



**BRIEF THOUGHTS ON THE TRANSPOSITION OF
THE DIRECTIVES ON PUBLIC PROCUREMENT
(2014): DO WE NEED A NEW PUBLIC CONTRACTS
CODE?**

**BREVES REFLEXÕES SOBRE A TRANSPOSIÇÃO
DAS DIRECTIVAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE
2014: PRECISAREMOS DE UM NOVO CÓDIGO DOS
CONTRATOS PÚBLICOS?**

Marco Caldeira
Número 2, 2015
ISSN 2183-184x

**E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO**

www.e-publica.pt

BRIEF THOUGHTS ON THE TRANSPOSITION OF THE DIRECTIVES ON PUBLIC PROCUREMENT (2014): DO WE NEED A NEW PUBLIC CONTRACTS CODE?

BREVES REFLEXÕES SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE 2014: PRECISAREMOS DE UM NOVO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS?

MARCO CALDEIRA¹
CIDP-ICJP
Alameda da Universidade
Cidade Universitária
1649-014 Lisboa
marco.caldeira@fd.ulisboa.pt

Resumo: As novas Directivas comunitárias em matéria de contratação pública obrigarão o legislador Português a proceder à revisão do Código dos Contratos Públicos. No texto apela-se a que essa transposição, que traduz uma decisão política, não seja feita de forma acrítica mas sim de forma participada e ponderada, aproveitando-se para alterar os aspectos do Código que careçam de aperfeiçoamento mas sem cair na tentação (e no erro) de proceder à elaboração de um novo Código.

Abstract: The Portuguese Government will revise the Public Contracts Code in accordance with the new European Directives on public procurement. The author claims that the Code's revision implies a political decision that shall be taken after an open and participated debate has taken place. The author further argues that the legal framework, dated 2008, may now be subject to any amendments found necessary, other than those strictly required by the Directives. It is however sustained that there is no need for the approval of a new Public Contracts Code.

Palavras-chave: Directivas comunitárias; transposição; decisão política; contratação pública; regras de legística.

Keywords: European Directives; transposition; political decision; public procurement; lawmaking rules.

1. Advogado. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Público

1. Na sequência da aprovação e entrada em vigor das mais recentes Directivas europeias em matéria de contratação pública², e tendo em conta o prazo estabelecido para a respectiva transposição pelos Estados-membros, deverá o legislador Português, até 18 de Abril de 2016³, aprovar as medidas legislativas⁴ destinadas a incorporar no nosso ordenamento jurídico interno o novo regime comunitário. O propósito deste texto é justamente o de tecer algumas breves considerações sobre esse processo de transposição.

2. A título de nota prévia, começa por se recordar que a nossa História mostra ser necessário dedicar uma redobrada atenção à transposição de Directivas comunitárias, já que, neste particular, o desempenho habitual do legislador Português tem sido longe de exemplar, tanto no que se refere ao *cumprimento dos prazos*⁵ como no que respeita à *adequação do conteúdo* do acto legislativo finalmente aprovado⁶.

2. Referimo-nos, é claro, às Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO L 94) em 28 de Março de 2014.

3. Cf. artigos 51.º, n.º 1 da Directiva 2014/23/UE, 90.º, n.º 1 da Directiva 2014/24/UE e 106.º, n.º 1 da Directiva 2014/25/UE.

4. Necessariamente, através de lei ou de decreto-lei, nos termos do disposto no artigo 112.º, n.º 8 da Constituição.

Defendendo que, apesar de este preceito introduzir “*algum formalismo excessivo*” no processo de transposição de Directivas comunitárias, a solução consagrada acaba por permitir um controlo mais eficaz do mesmo, “*quando encarado – como deve ser encarado – como um todo*”, cf. DIANA ETTNER, “A transposição de diretivas da União Europeia: uma questão de governação pública”, in AA.VV., *O Governo da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013, páginas 370 e 371.

