação deste conceito vago e indeterminado, devemos desde logo, procurar fazer uma interpretação conforme ao Direito da União Europeia.

Ora, para o legislador da União Europeia, o critério base para o cálculo do valor relevante para efeitos de aplicação das Directivas, no caso de divisão em lotes, é o critério funcional, por referência à definição do tipo contratual em causa¹⁸. Já o legislador nacional criou uma norma abstracta, aplicável a todos os tipos contratuais. Vejamos então as normas previstas nas Directivas.

No caso das empreitadas de obras públicas, o legislador comunitário preenche o critério funcional, por referência à seguinte definição de «obra»¹⁹: «Por obra entende-se o resultado de um conjunto de tra-

balhos de construção ou engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, uma função económica e técnica». Ou seja, nas empreitadas de obras públicas, existindo uma divisão em lotes, o relevante para efectuar o somatório que vai determinar a aplicação da Directiva, é saber se os vários lotes desempenham a mesma função económica e técnica²⁰.

20 Neste sentido, vide o Acórdão do TJUE, de 5 de Outubro de 2000, «Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa», Processo C-16/98. Neste Acórdão, estava em causa um conjunto de trinta e sete contratos de obras públicas relativos a trabalhos de electrificação e iluminação pública, a realizar ao longo de um período de três anos no departamento francês de Vendéia. Dos trinta e sete contratos —a que correspondiam diversas entidades locais— de valor total de 609.000.000 FRF, 483.000.000 FRF diziam respeito às empreitadas de electrificação e 126.000.000 FRF às empreitadas de iluminação pública. Todo o processo foi promovido e coordenado pelo *Syndicat départemental d'électrification de la Vendée* ou SYDEV, organismo que reúne, a nível departamental, os diferentes serviços intercomunais de electrificação.

O SYDEV enviou para publicação no *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* ou BOAMP anúncios relativos aos trinta e sete procedimentos, todavia, para o Jornal Oficial das Comunidades Europeias enviou apenas seis anúncios relativos às maiores empreitadas de electrificação. «A Comissão Europeia considerou que as trinta e sete empreitadas constituíam lotes de uma única obra, cuja iniciativa pertencia a uma única entidade adjudicante, isto é, o SYDEV, e que deveriam ter sido globalmente submetidos, e não apenas os seis principais, às regras da directiva. Consequentemente, enviou às autoridades francesas, em 17 de Janeiro de 1996, uma notificação de incumprimento, na qual punha em causa a cisão dos lotes em empreitadas diferentes, a falta de publicação comunitária em relação a dois terços dos lotes e a utilização de uma fórmula derivada do processo de abertura permanente à concorrência em relação a qual a Comissão já tinha desencadeado outro processo de infracção».

O TJUE considerou, *in casu*, o seguinte: «uma rede de distribuição de electricidade destina-se, do ponto de vista técnico, a transportar a electricidade produzida por um fornecedor ao consumidor final; este último é, no plano económico, obrigado a pagar ao fornecedor em função do seu consumo. Em contrapartida, uma rede de iluminação pública destina-se, do ponto de vista técnico, a iluminar locais públicos utilizando, para o efeito, a energia eléctrica facultada pela rede de distribuição de electricidade. A autoridade assegura a iluminação junto da população beneficiada, sem calcular os montantes exigidos em função da utilidade que o serviço apresenta para as pessoas em causa. Daqui resulta que uma rede de distribuição de electricidade e uma rede de iluminação pública tem funções económicas e técnicas diferentes (...) e que os trabalhos relativos a tais redes não podem ser considerados lotes de uma obra única cindida artificialmente em infracção aos artigos 14.º n.º 10 primeiro parágrafo, e n.º 13 da directiva».

Já quanto à cisão da obra no que respeita concretamente aos trabalhos de electrificação, o Tribunal de Justiça considerou o seguinte: existiam «elementos importantes, como a simultaneidade do lançamento das empreitadas controvertidas, a semelhança entre os anúncios de concurso, a unidade do quadro geográfico no interior do qual essas empreitadas foram lançadas e a coordenação assegurada pelo SYDEV, organismo que reúne os serviços intercomunais de electrificação a nível departamental, que militam a favor do agrupamento das referidas empreitadas a este nível». Assim, o Tribunal decidiu acolher a acusação da Comissão Europeia baseada na cisão artificial das empreitadas de electrificação.

