

O GUIA DA BOA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Luis Valadares Tavares

“Contract may be conceived as a form of institutionally guided behaviour that serves to reduce complexity in social exchange”

H. Collins, Professor de Direito da London School of Economics, 1999

ÍNDICE

PREFÁCIOS	1
1. PREFÁCIO DE RUI PENA	3
2. PREFÁCIO DE GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS	7
RESUMO	9
AS CONVENÇÕES, AS SIGLAS E A NOTAÇÃO MATEMÁTICA ADOTADA NESTE LIVRO	11
1. AS CONVENÇÕES	11
2. AS SIGLAS.....	11
2.1 INSTITUCIONAIS	11
2.2 LEGISLATIVAS	11
2.3 PROCEDIMENTAIS	11
3. A NOTAÇÃO MATEMÁTICA	12
INTRODUÇÃO	13
1. PORQUÊ O GUIA DA BOA CONTRATAÇÃO PÚBLICA?.....	15
2. A ABORDAGEM SISTÊMICA E INTERDISCIPLINAR DESTE GUIA	16
3. O FUTURO.....	20
PARTE I: OS PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS E NACIONAIS.....	21
LIÇÃO Nº1: PORQUÊ AS NOVAS DIRETIVAS DOS MERCADOS PÚBLICOS?	23
1. OS ANTECEDENTES.....	23
2. AS TRÊS DIRETIVAS	23
3. OS OBJETIVOS.....	24
4. A DIRETIVA 2014/24/UE	29
5. A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS.....	32
LIÇÃO Nº 2: OS PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	37
1. OS PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	37
2. O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA.....	40
3. A CONTRATAÇÃO “VERDE” (“GREEN PROCUREMENT”)	41
LIÇÃO Nº 3: QUAIS OS ÂMBITOS SUBJETIVO E OBJETIVO DO CÓDIGO?	45
1. O ÂMBITO DO CÓDIGO	45
2. O ÂMBITO SUBJETIVO	45
3. O ÂMBITO OBJETIVO	49
3.1 TIPOLOGIAS DE CONTRATOS.....	49
3.2 EXCLUSÕES	50
4. DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES.....	55

5.	SÍNTESE.....	56
PARTE II: O CICLO DA CONTRATAÇÃO, O MODELO DE AVALIAÇÃO E A ECONOMIA DIGITAL .59		
LIÇÃO Nº 4: O CICLO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: O MODELO SISTÉMICO E SUA REGULAÇÃO E GOVERNAÇÃO61		
1.	O CICLO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	61
2.	O MODELO SISTÉMICO DO CICLO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....	65
3.	A REGULAÇÃO E A GOVERNAÇÃO.....	67
4.	A ECONOMIA DIGITAL.....	70
LIÇÃO Nº 5: COMO FUNDAMENTAR A DECISÃO DE CONTRATAR E PREPARAR A ABERTURA DO PROCEDIMENTO?.....71		
1.	COMO FUNDAMENTAR A DECISÃO DE CONTRATAR?	71
2.	COMO PREPARAR A ABERTURA DO PROCEDIMENTO?.....	74
3.	COMO CALCULAR O PREÇO BASE?.....	77
3.1	INTRODUÇÃO	77
3.2	O MÉTODO DA DECOMPOSIÇÃO	77
3.3	O MÉTODO BASEADO EM ANÁLISES DE MERCADO.....	79
3.4	O MÉTODO BASEADO NOS CUSTOS DE OPORTUNIDADE.....	79
LIÇÃO Nº 6: A ECONOMIA DIGITAL, A SOCIEDADE EM REDE E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA81		
1.	A SOCIEDADE EM REDE E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA: UE E PORTUGAL	81
2.	AS DIRETIVAS DE 2014, O CÓDIGO E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA.....	84
3.	A CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA E AS PLATAFORMAS ELETRÓNICAS	87
4.	OS DOCUMENTOS ELETRÓNICOS, AS ASSINATURAS ELETRÓNICAS E OS SELOS TEMPORAIS	93
4.1	O ENQUADRAMENTO LEGAL.....	93
4.2	AS CARACTERÍSTICAS TECNOLÓGICAS	94
5.	SEGURANÇA, PLATAFORMAS ELETRÓNICAS E SUBMISSÃO ELETRÓNICA DE PROPOSTAS (“E-TENDERING”)	98
5.1	CONCEITOS FUNDAMENTAIS	98
5.2	A EXPERIÊNCIA 2009-2017 E AS DÚVIDAS JURÍDICAS.....	101
5.3	AS PROPOSTAS DE MELHORIA	102
6.	COMO CONTRATAR A PLATAFORMA ELETRÓNICA?	103
7.	EXEMPLOS DE CUSTOS	104
8.	A ECONOMIA DE PARTILHA (“SHARING ECONOMY”) E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA	104