5. Neste sentido, afirmando que “*Portugal has not been exemplary in its compliance with the time limits for the transposition of EU directives into domestic law, and on the contrary, it has been late in transposing several EU legal instruments*”, cf. DAVID COELHO, “The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: Procedures and Special Instruments”, in AA.VV., *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, OPET, Lisbon, 2014, página 69.

Manda a justiça, todavia, que se reconheça que os atrasos na transposição de Directivas comunitárias estão longe de constituir um problema exclusivamente Português, sendo, bem pelo contrário, transversais à generalidade dos Estados-membros, registando-se que “*quase todos (...) apresentam um défice na transposição de atos jurídicos da UE para os seus ordenamentos jurídicos internos*”: cf. DIANA ETTNER, “A transposição...”, cit., página 362.

Daí que, como se sabe, o Tribunal de Justiça tenha, ao longo do tempo, ensaiado diversas construções para prevenir ou remediar o problema, como sejam a doutrina do efeito directo ou a responsabilidade civil do Estado por falta de transposição atempada das Directivas.

Sobre algumas causas mais prováveis (e seus remédios) do não cumprimento das Directivas europeias em matéria de contratação pública, ainda que numa investigação com base em informações reconhecidamente limitadas, cf. KEES GELDERMAN, PAUL GHUSEN e JORDIE SCHOONEN, “Explaining Non-Compliance with European Union Procurement Directives: A Multidisciplinary Perspective”, in *Journal of Common Market Studies*, Volume 48, Number 2, March 2010, páginas 243 a 260.

6. A este respeito, não resistimos a transcrever as duríssimas palavras proferidas (há mais de uma década, é certo) por LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, para quem “*o nosso legislador não tem normalmente a coragem e a lucidez de transpor crítica e criteriosamente as normas comunitárias (particularmente as Directivas), limitando-se a uma tradução literal e servil, confiando que a doutrina e a jurisprudência resolvam o problema*”: cf. *Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, Almedina, Coimbra, 2000, página 83.

Ora, se há campo em que se justifica cumprir (e cumprir *bem*) os prazos de transposição das Directivas, rompendo com a tendência tantas vezes verificada entre nós, esse campo é precisamente o da contratação pública, cujos impacto prático e peso económico dispensam ulteriores demonstrações da afirmação acabada de proferir.

3. Verdade seja dita que o Estado Português já se *apercebeu* da necessidade de transpor as novas Directivas para o ordenamento interno e, nesse sentido, o Governo já nomeou inclusivamente uma comissão para proceder à elaboração do anteprojecto do correspondente diploma de transposição⁷.

Esse facto, aliado à circunstância de o nosso quadro legal em matéria de contratação pública já se aproximar bastante do regime consagrado nas Directivas que agora devem ser transpostas⁸, permite concluir que, desta vez, não se vislumbram motivos para recear que o Estado Português incumpra a sua obrigação de transpor as Directivas comunitárias dentro do prazo estabelecido para o efeito.

4. Nesta linha, inexistindo, para já, indícios de que o cumprimento do prazo de transposição possa estar em risco (apesar de ser preciso dizer que a nomeação da comissão foi, para dizer o mínimo, tardia), a nossa preocupação centra-se essencialmente sobre o *modo* como as Directivas serão transpostas.

No entanto, tendo presente a conveniência de, no processo de transposição de Directivas, diferenciar os planos da decisão *política* e o do trabalho *técnico-administrativo*⁹, cabe ressaltar desde já que será sobre o primeiro plano que nos debruçaremos nas linhas subsequentes. Ou seja, mais do que apontar concretos aspectos de regime que, do ponto de vista *jurídico*, se torna necessário alterar para compatibilizar a legislação Portuguesa com o novo quadro comunitário, importa-nos sobretudo indagar qual deverá ser a *orientação política*, a *filosofia global* do diploma de transposição.

É que, ao contrário de tantas vezes sucede, inclusivamente ao mais alto nível e no âmbito da revisão dos diplomas mais estruturantes do nosso ordenamento jurídico¹⁰, *primeiro* há que definir quais os objectivos a atingir e só *depois* encontrar a linguagem técnico-jurídica mais adequada para verter essas opções *políticas* num articulado *legal*.