17 Sobre o conceito de empreitada, vide o Acórdão do TJUE de 18 de Janeiro de 2007, «Jean Aurox e outros contra Comune de Roanne», Processo C-220/05.

18 Cfr. Acórdão do TJUE, de 5 de Outubro de 2000, «Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa», Processo C-16/98: «a fim de decidir da existência de uma cisão artificial entre contratos de uma obra única, na acepção do artigo 14.º n.º 13 da Directiva 93/38/CEE, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, essa disposição deve ser tomada em consideração conjuntamente com a do n.º 10, primeiro parágrafo, deste artigo. A este propósito, resulta da definição de obra que figura no artigo 14.º n.º 10, primeiro parágrafo, segundo período, da Directiva 93/98, que a existência de uma obra deve ser apreciada relativamente às funções económica e técnica do resultado dos trabalhos em causa».

19 Cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º das Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.

No caso dos contratos de fornecimento, o legislador comunitário refere-se a «fornecimentos similares»²¹, reportando-se à seguinte definição: «são contratos públicos que não os abrangidos pela alínea b)²², que têm por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos».

Já os contratos públicos de serviços são definidos pela negativa e por remissão para os anexos das directivas, designadamente, no caso da Directiva 2004/18CE²³: «Contratos Públicos de serviços são contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo II». Neste caso, para aferir se estamos perante serviços susceptíveis de constituir objecto de um único contrato, devemos reportar-nos às categorias de serviços referidas no Anexo II da Directiva 2004/18/CE e no Anexo XVII da Directiva 2004/17/CE. Será difícil prever uma circunstância em que contratos que caíam em categorias diferentes dos referidos anexos possam ser agregados num mesmo contrato²⁴.

Assim, do nosso ponto de vista, fazendo uma interpretação conforme ao Direito da União Europeia, no âmbito do artigo 22.º do CCP, são susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato:

- (i) As obras que desempenhem a mesma «função técnica e económica»;
- (ii) Os «fornecimentos similares»;
- (iii) As prestações de serviços referentes à mesma categoria.

Sendo o elemento funcional, quanto a nós, o mais importante na valoração e concretização do conceito vago e indeterminado «susceptibilidade de serem objecto de um único contrato», cumpre sublinhar que a sua consideração isolada torna a interpretação insuficiente pois poderá ceder perante uma análise conjunta com outros elementos objectivos de apreciação casuística, nomeadamente,

a área geográfica em causa e a sua influência nos agentes do mercado e / ou a interdependência²⁵ dos lotes, ou mesmo perante elementos subjectivos.

3.3 · Dos elementos interpretativos subjectivos do n.º 1 do artigo 22.º do CCP

Aparentemente, poderia afirmar-se que seriam susceptíveis de constituir objecto de um único contrato os projectos de obra ou aquisição de serviços ou fornecimentos que resultassem da iniciativa da mesma entidade adjudicante —desde que verificados os enunciados elementos objectivos de interpretação. Todavia, quanto a nós, tal não se afigura adequado.

Desde logo, no Estado, os ministérios e respectivas secretarias-gerais, as direcções-gerais ou serviços com autonomia administrativa e financeira podem fazer, de forma independente, as suas aquisições de obras, de fornecimentos e serviços. O mesmo pode suceder no interior de qualquer outra entidade adjudicante. Como tal, quanto a nós, o elemento subjectivo base que determina a extensão do referido somatório deverá ser, não o conceito de entidade adjudicante, mas sim —partindo de um patamar inferior— o conceito de órgão com competência para a escolha do procedimento, nos termos do artigo 38.º do CCP²⁶. Não faria sentido que a decisão sobre o procedimento a adoptar numa direcção-geral de um determinado ministério tivesse de ter em conta as adjudicações ou procedimentos em curso em todos os outros ministérios do Estado, só por estar em causa a mesma entidade adjudicante.

²¹ Cfr. alínea b) do n.º 5 do artigo 9.º da Directiva 2004/18/CE e alínea b) do n.º 6 do artigo 17.º da Directiva 2004/17/CE.

²² A alínea b) refere-se a contratos de empreitada de obras públicas.

²³ Cfr. alínea d) do n.º 1 do artigo 1.º das Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, em tudo semelhantes, excepto na referência ao anexo.

²⁴ Neste sentido, BROWN, Adrian: *Getting to the grips with aggregation under the E.C. public procurement rules*, *Public Procurement Law Review*. 1993, p. 5 e seguintes.