LIÇÃO Nº7: COMO CONSTRUIR O MODELO DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS?.....	107
1. O CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO SEGUNDO AS DIRETIVAS DE 2014.....	107
2. O CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO SEGUNDO O CCP (DIRETIVAS DE 2004).....	108
2.1 O MODELO ADITIVO LINEAR	108
2.2 OS ATRIBUTOS SUJEITOS À CONCORRÊNCIA E OS SEUS DESCRITORES	109
2.3 AS ESCALAS DE PONTUAÇÃO	110
2.4 OS COEFICIENTES DE PONDERAÇÃO	111
2.5 A TERMINOLOGIA ADOPTADA PELO CCP	112
3. A APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO SEGUNDO AS DIRETIVAS DE 2014... ..	114
4. A TRANSPOSIÇÃO PELO CÓDIGO DO CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO.....	117
5. A ADJUDICAÇÃO POR LOTES	118
6. O DEVER DE PLENA ESPECIFICAÇÃO.....	119
LIÇÃO Nº8: O CATÁLOGO DOS MODELOS DE AVALIAÇÃO.....	125
1. INTRODUÇÃO	125
2. LOCAÇÃO E AQUISIÇÃO DE BENS MÓVEIS.....	125
3. AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS.....	130
4. EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS	133
PARTE III: OS PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS.....	137
LIÇÃO Nº 9: QUAIS OS PROCEDIMENTOS E OS INSTRUMENTOS DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS?.....	139
1. A DIVERSIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL DAS DIRETIVAS: INOVAÇÃO, FLEXIBILIDADE E NEGOCIAÇÃO.....	139
2. O PROCEDIMENTO DO CONCURSO PÚBLICO URGENTE	140
3. A CARACTERIZAÇÃO DE CADA PROCEDIMENTO	142
4. A ÁRVORE DE DECISÃO PROCEDIMENTAL	146
LIÇÃO Nº 10: COMO ESCOLHER O PROCEDIMENTO E OS INSTRUMENTOS DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS?.....	149
1. A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO.....	149
2. INCERTEZA E CONTRATAÇÃO MÚLTIPLA.....	149
3. A METODOLOGIA DE ESCOLHA DO PROCEDIMENTO	151
LIÇÃO Nº11 ACESSIBILIDADE E PARTICIPAÇÃO NOS MERCADOS PÚBLICOS: HABILITAÇÃO, QUALIFICAÇÃO, RISCO DE INCUMPRIMENTO E PARTICIPAÇÃO	153
1. O ACESSO.....	153
2. A HABILITAÇÃO.....	154
3. O RISCO DE INCUMPRIMENTO, OS PREÇOS OU CUSTOS ANORMALMENTE BAIXOS E A QUALIFICAÇÃO	156

