

Parecer n.º	DAJ 24/2022
--------------------	-------------

Data	9 de fevereiro de 2022
-------------	------------------------

Autor	Maria da Conceição Azevedo
--------------	----------------------------

Temáticas abordadas	Código dos Contratos Públicos Artigo 113.º, n.º 4 - aplicação do seu regime
----------------------------	--

Notas

Foi solicitado pelo Presidente da Câmara Municipal ..., através do ofício, com a ref.^a 36, de 07.01.2021, remetido, por email, a esta CCDR, a 10.01.2021, um parecer jurídico sobre as condições de aplicabilidade do n.º 4 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos, na redação introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

Também foi remetida a Informação Interna n.º 8353/2021, de 30/07/2021, elaborada pela Sr.^a Chefe da Divisão Administrativa e Jurídica sobre um caso concreto exposto pelo Chefe da Divisão de Gestão e Conservação Rodoviária, Gestão de Frota e Proteção Civil.

Cumprе, pois, emitir o solicitado parecer:

A Lei n.º 30/2021, de 21 de maio¹, para além das medidas especiais de contratação pública, introduziu alterações ao CCP², nomeadamente ao previsto no artigo 113.º do CCP, sobre a escolha de entidades para apresentar propostas em procedimentos de ajuste direto ou de consulta prévia, os respetivos impedimentos e os casos em que esses impedimentos não se aplicam.

Dispõe o n.º 1 do artigo 112.º do CCP, que a consulta prévia é o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar.

E, nos termos n.º 2 do artigo 112.º do CCP, o ajuste direto é o procedimento pré-contratual em que a entidade adjudicante, como é o caso do Município, convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta.

Nos referidos procedimentos, cabe ao órgão competente para a decisão de contratar a escolha das entidades convidadas a apresentar proposta (n.º 1 do artigo 113.º do CCP).

Por seu turno, o CCP prevê, nos n.ºs 2, 5 e 6 do referido normativo, os impedimentos à escolha de entidades a apresentar propostas, nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia.

¹ Retificada pela Declaração de retificação n.º 25/2021, de 21 de julho.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, versão atualizada.

Importa notar, dada a relevância na presente análise, que o n.º 2 do 113.º do CCP dispõe que *“Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas.”*

Tal significa, que a lei, faz recair sobre a entidade adjudicante a obrigação de conhecer os impedimentos que limitam a sua escolha das entidades a quem pode convidar a apresentar propostas.

Dito isto, o n.º 4.º do referido artigo 113.º estabelece então um regime excecional ao regime dos impedimentos previstos no referido n.º 2 do mesmo normativo legal.

Com efeito, determina o n.º 4 que, quando a entidade adjudicante é uma autarquia local, desde que se verifiquem cumulativamente todos os requisitos legais, a mesma não se encontra impedida de convidar os operadores económicos a apresentar propostas quando adote um procedimento de ajuste direto para *“locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente”*

Ou seja, o CCP no n.º 4 do artigo 113.º, exceciona da aplicação do regime do n.º 2, os casos em que sendo a entidade adjudicante uma autarquia local, esteja em causa a adoção de um procedimento de ajuste direto com vista à formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente sempre que:

“a) A entidade convidada seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, com sede e atividade efetiva no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante; e

b) A entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir.”

Dito isto, analisemos, então, cada um dos requisitos cumulativos previstos na lei.

i. autarquias locais

De referir que as autarquias locais são entidades adjudicantes, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP e em conformidade com o n.º 1 do artigo 236.º da CRP estas são, no continenete, as freguesias e os municípios.

Por seu turno, a decisão de contratar compete ao órgão com competência para autorizar a despesa sendo, consoante o valor, do presidente e da câmara municipal, nos termos do estabelecido, respetivamente, nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 197/1999, de 08 de junho³.

ii. ajuste direto

Como já referimos, nos termos do n.º 2 do artigo 112.º do CCP, o ajuste direto é o procedimento pré-contratual em que a entidade adjudicante, como é o caso do Município, convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta.

iii. os bens ou serviços de uso corrente

De notar que o conceito de bens ou serviços de uso corrente não é novo, o mesmo surge ao longo do CCP, designadamente na alínea a) do n.º 1 do artigo 26.º, no artigo 155.º e n.º 1 do artigo 237.º, constando do preâmbulo do diploma legal que aprovou o CCP, que se trata de *“bens e serviços cujas especificações técnicas são standardizadas”*.

A este propósito afirma o Tribunal de Contas no seu Acórdão 4/2018 de 20.03.2018, Secção: 1ª S/PL⁴ que *“18. A doutrina tende a considerar que os bens ou serviços são de “uso corrente” quando se trate de «(...) bens consumíveis, cujo stock é necessário repor frequentemente e cuja oferta, pelos diversos fornecedores ou prestadores, é praticamente idêntica – sem prejuízo de poder haver nichos de mercado onde os mesmos se revestem de alta qualidade (e custam preços bem mais elevados do que os “correntes”, digamos assim) – sendo, as respetivas especificações técnicas e*

³ Este diploma foi revogado pela alínea f) do art.º 14.º do [Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro](#), com exceção dos artigos 16.º a 22.º e 29.º. Por seu turno o Decreto-Lei n.º 40/2011, de 22 de março revogou estes artigos. Contudo, posteriormente, foram ripristinados pela Resolução da AR n.º 86/2011, de 11 de abril.

⁴ Recurso Ordinário: 5/2018; Processos: 3504/2017 e 3850/2017, disponível e consultável em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2018/ac004-2018-1spl.pdf>

funcionais, porque estandardizadas, facilmente definíveis na totalidade». 3 [Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. Citada, pp. 722.]