5. Assim sendo, se – sem prejuízo das obrigações decorrentes dos Tratados e

7. Cf. Despacho n.º 2969/2015 da Presidência do Conselho de Ministros e dos Ministérios das Finanças e da Economia, de 17 de Março de 2015, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 58, de 24 de Março de 2015.

8. Cf. DAVID COELHO, “The New Directive...”, cit., página 69.

9. Cf. DIANA ETTNER, “A transposição...”, cit., página 378.

10. O exemplo paradigmático desta inversão (metodo)lógica encontra-se nos processos de revisão constitucional ciclicamente desencadeados junto do Parlamento, nos quais, como bem refere ANTÓNIO DE ARAÚJO, a perspectiva das diferentes forças políticas “*tem sido exactamente a inversa (...): primeiro, começa-se por se avançar propostas de alteração ao articulado, redigidas por juristas, e só depois se iniciam «negociações», as quais incidem, não sobre grandes opções de fundo, previamente sedimentadas, mas sobre o conjunto mais ou menos variado de preceitos que cada um se propõe consagrar, melhorar ou eliminar*”: cf. “A Constituição como “problema””, in AA.VV., *A Constituição Revista, e-book* da Fundação Francisco Manuel dos Santos, Abril de 2011, página 140 (disponível em www.ffms.pt).

do entendimento crescentemente “ampliativo” do Tribunal de Justiça relativamente às Directivas, a ponto de lhes atribuir determinados efeitos mesmo antes de expirado o respectivo prazo de transposição¹¹ – a transposição das Directivas constitui, em primeira linha, uma opção *política*, é a este nível que deve primordialmente colocar-se a questão de *como* levar a cabo essa tarefa.

A este respeito, tanto quanto sabemos, o Governo não terá transmitido antecipadamente quaisquer orientações à comissão incumbida de elaborar o anteprojecto de diploma de transposição (pelo menos, tais orientações, a existirem, não constam do Despacho de nomeação), o que indicia que, neste momento, o poder político ainda não se terá vinculado a qualquer opção pré-definida e, porventura, aguardará pelo resultado do trabalho da comissão para, só então, em face de um projeto de articulado, tomar a *opção de fundo* quanto ao alcance das alterações a consagrar¹².

Razão acrescida para que *agora* se discuta o rumo que, a final, se pretende seguir.

6. Como se depreende já do que acima ficou dito, o nosso apelo à discussão parte de duas premissas distintas, mas complementares.

A primeira é a de que, quando transpõe uma Directiva comunitária para o seu ordenamento, o Estado Português, quer queira e se aperceba disso ou não, está a exercer a função *política*: apesar de estar, naturalmente, a cumprir uma obrigação no que faz, o *modo* como *escolhe* fazê-lo não é inócuo e corporiza uma determinada opção valorativa. De resto, isto mesmo é evidenciado pelas diferenças existentes entre os ordenamentos dos vários Estados-membros, verificando-se que, devendo todos transpor as *mesmas* Directivas, cada um procede a essa transposição de forma *distinta*. O que, aliás, constitui um traço específico da Directiva, ao traçar os *fins* que os Estados devem atingir, mas deixando-lhes plena liberdade para definirem os *meios* pelos quais tais fins serão prosseguidos (ao contrário do que sucede, paradigmaticamente, com o regulamento)¹³.

A segunda premissa, decorrente da primeira, é a de que, traduzindo o *resultado*

11. Sobre este ponto, cf. a análise de MARIA LUÍSA DUARTE, “O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2012, páginas 423 a 439. *Vide* ainda, mais recentemente, ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *A Directiva Comunitária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, *maxime* páginas 457 a 460 e 659 a 665.

12. Não discutiremos aqui a questão de saber se *poderia* ou não o Governo, à luz da Constituição, ter antecipadamente condicionado o trabalho da comissão através da fixação, *ab initio*, das linhas de orientação política a consagrar no diploma a ser elaborado.