²⁵ O TJUE, referiu o seguinte nos pontos 69 e 70 do citado Acórdão de 5 de Outubro de 2000, «Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa», Processo C-16/98:

«69. Importa sublinhar, a este propósito, que, diversamente de uma rede de distribuição de electricidade, as redes de iluminação pública não são, do ponto de vista técnico, necessariamente interdependentes, uma vez que podem ser limitadas às zonas construídas e que não se impõe a existência de uma interconexão entre elas. Do mesmo modo, no plano económico, é possível que cada uma das entidades locais em causa suporte o encargo financeiro que resulta da exploração de tal rede. Tendo em conta estes elementos, cabia à Comissão demonstrar que, dos pontos de vista técnico e económico, as redes de iluminação pública em causa revestiam carácter unitário a nível departamental. Ora, a Comissão não apresentou nenhum elemento nesse sentido.

70. Daqui decorre que, mesmo se as funções económica e técnica de cada rede de iluminação pública são as mesmas que as de todas as outras no departamento de Vendaia, não é possível considerar que todas essas redes formam um conjunto com funções económicas e técnicas únicas a nível departamental».

²⁶ Cfr., a este propósito, BROWN, Adrian, *op. cit.*, ponto 4 (b), p. 7 e 8.

Não obstante, cumpre salientar que este critério é falível pois não pode ser visto de forma isolada. Considere-se o caso de várias empreitadas de obras públicas lançadas em simultâneo por vários serviços do mesmo ministério, cujas obras têm mesma função técnica e económica. Pode vir a considerar-se que estas empreitadas correspondem a uma única «obra», e, conseqüentemente, que o valor relevante para a escolha do procedimento é o da soma de todas elas²⁷. Quanto a nós, estando em causa um projecto de compras públicas com envolvimento de várias entidades adjudicantes ou vários órgãos decisores da mesma entidade adjudicante, o aspecto determinante para aferir, *in casu*, se estamos perante uma divisão artificiosa de um contrato —verificados os enunciados elementos objectivos— é a existência de uma iniciativa a nível superior ou de uma coordenação entre entidades²⁸.

De outro passo, na interpretação do conceito «susceptibilidade de vários lotes serem objecto de um único contrato» não podem deixar de ser tidos em conta elementos sobre a intencionalidade da conduta do agente decisor²⁹.

²⁷ Cfr. pontos 39 a 46 do Acórdão do TJUE, de 5 de Outubro de 2000, «Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa», Processo C-16/98. No ponto 45, o Tribunal refere o seguinte: «é concebível que, por motivos de natureza administrativa ou outra, um programa de trabalhos destinado à realização de uma obra na acepção da directiva possa ser objecto de diversos procedimentos de concurso, cuja iniciativa caiba a diferentes entidades adjudicantes. Tal poderia ser o caso, por exemplo, da construção de uma estrada que atravessasse o território de várias autarquias locais, cabendo a cada uma a responsabilidade administrativa sobre uma parte da estrada. Em tal hipótese, o objecto acima mencionado não seria alcançado se a aplicação da directiva fosse excluída com o fundamento de que o valor calculado de cada parte da obra é inferior ao limiar de 5.000.000 de ecus».

²⁸ Como «iniciativa a nível superior» poderá considerar-se uma determinação ou orientação decorrente do exercício de um poder hierárquico ou de superintendência. Como «coordenação entre entidades» poderá considerar-se um contrato entre entidades adjudicantes ou um protocolo celebrado entre serviços da mesma entidade adjudicante —por exemplo, um protocolo entre diversos Ministérios ou direcções gerais.

²⁹ Nos pontos 36 e 37 das Conclusões do Advogado-geral Jacobs, apresentadas em 24 de Fevereiro de 2000, respeitantes ao Processo, C-16/98 «Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa», refere-se o seguinte:

«36. O artigo 14.º n.º 10, apresenta critérios puramente objectivos, com base nos quais a aplicabilidade da directiva poder ser determinante. A noção de «obra» é definida e, é o valor total dessa obra, obtida, se for caso disso, somando o valor de cada lote resultante da eventual divisão da obra, que determina a obrigação de sujeição às disposições da directiva.