Acrescentando aquele aresto «De acordo com o artigo 237.º, n.º 2 (do CCP) consideram-se serviços e bens de uso corrente “aqueles cujas especificações técnicas se encontrem totalmente estandardizadas”»: embora tal preceito afirme expressamente que esta noção apenas vale para efeitos da instituição de serviços de aquisição dinâmicos, na ausência de qualquer outro apoio não nos repugna utilizá-lo para efeitos de delimitação do âmbito de aplicação do concurso público urgente». 4 [Cfr. MIGUEL LUCAS PIRES, Concurso público urgente – o regime do Código dos Contratos Públicos, in Revista de Contratos Públicos, n.º 4, 2012, CEDIPRE, pp. 151.]”

Também sendo afirmado no referido Acórdão que “21. (...), a caracterização desses serviços como de “uso corrente” compete à própria entidade adjudicante tendo em conta o “nicho de mercado” em que ela se insere; considerando ainda que os serviços em causa possam ser considerados como serviços estandardizados ou padronizados, de acordo com as normas internacionais aplicáveis, (...)”

Além disso, sufragando o entendimento da doutrina sobre esta matéria considera-se que os bens ou serviços são de “uso corrente” quando se trate de “(...) bens consumíveis, cujo stock é necessário repor frequentemente e cuja oferta, pelos diversos fornecedores ou prestadores, é praticamente idêntica⁵ sendo, as respetivas especificações técnicas e funcionais, porque estandardizadas, facilmente definíveis na totalidade»”.

iv. a certificação de uma empresa como micro, pequena ou média

A certificação de PME, da competência do IAPMEI, I. P., visa aferir o estatuto de micro, de pequena ou de média empresa de qualquer empresa interessada em obter tal qualidade (cf. n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 372/2007)⁶ e “é aplicável a todas as empresas que necessitem de apresentar e comprovar o estatuto de micro, de

⁵ Sem prejuízo de poder haver nichos de mercado onde os mesmos se revestem de alta qualidade cujos preços são também mais elevados.

⁶ O Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, instituiu a certificação eletrónica do estatuto de micro, pequena e média empresas (PME), alterado pelo Decreto-Lei n.º 143/2009, de 16 de junho e pelo Decreto-Lei n.º 81/2017, de 30 de junho.

pequena ou de média empresa no âmbito dos procedimentos administrativos para cuja instrução ou decisão final seja legalmente ou regulamentarmente exigida.” (cf. n.º 1 do artigo 3.º).

Assim, a certificação de PME prevista no referido diploma legal é obrigatória para todas as entidades envolvidas em procedimentos que exijam o estatuto de micro, de pequena ou de média empresa, designadamente às entidades administrativas independentes e da administração autónoma do Estado, onde se incluem as autarquias locais.

Efetivamente, a certificação como micro e PME possibilita às empresas provar o seu estatuto sempre que isso lhes seja pedido, incluindo para efeitos do previsto na alínea a) do n.º 4 do artigo 113.º do CCP, de acordo com as características definidas pelo artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007.

Para este efeito, o artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007 define micro, pequena e média empresa. Assim:

- uma microempresa tem, simultaneamente, menos de 10 trabalhadores e um valor total de vendas por ano igual ou inferior a 2 milhões de euros ou um balanço igual ou inferior a 2 milhões de euros (n.º 3).
- uma pequena empresa tem simultaneamente menos de 50 trabalhadores e um valor total de vendas por ano igual ou inferior a 10 milhões de euros ou um balanço igual ou inferior a 10 milhões de euros (n.º 2).
- uma média empresa tem simultaneamente menos de 250 trabalhadores e um valor total de vendas por ano igual ou inferior a 50 milhões de euros ou um balanço igual ou inferior a 43 milhões de euros (n.º 1).

v. do especial dever de fundamentação da alínea b) do n.º 4 do artigo 113.º do CCP

Além dos suprarreferidos requisitos, o Município só pode excluir a aplicabilidade do regime dos impedimentos previstos no n.º 2 do 113.º do CCP, se demonstrar fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir no território da autarquia.

Assim, no que diz respeito à alínea b) do n.º 4 do artigo 113.º, estamos perante um especial dever de fundamentação, na medida em que estabelece um ónus da prova exclusivamente para o Município, sendo, por isso, um requisito cumulativo, que se revela essencial para a aplicação do regime excecional.

Com efeito, este dever especial de fundamentação que recai sobre o Município obrigatório, para poder recorrer ao regime de exceção do n.º 4 do artigo 113.º, a assegurar e demonstrar que a entidade convidada, sendo uma micro, pequena ou média empresa certificada, com sede e efetiva atividade económica no território municipal, é, na respetiva circunscrição territorial, a única fornecedora do tipo de bens ou prestadora dos serviços que pretende locar ou adquirir.

Assim, entende-se que o Município tem de revelar qual foi o percurso cognitivo, quais as evidências que apontam nesse sentido e quais as diligências que realizou para que, de forma clara e objetiva, não restem dúvidas sobre a sua atuação, no sentido de demonstrar que não existem outros operadores económicos na respetiva área municipal que forneçam aqueles bens ou prestem aqueles serviços no território em questão.

Tal significa, em concreto, que a prova variará, não apenas consoante o tipo de bens e a natureza do serviço a adquirir, mas, sobretudo, em função dos fornecedores e prestadores existentes na área do Município em causa.

Em suma, concluindo, além de ter de cumprir todos os já referidos requisitos, este critério exige que o Município verifique, previamente, que não existem agentes económicos que atuem na área municipal que possam satisfazer a sua necessidade concreta, dado que só após esta diligência, poderá estar em condições de determinar que apenas existe, na sua circunscrição territorial, um único fornecedor do bem ou prestador do serviço que visa contratar.