3.1	A IMPORTÂNCIA DE CONTROLAR O RISCO DE INCUMPRIMENTO.....	156
3.2	A EXPERIÊNCIA DO CCP	156
3.3	AS ESTRATÉGIAS RECOMENDÁVEIS PARA CONTROLAR O RISCO DE INCUMPRIMENTO	157
3.4	A QUALIFICAÇÃO	159
4.	A PARTICIPAÇÃO NOS MERCADOS PÚBLICOS.....	161
LIÇÃO Nº 12: OS PROCEDIMENTOS POR CONVITE, O CONCURSO PÚBLICO, O CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO, O PROCEDIMENTO DE NEGOCIAÇÃO, O DIÁLOGO CONCORRENCIAL, A PARCERIA PARA A INOVAÇÃO E O CONCURSO PARA TRABALHOS DE CONCEÇÃO		165
1.	OS PROCEDIMENTOS POR CONVITE	165
2.	O CONCURSO PÚBLICO E O CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO	168
3.	O PROCEDIMENTO DE NEGOCIAÇÃO E O DIÁLOGO CONCORRENCIAL	169
4.	A PARCERIA PARA A INOVAÇÃO.....	171
5.	O CONCURSO PARA TRABALHOS DE CONCEÇÃO.....	172
LIÇÃO Nº 13: AS TÉCNICAS E OS INSTRUMENTOS PARA A CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA E AGREGADA		175
1.	OS ACORDOS-QUADRO	175
2.	OS SISTEMAS DE AQUISIÇÃO DINÂMICOS	178
3.	OS LEILÕES ELETRÓNICOS	180
4.	OS CATÁLOGOS ELETRÓNICOS.....	181
5.	AS CENTRAIS DE COMPRAS	182
6.	A CONTRATAÇÃO CONJUNTA.....	183
7.	OS SISTEMAS DE QUALIFICAÇÃO	184
LIÇÃO Nº 14 A ORGANIZAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO DE FORMAÇÃO E DE CELEBRAÇÃO DO CONTRATO		187
1.	A PREPARAÇÃO DAS PEÇAS DO PROCEDIMENTO	187
2.	O ACESSO ÀS PEÇAS DO PROCEDIMENTO: ACESSIBILIDADE ELETRÓNICA	188
3.	O JÚRI E AS SUAS COMPETÊNCIAS	189
4.	OS PRAZOS.....	189
4.1	AS REGRAS GERAIS	189
4.2	OS PRAZOS MÍNIMOS.....	190
5.	A APRESENTAÇÃO DE CANDIDATURAS E PROPOSTAS, OS ESCLARECIMENTOS, O SUPRIMENTO DE IRREGULARIDADES, A QUALIFICAÇÃO, A ACEITAÇÃO E AVALIAÇÃO.....	193
6.	A ADJUDICAÇÃO E A CONTRATAÇÃO	194
7.	O CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS E O VISTO PRÉVIO DOS CONTRATOS.....	198

7.1	O TRIBUNAL DE CONTAS	198
7.2	O CONTROLE PRÉVIO.....	199
7.3	COMENTÁRIOS	201
PARTE IV: A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS, A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E RECOMENDAÇÕES FINAIS		203
LIÇÃO Nº 15: A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS: O REGIME JURÍDICO SUBSTANTIVO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, A AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO, A SUBCONTRATAÇÃO, OS TRABALHOS COMPLEMENTARES E A ARBITRAGEM.....		205
1.	A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	205
1.1	O REGIME JURÍDICO SUBSTANTIVO	205
1.2	A VISÃO SISTÊMICA DO REGIME SUBSTANTIVO	207
2.	A GESTÃO DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS	209
3.	A AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO	210
3.1	AVALIAR O DESEMPENHO, PARA QUÊ?	210
3.2	A AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO: O QUADRO LEGAL	212
3.3	O PAINEL DOS INDICADORES DE AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO	213
4.	A SUBCONTRATAÇÃO.....	214
5.	AS MODIFICAÇÕES OBJETIVAS AO CONTRATO E OS TRABALHOS COMPLEMENTARES.....	216
6.	A ARBITRAGEM DOS LITÍGIOS.	218
LIÇÃO Nº 16: COMO MINIMIZAR OS RISCOS DE CORRUPÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA?		221
1.	A CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO: AS PERSPETIVAS INTERNACIONAIS.....	221
2.	AS RECOMENDAÇÕES NACIONAIS	223
3.	OS CONTRIBUTOS DO CCP PARA A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO	224
4.	PROPOSTAS ADICIONAIS PARA A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO.....	225
LIÇÃO Nº 17: A AVALIAÇÃO DOS MERCADOS PÚBLICOS NACIONAIS E A BOA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NAS PRÓXIMAS DÉCADAS		229
1.	OS ATRIBUTOS DA BOA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	229
2.	OS CONTRIBUTOS DAS ORIENTAÇÕES DAS NOVAS DIRETIVAS	231
3.	A AVALIAÇÃO DOS MERCADOS PÚBLICOS EM PORTUGAL E A SUA EVOLUÇÃO	231
4.	A AVALIAÇÃO DO NÍVEL DE “COMPLIANCE”	234
5.	RECOMENDAÇÕES FINAIS	235
AS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		238
OS ENDEREÇOS ELETRÓNICOS		248