37. O artigo 14.º n.º 13, introduz, por sua vez, um elemento subjectivo. Refere o facto de «subtrair-se» à aplicação da directiva através de certos meios, concretamente, cindindo os contratos ou utilizando regras

Por fim, outro possível elemento subjectivo de concretização consiste na capacidade de resposta dos operadores de mercado às solicitações contratuais das entidades adjudicantes. Isto é, poderá questionar-se se vários lotes funcionalmente ligados são susceptíveis —todos juntos num único contrato— de despertar o interesse de um operador económico privado, em termos de dimensão e risco. Este critério é, quanto a nós, de duvidosa utilidade e aplicação já que radica numa apreciação meramente subjectiva pela entidade adjudicante sobre a capacidade dos operadores de mercado. Ainda que a jusante da adjudicação este critério possa constituir um indício de que numa situação concreta não existiu uma cisão fraudulenta de um projecto de obra ou aquisição de fornecimentos ou serviços, a montante nunca poderá, isoladamente, ser considerado como fundamento razoável para a entidade adjudicante se furtar à utilização de procedimentos concorrenciais ou à publicação de um anúncio no JOUE³⁰.

3.4 · Elementos temporais na interpretação do artigo 22.º do CCP

Compreendidos os dois pontos anteriores, é já possível definir em que circunstâncias «prestações do mesmo tipo» são «susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato». Resta-nos assim compreender o espaço temporal que baliza o somatório dos preços contratuais. Resulta da interpretação das alíneas a) e b) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 22.º do CCP, que o período de referência máximo

especiais de cálculo do valor dos contratos. Essa redacção implica um grau de intenção na conduta seguida. Subtrair-se, tal como os conceitos equivalentes utilizados nas outras versões linguísticas, pressupõe uma conduta deliberada, mais do que uma evasiva fortuita. A cisão dos contratos, tal como a utilização de regras especiais de cálculo, necessita de uma certa intenção por parte da pessoa que assim procede».

³⁰ O próprio Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 5 de Outubro de 2000, «Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa», Processo C-16/98, colocou em descrédito este critério, ao referir, no já mencionado ponto 42: «Deve sublinhar-se que, embora a existência de uma única entidade adjudicante e a possibilidade de uma empresa da Comunidade realizar o conjunto dos trabalhos abrangidos pelas empreitadas em causa, possam, consoante as circunstâncias, constituir indícios que comprovam a existência de uma obra na acepção da directiva, não podem, porém constituir critérios determinantes para este efeito. Assim, a pluralidade de entidades adjudicantes e a impossibilidade de realização do conjunto dos trabalhos por uma única empresa não são susceptíveis de pôr em causa a existência de uma obra quando esta conclusão se impõe em aplicação dos critérios funcionais definidos no artigo 14.º n.º 10, primeiro parágrafo, segundo período da directiva».

para o somatório dos preços contratuais é um ano, incluindo os contratos já celebrados, os procedimentos em curso e as meras previsões de preços de contratos a celebrar³¹. Assim, por exemplo, se a entidade adjudicante quiser lançar um procedimento para a aquisição de um determinado equipamento, a escolha do procedimento segundo o critério do valor do contrato deverá atender ao valor de todos os contratos de fornecimento similares já celebrados, em curso ou a celebrar, tudo num período de referência máximo de um ano.

Mais uma vez, quanto a nós, o somatório deverá apenas cingir-se ao âmbito do órgão competente para a escolha do procedimento, nos termos do artigo 38.º do CCP, a não ser que exista uma iniciativa a nível superior ou uma coordenação entre entidades.

4 · O ELEMENTO DE FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO N.º 3 DO ARTIGO 22.º DO CCP

O n.º 3 do artigo 22.º do CCP³² prevê um elemento de flexibilização face às regras do n.º 1 e n.º 2 do mesmo artigo. Esta disposição, como referido no ponto 2 *supra*, resulta da transposição para o ordenamento jurídico português do n.º 6 do artigo 17.º da Directiva 2004/17/CE e do n.º 5 do artigo 9.º da Directiva 2004/18/CE³³.

31 As previsões sobre a aquisição de fornecimentos, serviços ou obras devem ser baseadas, quanto a nós, nos instrumentos de planeamento do serviço público em causa. Em especial, deve atender-se ao orçamento do serviço, ao plano de actividades ou ao Quadro de Avaliação e Responsabilização ou QUAR. Saliente-se que, o período de referência, ainda que sejam considerados no somatório —para efeitos do n.º 1 do artigo 22.º do CCP— contratos já celebrados e previsões de preços de contratos a celebrar, nunca pode ser superior a um ano.

