

Parecer N.º	DAJ 59/18
Data	22 de fevereiro de 2018
Autor	Elisabete Frutuoso

Temáticas abordadas	Publicidade Autarquias locais Código dos Contratos Públicos Critério material
----------------------------	--

Notas

Através de email de 2018 e do ofício nº, da Câmara Municipal da, foi solicitado a esta CCDR um parecer jurídico sobre a admissibilidade de essa autarquia proceder à aquisição de publicidade no Jornal da e na Rádio, ao abrigo da subal. ii) da al. e) do nº 1 do art. 24º do Código dos Contratos Públicos (CCP), para anunciar os deveres dos proprietários de terrenos em matéria de gestão de combustível e o plano global de comunicação, num valor estimado anual de 21.000,00 €.

Temos a informar:

De acordo com o referido, pretende essa Câmara contratar serviços de publicidade a meios de comunicação locais, invocando, para tal, o critério material da aptidão técnica do prestador, previsto na subal. ii) da al. e) do nº 1 do art. 24º do CCP.

Ora, como sabemos, o procedimento pré-contratual pode, de acordo com o previsto no CCP, ser adotado em função do valor do contrato ou de critérios materiais, podendo, neste caso, adotar-se um ajuste direto ou uma consulta prévia, independentemente do valor, por força, respetivamente, dos arts. 24º a 27º e 27º-A do CCP.

Embora a lei não o estabeleça expressamente, a jurisprudência nacional e comunitária, em obediência ao princípio da concorrência, dá preferência à escolha dos procedimentos em função do valor, e, em particular, aos procedimentos concursais em detrimento dos de ajuste direto e da consulta prévia.

Esta prevalência compreende-se, conforme resulta, aliás, da jurisprudência constante do STA e do Tribunal de Contas¹, uma vez que o concurso público, enquanto

¹ Acórdão do STA 011/11, de 21.06.2011, 2ª Subsecção do CA; Acórdãos do Tribunal de Contas nºs 20/07, de 20.11, em recursos ordinários nºs 23/2007 e 4/2008, de 12.02.2008, 29/2008 e 6/2008, de 10.03.2008

procedimento regra no domínio da contratação pública, é aquele que melhor promove os princípios da concorrência, da transparência e demais princípios consagrados no art. 1º-A do CCP.

Tal permite-nos, por outro lado, afirmar, que o ajuste direto, enquanto exceção ao regime regra, deve implicar, quando a sua escolha é feita em função de critérios materiais, “*cuidados redobrados na aferição dos critérios legais definidos para a sua convocação*”. É, desde logo, o que a lei impõe quando faz depender a escolha deste procedimento de fortes condicionalismos e apertados requisitos.

Em suma, dever-se-á considerar que o recurso ao ajuste direto com fundamento em critérios materiais, arts. 24º a 27º do CCP, tem um carácter excecional em relação às regras gerais da escolha do procedimento previstas nos arts. 19º a 21º do CCP.

Importa aqui salientar, ainda, que o legislador, com as alterações introduzidas ao CCP, pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, criou um novo tipo de procedimento, a consulta prévia, privilegiando a sua adoção em detrimento da do ajuste direto.

É de facto o que resulta do art. 27º-A do CCP, ao dispor que “*Nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.*”.

Posto isto, vejamos, então, o que estipula a al. e) do nº 1 do art. 24º do CCP:

“*As prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões:*

- i) O objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico;*

- ii) *Não exista concorrência por motivos técnicos;*
- iii) *Seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual;”.*

Impõe, assim, esta norma a verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

- Que o recurso ao ajuste direto se fundamente em motivos artísticos ou técnicos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos; e
- Que a prestação do objeto do contrato, por tais motivos, só possa ser confiada a uma determinada entidade.

Pela conjugação dos referidos requisitos não basta, pois, que se conclua pela existência de motivos técnicos, artísticos ou jurídicos, é imprescindível que a entidade adjudicante comprove inequivocamente que por esses motivos (um ou mais) só uma única entidade está habilitada a prestar o serviço em causa.

