



O Princípio da Concorrência e o Ajuste Direto

Fernando Batista
Jurista

O princípio da concorrência encontra-se reforçado no Código dos Contratos Públicos (doravante designado apenas por CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Junho, concretamente no seu artigo 1.º n.º 4, ao se estabelecer que “à contratação pública aplicam-se especialmente os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência”.

O princípio da concorrência, pedra basilar e elemento dinamizador do denominado mercado único europeu, pode ser entendido como aquele que visa potenciar o mais amplo acesso dos interessados em contratar aos procedimentos contratuais, pois só com uma competição livre e sã os operadores económicos poderão apresentar as suas propostas contratuais mais vantajosas para as entidades públicas contratantes e assim proporcionar que o interesse público seja salvaguardado, garantindo que se venha a contratualizar nas melhores condições técnicas, económicas e financeiras.

Este princípio, atenta a sua importância, encontra-se consagrado no Tratado da União Europeia (artigos 81.º a 89.º) mas também tem consagração como valor fundamental na Constituição Portuguesa (artigo 81.º) sendo a sua defesa o principal objetivo da Autoridade da Concorrência.

De facto, nos contratos públicos, o princípio da concorrência decorre de três princípios fundamentais: o da liberdade económica, o do livre acesso aos procedimentos pré-contratuais e o da igualdade de tratamento.

No ordenamento jurídico português existem cinco procedimentos típicos que deverão preceder a celebração de um contrato público. Efetivamente, no artigo 16.º n.º 1 do CCP, estão previstos o procedimento de ajuste direto, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial. Entre estes procedimentos, só o ajuste direto é dado a conhecer através de convite, sendo os demais dados a conhecer através de anúncio publicado no Diário da República e, em determinados casos, no Jornal Oficial da União Europeia.



Dito por outras palavras, no ajuste direto só pode concorrer aquele que tiver sido convidado, enquanto nos outros procedimentos pode concorrer todo aquele que considere estar em condições para o fazer, pelo que, em princípio, o ajuste direto é o procedimento menos concorrencial porque o livre acesso a esse procedimento se encontra limitado.

Chegados a este patamar, importa ver como o legislador nacional definiu o ajuste direto. Conforme se pode ler no artigo 112.º do CCP, *“o ajuste directo é o procedimento em que a entidade adjudicante convida directamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar”* (sublinhado nosso), acrescentando o artigo 114º nº 1 do mesmo código que *“a entidade adjudicante pode, sempre que o considere conveniente, convidar a apresentar proposta mais de uma entidade”*.

Pode-se depreender da conjugação destes dois artigos que a entidade adjudicante pode sempre optar por fazer apenas um convite ou mais do que um. Entendemos, no entanto, que assim não deve ser, ou seja, sempre que o mercado estiver em condições de funcionar, deve-se criar as condições para que ele funcione. Se uma entidade adjudicante fizer apenas um convite, tendo a possibilidade de fazer mais do que um, decidindo fazer um único convite, não está diretamente a violar qualquer norma legal, mas está, seguramente, a não dar cumprimento a um princípio fundamental da contratação pública: o já referido “princípio da concorrência”. De facto, endereçando-se um único convite, não restam quaisquer dúvidas de que apenas uma proposta será apreciada, e neste caso, não tendo havido uma competição, o princípio da concorrência será, no mínimo, “beliscado”.

Esta posição é sufragada pela comissão europeia, podendo ser inferida da sua *“comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos”*, de 01.08.2006.

Por outro lado, o Tribunal de Contas português tem assumido esta posição, da necessidade de se proceder a mais do que um convite *“para se introduzir um mínimo de concorrência para melhor satisfação das necessidades públicas”* (ponto 27. do acórdão nº 21/18.JUL.2013/1ª S/SS). A este propósito, ver também o acórdão do Tribunal de Contas n.º 26/23.OUT.2013/1ª S/SS.



Em conclusão, mesmo nas situações legais em que é possível adotar o procedimento de ajuste direto, sempre que exista no mercado mais do que um operador económico em condições de satisfazer a necessidade pública que se pretende satisfazer com o contrato a celebrar, deverão ser convidados vários operadores (em número adequado) para que, desta forma, a concorrência seja uma realidade.

Propõe-se, de resto, que no mínimo se convide três entidades a apresentar propostas, devendo-se fundamentar, sempre que tal aconteça, a razão pela qual se irá convidar menos operadores a apresentar proposta.

Boletim Informativo n.º 12, dezembro 2013