32 O n.º 3 do artigo 22.º do CCP refere o seguinte: «No caso de contratos de empreitadas de obras públicas, de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, a escolha, nos termos do disposto nos artigos anteriores, do ajuste directo, bem como do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação cujo anúncio não seja publicado no Jornal Oficial da União Europeia, permite a celebração dos contratos relativos a lotes em que o preço base fixado no caderno de encargos seja inferior a €1.000.000, no caso de empreitadas de obras públicas, ou a €80.000, no caso de bens móveis ou serviços, ainda que os somatórios referidos nos números anteriores sejam iguais ou superiores aos valores mencionados, respectivamente, e consoante os casos, nos artigos 19.º e 20.º, desde que o valor cumulado dos preços base dos procedimentos de formação dos contratos relativos a lotes cuja celebração é permitida neste número não exceda 20 % daqueles somatórios».

33 Sendo semelhante ao artigo 17.º n.º 6 da Directiva 2004/17/CE, o n.º 5 do artigo 9.º da Directiva 2004/18/CE prevê o

De facto, por força do n.º 3 do artigo 22.º do CCP, permite-se que para lotes com valor até €80.000, no caso de contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, e até €1.000.000, no caso de empreitadas de obras públicas, os órgãos competentes para a escolha do procedimento possam livremente seleccionar um procedimento pré-contratual, nos termos do disposto nos artigos 19.º e 20.º do CCP, contanto que o montante total destes lotes não ultrapasse 20% do valor total dos lotes calculado nos termos do disposto no n.º 1 e n.º 2 do artigo 22.º do CCP.

Cabe salientar que os enunciados limites de €80.000, para os lotes referentes a contratos de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, e de €1.000.000, para os lotes referentes a contratos de empreitadas de obras públicas, foram estabelecidos pelo legislador da União Europeia e, nessa medida, não coincidem com os limites estabelecidos para a escolha dos procedimentos em função do valor do contrato estabelecidos pelo legislador português nos artigos 19.º e 20.º do CCP.

Esta discordância entre valores provoca, desde logo, múltiplas dúvidas de interpretação sistemática. Pergunta-se assim: poderá o Estado, adjudicar ao abrigo do n.º 3 do artigo 22.º do CCP uma empreitada por ajuste directo acima do limite de €150.000 previsto na alínea a) do artigo 19.º do CCP? Aparentemente, e numa interpretação meramente literal, desde que os somatórios do n.º 1 ou n.º 2 do artigo 22.º do CCP sejam iguais ou superiores a €750.000,00, já será permitido ao Estado, ao abrigo do n.º 3 do artigo 22.º do CCP, fazer uma

seguinte: «a) Sempre que uma obra prevista ou um projecto de aquisição de serviços possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor total estimado da totalidade desses lotes. Sempre que o valor cumulado dos lotes for igual ou superior ao limiar estabelecido no artigo 7.º, a presente directiva aplica-se à adjudicação de cada lote. Todavia, as entidades adjudicantes podem derrogar esta aplicação para lotes cujo valor estimado, sem IVA, seja inferior a 80 mil euros, no caso dos serviços, e a 1 milhão de euros, no caso das empreitadas de obras, desde que o valor cumulado desses lotes não exceda 20% do valor cumulado da totalidade dos lotes; b) Sempre que uma proposta para a aquisição de fornecimentos similares possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor total estimado da totalidade desses lotes para a aplicação das alíneas a) e b) do artigo 7.º. Sempre que o valor cumulado dos lotes seja igual ou superior ao limiar estabelecido no artigo 7.º, a presente directiva aplica-se à adjudicação de cada lote. Contudo, as entidades adjudicantes podem derrogar esta aplicação para lotes cujo valor estimado, sem IVA, seja inferior a 80.000 euros, desde que o valor cumulado desses lotes não exceda 20% do valor cumulado da totalidade dos lotes».

adjudicação por ajuste directo acima do limiar estabelecido na alínea a) do artigo 19.º do CCP. A outro tempo, mesmo considerando que dentro dos vinte por cento de flexibilidade, as entidades adjudicantes ainda estão vinculadas aos limites dos artigos 19.º e 20.º do CCP, poderá o Estado adjudicar, por exemplo, duas empreitadas por ajuste directo no valor de €130.000 cada uma, totalizando um valor de €260.000, tratando-se de uma única «obra»?