APÊNDICE Nº1: AS LIMITAÇÕES DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS NO QUE RESPEITA A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS DE 2014	249
1. INTRODUÇÃO	249
2. O EFEITO DIRETO VERTICAL.....	249
3. AS 14 LIMITAÇÕES IDENTIFICADAS	250
3.1 TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA 2014/23/UE	250
3.2 PROCEDIMENTO DE NEGOCIAÇÃO	250
3.3 DIÁLOGO CONCORRENCIAL.....	250
3.4 SISTEMAS DE AQUISIÇÃO DINÂMICOS.....	250
3.5 CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO	250
3.6 CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO PARA O DIÁLOGO CONCORRENCIAL E PARA A PARCERIA PARA A INOVAÇÃO	250
3.7 CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS POR CONVITE	250
3.8 VALOR E PREÇO DO CONTRATO: EQUÍVOCOS	251
3.9 APLICAÇÃO DE LIMIARES COMUNITÁRIOS: OUTRO EQUÍVOCO	251
3.10 MEIOS DE COMUNICAÇÃO	251
3.11 CONTRATAÇÃO IN-HOUSE.....	251
3.12 INFLUÊNCIA DOMINANTE: MAIORIA DO CAPITAL	251
3.13 PRORROGAÇÃO DE PRAZOS	252
3.14 REDUÇÃO DO PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DAS CANDIDATURAS NOS PROCEDIMENTOS DE NEGOCIAÇÃO.....	252
APÊNDICE Nº2: GLOSSÁRIO.....	253
APÊNDICE Nº3: BREVE DICIONÁRIO PORTUGUÊS-INGLÊS DO GLOSSÁRIO	257

PREFÁCIOS

1. PREFÁCIO DE RUI PENA



Rui Pena é Jurisconsulto e Advogado com vasta e diversificada experiência em Direito Administrativo, Contratação Pública, Energia e Ambiente e é sócio fundador da CMS Rui Pena & Arnaut. Desempenhou importantes funções públicas como Ministro da Defesa Nacional, da Reforma Administrativa e como Deputado da Assembleia da República. Tem sido docente universitário na Universidade de Lisboa, na Universidade Católica Portuguesa, na Universidade Autónoma de Lisboa e na Universidade Livre de Lisboa. Tem presidido a numerosos órgãos societários de importantes empresas e é Presidente da Mesa da Assembleia Geral da Associação Portuguesa dos Mercados Públicos desde 2014 sendo um dos principais impulsionadores das atividades desta Associação.

Quis o Professor Luís Valadares Tavares, com a conhecida benevolência que tem para com os seus amigos, honrar-me com o pedido, a que acedi gostosamente, de prefaciar O GUIA DA BOA CONTRATAÇÃO PÚBLICA, que, numa sequência bem sistematizada de dezassete lições, trata deste instrumento fundamental para a governação e para a gestão pública.

Confrontadas politicamente com a crescente limitação dos recursos de que podem dispor face às necessidades da sua afetação a objetivos cada vez mais abrangentes, quer a governação, quer a gestão pública, são obrigadas a escolhas ponderadas e rigorosas que evitem todo o tipo de desperdício, que aumentem a transparência e o rigor das despesas e que combatam os conflitos de interesses que geralmente acabam na corrupção.