Tal discussão já foi, todavia, travada entre nós há pouco mais de uma década, a propósito do Despacho n.º 1602/2001 do Ministro da Justiça, de 15 de Janeiro de 2001 (que visava definir “a estratégia e as orientações políticas para a reforma do contencioso administrativo”), tendo-se a nossa doutrina dividido entre a inconstitucionalidade desse Despacho (PAULO OTERO) ou a sua admissibilidade constitucional (VASCO PEREIRA DA SILVA): cf. a referência a esta querela, por último, no nosso *Actos Políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, AAFDL, Lisboa, 2014, páginas 217 e 218, nota 464.

13. Veja-se, a este propósito, o contraste nas definições de “regulamento” e “directiva”, hoje plasmadas nos segundo e terceiros parágrafos, respectivamente, do artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na redacção do Tratado de Lisboa.

Sobre as obrigações decorrentes das Directivas e a liberdade de escolha dos Estados na determinação da forma e dos meios da sua transposição para o respectivo ordenamento interno, cf. ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *A Directiva Comunitária*, cit., páginas 205 e seguintes.

da transposição (não o facto da transposição em si mesmo) uma *escolha* e, mais do que isso, uma escolha *política* (que não meramente técnica), tal deverá ser claramente assumido e, sobretudo, deverá a decisão final, desejavelmente, ser tomada na sequência de um debate participado e de uma ponderação adequada das vantagens e inconvenientes de cada uma das opções possíveis a adoptar¹⁴.

7. Acresce que, neste caso, estamos perante uma escolha política originada por um motivo, também ele, *político*. Ou seja, não pode olhar-se as Directivas comunitárias e pensar-se que se está perante um mero facto (em si mesmo, objectivamente neutro), mas sim perante *uma determinada opção política já tomada, com um certo sentido*, pelas instâncias europeias competentes, opção essa à qual é pedido aos legisladores nacionais que *respondam* (e não apenas que *adiram*). Neste sentido, o legislador não está perante uma situação *de facto* que reclame uma resposta política, está, sim, perante um dado *político* – e é importante não o perder de vista.

Desde logo, a próprio fomento do recurso ao contrato como instrumento normal de actuação administrativa enquadra-se numa lógica de “nova gestão pública”, que, entre outras consequências, conduz à “*substituição do ato de autoridade unilateral da Administração pela negociação com os cocontratantes e o abandono da autotela declarativa e executiva da Administração*”¹⁵.

Por outro lado, também as regras comunitárias aplicáveis aos procedimentos de formação de contratos públicos têm subjacentes uma determinada *mundividência*, uma *concepção (ideo)lógica* do que deve ser um mercado único europeu,

14. Neste sentido, o facto de a comissão nomeada dever apresentar ao Governo o seu anteprojecto até 31 de Maio de 2015 (cf. n.º 1 do referido Despacho n.º 2969/2015) gera alguns receios quanto a este ponto: além de se tratar de um prazo manifestamente insuficiente (com repercussões para a qualidade do projecto, as quais poderão ser atenuadas pela qualidade dos membros da comissão, mas nunca elimináveis por completo nestas circunstâncias), o facto de primeiro se fazer um anteprojecto de diploma e só depois se promover uma discussão pública sobre a alteração da legislação vigente é inevitavelmente redutor.

É certo que a discussão também beneficia por ter um “objecto” definido, corporizado num projecto concreto, e que tem sido essa a prática habitualmente seguida entre nós [veja-se o que sucedeu, bem recentemente, com o Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro]. Mas a verdade é que, por um lado, a existência e as opções desse projecto acabam por condicionar e direccionar o sentido da discussão e que, por outro lado (por muito que o legislador pretenda o contrário...), por mais participada e veemente que seja a discussão pública, em regra o legislador só muito raramente se afastará daquilo que foi o seu projecto inicial – sobretudo se, como sucede neste caso, o Estado Português está pressionado pela necessidade de cumprir um prazo que lhe é heteronomamente imposto, o que menos incentivará a “voltar à escala zero”.