Procurando sistematizar as questões suscitadas, é axial esclarecer se, a um tempo, os órgãos competentes para a escolha do procedimento, beneficiando da flexibilidade prevista no n.º 3 do artigo 22.º do CCP, são livres de cumprir os limites estabelecidos nos artigos 19.º e 20.º do CCP, e se, a outro tempo, no caso de uma resposta afirmativa, o respeito pelos limites se reporta ao valor individual de cada lote permitido dentro dos vinte por cento ou ao somatório do valor dos lotes, até ao limite de cada procedimento, nos termos do disposto nos artigos 19.º e 20.º do CCP.

Quanto a nós, existem três vias de resposta. A primeira via, mais aproximada da letra da lei, mais flexível e mais próxima da interpretação das próprias Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, mas mais isolada do espírito do CCP, é a que considera que os órgãos competentes para a escolha do procedimento, quando se encontram no âmbito do n.º 3 do artigo 22.º do CCP, não estão vinculados, na escolha do procedimento, a respeitar, dentro dos vinte por cento de flexibilidade, os limiares dos artigos 19.º e 20.º do CCP e tão só os limiares de €1.000.000 para empreitadas e €80.000 para a locação e aquisição de serviços ou bens móveis, tal como previstos no próprio n.º 3 do artigo 22.º do CCP.

A segunda via, um pouco menos flexível, mas mais conforme ao espírito do CCP e ao fundamento nacional da divisão em lotes, é a que considera que os órgãos competentes para a escolha do procedimento, quando se encontram dentro dos vinte por cento de flexibilidade previstos no n.º 3 do artigo 22.º do CCP, estão vinculados, na escolha do procedimento aplicável a cada lote, ao cumprimento do menor dos valores entre os limiares previstos nos artigos 19.º e 20.º do CCP e no n.º 3 do artigo 22.º do CCP.

Por fim, a terceira via, bastante menos flexível, fruto de uma interpretação mais sistemática do n.º 3 do artigo 22.º do CCP e mais próxima do fundamento nacional da divisão em lotes, é a que considera que os órgãos competentes para a escolha do procedimento, quando se encontram dentro dos vinte por

cento de flexibilidade previstos no n.º 3 do artigo 22.º do CCP, estão vinculados não apenas em cada lote, mas também no somatório dos lotes por procedimento seleccionado, ao cumprimento do menor dos valores entre os limiares previstos nos artigos 19.º e 20.º e no n.º 3 do artigo 22.º do CCP.

Quanto a nós, não se vislumbra —numa óptica de coerência interna do CCP— uma razão atendível para abrir uma excepção aos limites previstos nos artigos 19.º e 20.º do CCP, face, por exemplo, à existência de critérios materiais de ajuste directo.

Assim, em suma, entendemos que é a terceira via a que confere maior coerência ao sistema dos critérios de escolha do procedimento em função do valor do contrato.

5 · CONCLUSÃO

Em face do que se expôs nos pontos 2 a 4 *supra*, dir-se-ia que na decisão de escolha do procedimento, o órgão competente deve sempre proceder ao somatório —no caso de escolha do procedimento com base no critério do valor do contrato— dos contratos do mesmo tipo já celebrados, a adjudicar simultaneamente ou previstos, todos no período de referência máximo de um ano, apenas no âmbito do seu serviço (excepto se existiram iniciativas a nível superior ou uma coordenação entre entidades), desde que,

- (i) Tratando-se de uma empreitada de obra pública, estejam em causa objectos contratuais com a mesma função técnica e económica,
- (ii) No caso de contratos de fornecimento, estejam em causa objectos contratuais similares, e
- (iii) No caso de prestações de serviços, esteja em causa a mesma categoria,

analisando-se, em todo o caso, a interdependência entre os objectos contratuais e a área geográfica abrangida.

Por último, os órgãos competentes para a escolha do procedimento pré-contratual, quando se encontram ao abrigo dos vinte por cento de flexibilidade previstos no n.º 3 do artigo 22.º do CCP, estão vinculados não apenas em cada lote, mas também no somatório dos lotes por procedimento, ao cumprimento do menor dos valores entre os limiares previstos nos artigos 19.º e 20.º e no n.º 3 do artigo 22.º do CCP.