À primeira vista, o título que deu a este livro pode parecer modesto para uma obra tão notável, mas, refletindo melhor, damos conta da sua verdadeira dimensão que é a de explicitar, não o mero procedimento da contratação pública, mas o que deve ser o procedimento da “*boa contratação pública*” à luz das disposições vigentes, como bem balizou na Introdução, projetando uma visão ética sobre este procedimento, assente na análise pragmática daquilo que é na realidade.

É efetivamente uma obra notável, não só na sua conceção, metodologia e realização, mas também no seu objetivo e oportunidade.

O Professor Luís Valadares Tavares sabe muito bem do que fala e do que pretende ensinar, apontando os caminhos certos e guiando-nos na sua direção. Combina o saber e a experiência de muitos anos nesta área, com o conhecimento teórico e a prática (e também as manhas) das entidades adjudicantes e dos operadores do mercado.

Utiliza metodologicamente as suas ferramentas de sempre, a investigação operacional e a engenharia de sistemas, descomplexando a contratação pública e apresentando-a como um conjunto de operações (ou processo) com o escopo de alcançar um determinado resultado de acordo com o que é necessário e é pretendido, escolhendo para tanto a melhor alternativa, ou seja, aquela que vai garantir a melhor solução para o problema em causa.

O conteúdo escorreito do texto das lições, a utilização da linguagem comum e a não verbalização de futilidades evidenciam que não é obra de um jurista. No entanto, a abordagem interdisciplinar que influencia positivamente este Guia demonstra, por parte do Autor, um conhecimento certo da Ciência do Direito e a utilização com os melhores resultados dos respetivos instrumentos metodológicos, porventura decorrente da osmose provocada por um duradouro e frutuoso convívio com professores e advogados, mas também daquela sagacidade e intuição que todos lhe reconhecem.

O objetivo pretendido com este livro é muito claro e insere-se na preocupação que o Professor Luís Valadares Tavares sempre manifestou pela reforma da Administração Pública, desde a sua passagem pelo Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Educação e pelo Instituto Nacional de Administração (INA), e que redirecionou, na última década, para a contratação pública, quando fundou Associação Portuguesa dos Mercados Públicos (APMEP), através desta e de muitas outras instituições e iniciativas que tem patrocinado, sobretudo no âmbito da contratação pública eletrónica.

Profundo conhecedor da economia digital, a contratação eletrónica é muito justamente a menina dos olhos do Professor Luís Valadares Tavares, pois assegura, não só mais transparência e melhor concorrência nos procedimentos, como garante a confidencialidade e integridade das propostas. É-lhe devido todo o mérito pela posição que Portugal detém de pioneiro na adoção das plataformas eletrónicas e que influenciou a própria União Europeia neste último pacote de Diretivas.

Não podemos deixar de referir ainda o seu papel decisivo na implementação de todas as suas técnicas e instrumentos, desde os acordos-quadro e os sistemas de aquisição dinâmicos, passando pelos leilões eletrónicos, os catálogos eletrónicos e as centrais de compras, até às garantias de segurança dos sistemas e ao catálogo dos modelos de avaliação das propostas.

A abertura e publicitação dos procedimentos e a redução dos ajustes diretos têm sido outras das suas causas. Se a primeira já se traduz num sucesso, a segunda persiste teimosamente, com todos os efeitos perniciosos conhecidos e que os *media* regularmente noticiam. O procedimento por ajuste direto continua a atingir percentagens superiores a 80% relativamente aos outros tipos procedimentais previstos e representa, do ponto de vista da despesa, quase 45% do valor despendido com a totalidade dos contratos públicos publicitados. Acredito que também vai acabar por vencer esta cruzada que pouco a pouco, com avanços e recuos, tem vindo a ganhar peso e influência. É uma questão de tempo.

Este Guia não podia ainda deixar de ser mais oportuno já que procura responder às alterações no sistema da contratação pública decorrentes da transposição do pacote de Diretivas publicado em 2014, só agora inexplicavelmente efetuado através da recauchutagem do Código dos Contratos Públicos de 2008, preterindo o risco bem avisado do Evangelho, de que ninguém deve pôr remendo de pano novo em vestido velho, nem encher de vinho novo os odres velhos...