Ao citado normativo, acresce um outro, o nº 4 do art. 24º, que, referindo-se às subal. ii) e iii) do seu nº 1, estipula que o ajuste direto “*só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar.*”.

Quis assim o legislador, nesta norma, reforçar e reiterar a determinação de que o ajuste direito é um procedimento pré-contratual excecional, exigindo para a sua adoção a fundamentação do critério material em questão.

Pressupõem estes critérios, pois, o princípio da inutilidade do recurso a outro procedimento pré-contratual, ou seja, o princípio que reconhece a desnecessidade da abertura de um procedimento concursal (onde poderão concorrer vários interessados) quando *ab initio* se sabe que só uma única entidade pode prestar o serviço que se pretende contratar.

À luz destes critérios, como é referido no já citado Acórdão do STA nº 011/11, “*temos que o procedimento de ajuste direto só se mostrará legitimado quando a entidade adjudicante demonstre que só aquele concreto prestador de serviços está técnica ou artisticamente habilitado ou detém direitos exclusivos objeto de proteção para executar o serviço pretendido*”.

Feita esta breve abordagem do regime de escolha do procedimento, o que importa agora saber é se relativamente à aquisição de serviços pretendida, a contratação de serviços de publicidade a meios de comunicação apenas locais, cujo valor estimado do contrato de 21.000 € exige um procedimento de consulta prévia, a fundamentação aduzida pela autarquia para a adoção do ajuste direto preenche os requisitos já citados da subal. ii) da al. e) do nº 1 do art. 24º do CCP.

Assim, para o efeito, o Município justifica essa adoção, essencialmente, pelo facto do Jornal da e a Rádio serem os únicos órgãos de comunicação social regional editados na sua área e exclusivamente dedicados a notícias da, concluindo que, por isso, não existe “*tecnicamente concorrência nas áreas em que estes meios de comunicação social atuam, com as características enunciadas e na respetiva esfera geográfica de atuação*”.

Contudo, sobre os motivos técnicos, o que está em causa, como refere Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira², “*é só haver nesse espaço uma empresa com a expertise ou o know how necessário para a execução da obra ou serviço (...), sendo irrelevante (como se decidiu no acórdão Comissão v. Itália, de 3 de Maio de 1994, do TJUE, proferido no proc. nº C_199-85) que se demonstre ser uma determinada empresa a “melhor operadora do mercado” ou, mesmo, dizemos nós, que se demonstre ser ela a única que atinge níveis qualitativos ou quantitativos da ordem pretendida*”.

² In *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, pág. 758

Ora, do exposto facilmente se verifica que na fundamentação apresentada não estão reunidos os pressupostos do critério relativo à aptidão técnica dos prestadores, porquanto não se demonstra e comprova que a prestação do objeto do contrato só a eles possa ser confiada. Pelo contrário, é a própria autarquia que refere que, embora não tenham o âmbito local pretendido, existem outros jornais regionais editados, por exemplo, em, capazes, acrescentamos nós, de anunciar e difundir com eficácia as obrigações dos proprietários de terrenos em matéria de gestão combustível.

Na verdade, não bastaria, sequer, para a aplicação do referido critério que os meios de comunicação social em causa fossem, porventura, os mais adequados ou qualificados no mercado, sempre seria essencial, que fossem, respetivamente, os únicos habilitados para o fazer.

Do que se acaba de dizer, temos assim que o recurso ao ajuste direto em função de motivos técnicos, previstos e regulados na subal. ii) da al. e) do n.º 1 do art. 24.º do CCP, não é no caso concreto admissível, devendo, por isso, em função do valor do contrato de 21.000 €, adotar-se a consulta prévia ou um procedimento concursal adequado.

Desta feita, de tudo o que antecede, somos forçados a concluir que no presente caso, não se verificando qualquer motivo técnico que permita confiar a publicidade das obrigações dos proprietários em matéria de gestão combustível e do plano global de comunicação a um único prestador, respetivamente, ao Jornal da e à Rádio, a entidade adjudicante ao pretender recorrer a um procedimento de ajuste direto, cujo valor do contrato aponta para um procedimento de consulta prévia, em função do valor, viola o disposto na subal. ii) da al. e) do n.º 1 do art. 24.º do CCP.