Não interessa voltar a contribuir para esta questão que dividiu a nossa comunidade jurídica: o legislador é soberano e fez o que entendeu que devia fazer. Está feito. O que é importante, agora, é compreender e interiorizar as profundas alterações decorrentes deste novo pacote de Diretivas e refleti-las na interpretação e aplicação do Código dos Contratos Públicos depois de “enxertado” com aquelas Diretivas na sua redação atual, de molde a dar-lhe aquela coerência de que necessita, tendo em conta, designadamente, as dificuldades decorrentes da norma transitória e da aplicação no tempo do novo diploma que vai manter dois regimes distintos por largos anos no que respeita aos procedimentos em curso e, sobretudo, no que toca ao regime substantivo e de execução dos contratos celebrados.

É um trabalho de exegese que não pode deixar de ser feito por parte das entidades adjudicantes na defesa o interesse público que lhes compete defender, já que o acompanhamento da execução dos contratos públicos é tanto ou ainda mais importante do que o regime da própria contratação, como é sublinhado, e muito bem, nas últimas lições deste Guia.

Sem prejuízo de um certo pendor liberal derivado daquela costela anglo-saxónica que com muita graça costuma referir, o Professor Luís Valadares Tavares é um homem interventivo, perseverante e batalhador, sempre preocupado com o interesse público e o bem comum. Toma

iniciativas e faz propostas, sem ficar à espera de pedidos ou de encomendas. Nunca o vi parado e tem o condão de fazer mexer os que o rodeiam.

É o que também pretende com este livro que constitui uma autêntica arma de arremesso.

Para além de nos provocar uma reflexão atenta, vai certamente contribuir para o desiderato do seu Autor que é o de transformar a *Contratação Pública* numa *Boa Contratação Pública*, como bem explica na sua última lição: mais eficaz, para responder efetivamente às necessidades que justificaram a necessidade de contratação, mais eficiente, para conseguir os resultados pretendidos com o mínimo de dispêndio de recursos, e respeitadora do quadro legal em vigor.

Aconselho vivamente a sua leitura a todos os que têm responsabilidades neste sistema, não só àqueles que estão ligados às entidades adjudicantes e aos operadores, mas também, e sobretudo, aos decisores políticos e aos que têm por missão regular, controlar e julgar os atos decorrentes da contratação pública.

Rui Pena

2. PREFÁCIO DE GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS



Guilherme d’Oliveira Martins é Administrador Executivo da Fundação Calouste Gulbenkian e Doutor Honoris Causa pela Universidade Lusíada, pela Universidade Aberta e pelo ISCSP da Universidade de Lisboa. Foi agraciado com a Grã-Cruz da Ordem Militar de Cristo e desempenhou funções públicas da maior relevância, designadamente como Ministro da Presidência, das Finanças e da Educação, como Presidente do Tribunal de Contas e do Conselho de Prevenção da Corrupção, e bem assim como Presidente do Grande Conselho do Centro Nacional de Cultura. Também desempenhou múltiplas funções em diversos organismos internacionais designadamente na UEO, UNESCO e EUROSAL. Foi agraciado com a Grã-Cruz da Ordem Militar de Cristo e Grande

Oficial da Ordem do Infante D. Henrique tendo também sido distinguido com condecorações atribuídas por Espanha, França e Brasil. É autor de vasta obra sobre Cultura, Educação, História e Europa.

POR UMA SOCIEDADE MELHOR

O que é a boa contratação pública? É, antes do mais, a defesa e salvaguarda do bem comum. O mercado exige concorrência, mas também respeito mútuo, transparência, equidade e eficiência. Quando desejamos que todas as partes que intervêm no contrato possam ganhar e melhorar a sua situação através de uma adequada satisfação das necessidades – estamos, no fundo, a procurar que o interesse geral prevaleça e que a sociedade possa funcionar da melhor maneira. Por outro lado, é indispensável que as condições de concurso sejam justas e que os contratos sejam claros, equilibrados, eficientes e eficazes. Do mesmo passo, o direito aplicável deve corresponder a leis simples, acessíveis e pouco numerosas. Importa, porém, deixar claro que não se trata de conceber uma sociedade ideal, mas de garantir que dentro das condições possíveis se impõe a melhor utilização dos recursos públicos. Nas sociedades contemporâneas, os contratos públicos, independentemente das soluções técnicas, devem assegurar que o dinheiro público (porque é de todos) e os interesses legítimos dos contribuintes sejam defendidos, do mesmo modo que os diversos intervenientes no mercado, a fim de que as melhores condições correspondam simultaneamente à correta utilização dos meios de todos e ao escrupuloso respeito de uma justa concorrência.

Nos dois pratos da balança estão, assim, a melhor utilização dos meios que a todos dizem respeito e que estão sob a tutela dos cidadãos contribuintes e dos órgãos do Estado de Direito e o funcionamento equitativo e justo do mercado, sem discriminações nem favorecimentos. Num tempo em que o combate ao desperdício, à má utilização de fundos públicos e à corrupção estão na ordem do dia – em nome da sustentabilidade global das finanças públicas e da economia – a boa contratação, e em especial a pública, torna-se uma exigência fundamental. Estamos, assim, nesta obra perante um guia que pretende ter a máxima utilidade para compradores, vendedores, magistrados, auditores, contribuintes e cidadãos em geral. Todos são destinatários de um instrumento como este, que existe nas sociedades mais conscientes da importância do bom funcionamento dos mercados. Desde os serviços personalizados aos serviços globalizados – desde matérias-primas a obras de arte – estamos a procurar pôr em prática um novo paradigma baseado na clareza, na transparência e na consulta efetiva dos mercados. E este novo paradigma torna-se mais evidente, uma vez que os contínuos progressos da economia digital obrigam a uma muito mais rigorosa aplicação de regras que se orientem

para a defesa do interesse público, como interesse geral e como compatibilização dos interesses próprios legítimos dos cidadãos.

Contribuir para contratar bem é a melhor forma de prosseguir o bem comum enquanto interesse público. E não esqueçamos que etimologicamente interesse significa ser entre, ou seja, o conceito obriga à cooperação mútua. O Professor Luís Valadares Tavares tem, a partir da sua formação e prática em investigação operacional, e em Engenharia de Sistemas e Modelos de Gestão das Organizações e dos Mercados Públicos, trabalhado com especial determinação na criação de condições práticas para que a boa contratação pública não seja uma quimera, mas para que possa ser um instrumento que permita o melhor funcionamento da economia, o aumento do produto económico potencial, e sobretudo para que seja um fator de desenvolvimento humano. Pela economia digital e com respeito pela concorrência, poderemos melhorar a eficiência económica através de um mais claro e efetivo acesso à ponderação complexa de fatores presentes numa decisão no tocante à contratação pública – de modo a impedir discriminações e distorções.

Impõe-se, assim, o equilíbrio entre as necessidades e as preferências de quem contrata e as capacidades e interesses da outra parte. Deve reduzir-se a incerteza na gestão das relações de troca e no controlo durante a execução do contrato. Importa estabelecer um quadro de regulação, avaliação e promoção do melhor desempenho possível do contratante. Mas para que tal ocorra é indispensável que se contrariem as inércias e as rotinas que resistem ao rigor, à concorrência e às consultas do mercado e à transparência. O ajuste direto deve ser evitado, devendo haver demonstração de que se conseguiram as melhores condições possíveis de qualidade, de prazo e de preço. E não se argumente com a celeridade e com a urgência – uma vez que a boa condução dos negócios públicos obriga à prevenção, à prudência e à antecipação. Acordar tarde prejudica todos, quando há compromissos a cumprir e a respeitar.

Um Guia como aquele que agora se apresenta é um precioso auxiliar para garantir que há equilíbrio, equidade, eficácia e eficiência. Aqui estão os modos de prevenir o mau uso dos recursos e de encontrar os melhores métodos. Dir-se-á que o bem comum é trabalhoso. Sem dúvida que é, mas muito pior é curar mal do que está ao nosso cuidado e à nossa responsabilidade. E hoje os novos meios digitais, as novas tecnologias de informação e comunicação permitem, com maior comodidade e clareza, defender e salvaguardar o interesse de todos. Não é do império da perfeição que cuidamos, mas da possibilidade de irmos melhor ao encontro do que se nos exige numa sociedade de cidadãos livres e responsáveis.

Guilherme d'Oliveira Martins

RESUMO

Este livro é um Guia dedicado a todos os interessados nos mercados públicos – compradores, vendedores, reguladores e atores do sistema judicial – com o objetivo de contribuir para melhorar a formação, a execução, a avaliação e a regulação dos contratos públicos.

A metodologia adotada baseia-se na abordagem sistémica e interdisciplinar aplicada ao estudo das novas Diretivas de 2014 e às recentes alterações representadas pelo novo Código (Decreto-Lei 111-B/2017 de 31 de Agosto) integrando-as no âmbito das grandes linhas de evolução do pensamento sobre a Gestão Pública e a Economia Digital porquanto importa não esquecer que a contratação pública é uma das componentes da Gestão Pública e a Economia Digital vem revolucionando todos os mercados, designadamente os mercados públicos. Na verdade, melhorar a contratação pública implica integrar os contributos das disciplinas mais relevantes, designadamente, da Gestão Pública, do Direito, da Teoria da Decisão, da Economia e das Tecnologias Digitais e é este o objetivo último deste livro.

Este Guia estrutura-se em 17 Lições distribuídas por 4 partes e incidindo sobre as temáticas que se indicam seguidamente:

PARTE I: OS PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS E NACIONAIS

- A) O estudo das Diretivas **(Lição nº1)**;
- B) Os princípios da contratação pública **(Lição nº2)**;
- C) Os âmbitos subjetivos e objetivos da contratação pública **(Lição nº 3)**;

PARTE II: O CICLO DA CONTRATAÇÃO, O MODELO DE AVALIAÇÃO E A ECONOMIA DIGITAL

- D) O modelo sistémico do ciclo da contratação pública, a sua gestão e a fundamentação da decisão de contratar **(Lições nº 4 e 5)**;
- E) As potencialidades e as implicações da Economia Digital e da contratação pública eletrónica **(Lição nº 6)**;
- F) A elaboração e o catálogo dos modelos de avaliação das propostas e das candidaturas **(Lições nºs 7 e 8)**;

PARTE III: OS PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

- G) A análise comparativa dos procedimentos de formação dos contratos e a proposição de metodologia dedicada à sua escolha **(Lições nº 9 e 10)**;
- H) As condições de acesso e de participação nos mercados públicos e a gestão do risco de incumprimento **(Lição nº11)**;
- I) O estudo dos procedimentos e dos instrumentos de formação dos contratos e como devem ser aplicados **(Lições nº 12, 13 e 14)**;

PARTE IV: A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS, A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E RECOMENDAÇÕES FINAIS

- J) A execução dos contratos, a relação jurídica substantiva dos contratos administrativos, a avaliação do desempenho do cocontratante, as modificações ao contrato, a subcontratação e a arbitragem **(Lição nº 15)**;
- K) A prevenção da corrupção **(Lição nº16)**;
- L) O diagnóstico dos mercados públicos nacionais e as recomendações finais **(Lição nº 17)**;

No final, apresenta-se no Apêndice nº1 breve análise da transposição para o Direito nacional das Diretivas de 2014, assinalando as limitações e deficiências consideradas mais significativas pelo autor e completa-se este Guia com os Apêndices nº2 e 3 onde se inclui o glossário relativo aos principais conceitos apresentados no Guia e sua tradução para inglês a fim de facilitar o seu estudo e o seu tratamento futuro em termos ontológicos por modelos de Engenharia Semântica.

Palavras-chave:

Mercados públicos; ciclo da contratação pública; modelo sistémico; formação dos contratos públicos; procedimento; execução; avaliação do desempenho; economia digital; contratação pública eletrónica; modelo de avaliação das propostas.

Keywords:

Public markets; public contracting cycle; systemic model; formation of public contracts; performance evaluation ; digital economy; execution ; e-public procurement ; tender evaluation model.