Entendemos, portanto, que a nossa prática legislativa muito ganharia com a recuperação dos denominados “livros verdes” relativos a determinada matéria, contendo o elenco dos principais problemas e preocupações apontados por quem lida, na prática, com determinada matéria ou tem de aplicar diariamente um determinado diploma, com base no qual (nesse elenco) poderia o legislador, então (mas só então), dar início à redacção dos diplomas legais. Para um elenco das principais deficiências da legislação (*rectius*, do exercício da actividade de legislar) em Portugal, cf., por último, AA.VV., *Feitura das Leis – Portugal e a Europa* (coord. JOÃO CAUPERS, MARTA TAVARES DE ALMEIDA e PIERRE GUIBENTIF), Fundação Francisco Manuel dos Santos, Julho de 2014 (disponível em www.ffms.pt).

15. Cf., neste sentido, VITAL MOREIRA, ““Nova gestão pública” e direito administrativo”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 142.º, n.º 3978, Janeiro-Fevereiro de 2013, páginas 184 e 185.

com livre circulação de bens e serviços.

Assim, e mesmo sem discutir se igualmente neste campo o pensamento jurídico se encontra ou não modelado de acordo com uma visão *neoliberal*¹⁶, importa compreender quais os fins efectivamente subjacentes às Directivas europeias em matéria de contratação pública¹⁷ e aferir, também, *se e em que medida* tais objectivos comunitariamente fixados são ou não consentâneos com as políticas públicas que cada Estado, através dos órgãos democraticamente legitimados e no exercício da sua margem de conformação política, considera como sendo as mais adequadas. Até porque, numa União com dezenas de Estados, com características díspares e graus de desenvolvimento tão heterogéneos, pode bem suceder que a adopção das mesmas medidas em cada um dos países apenas contribua para perpetuar e agravar os desníveis já existentes entre si¹⁸ – caso em que as

16. Sobre o tema, em geral, cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica”, primeiro publicado na *Revista do Ministério Público*, Ano 33, n.º 130, Abril/Junho de 2012, páginas 9 a 80, e depois também reproduzido na obra colectiva *A Crise e o Direito* (coord. JORGE BACELAR GOUVEIA e NUNO PIÇARRA), Almedina, Coimbra, 2013, páginas 21 a 118.

Especificamente sobre o eventual “contágio” do Direito europeu da contratação pública pela ideologia “neoliberal”, cf. PETER KUNZLIK, “Neoliberalism and the European Public Procurement Regime”, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 15, 2012-2013, páginas 283 a 356. O Autor conclui, em suma, que, apesar de fortemente impregnada pelo “valores neoliberais” (como a “concorrência” num mercado competitivo ou os imperativos de “eficiência” na actuação pública), a regulação da regulação europeia em matéria de contratação pública não pode considerar-se totalmente “capturada” pela ideologia neoliberal, sobretudo porque, progressivamente – e, em especial, após a aprovação da Estratégia “Europa 2020” –, aquela regulação tende a incorporar outro tipo de valores e a encarar a contratação pública, não apenas como um meio de obter um *best value for money*, de um ponto de vista puramente economicista, mas também, cada vez mais, como um instrumento de prossecução de políticas horizontais, secundárias, como sejam a promoção do meio ambiente ou o combate ao desemprego.

Diga-se, aliás, que, apesar de aprovadas em momento posterior a esta análise, as Directivas de 2014 vêm corroborar este entendimento, reforçando as conclusões do Autor citado.

17. Sobre este ponto, cf., com muito interesse, o estudo de SUE ARROWSMITH (à luz das Directivas de 2004, mas cuja pertinência se mantém intacta), no qual a Autora defende que o escopo das Directivas é, tão-somente, o de promover um mercado único (através da proibição de discriminações, do cultivo da transparência e da remoção de barreiras), não visando outros fins como a padronização dos procedimentos pré-contratuais ou a protecção dos contribuintes (enquanto reflexo da defesa do erário público, através de melhores compras): cf. “The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies”, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 14, 2011-2012, páginas 1 a 47.

18. É neste sentido que se orienta PAULO OTERO, quando, depois de se interrogar se “a vinculação aos princípios da concorrência e da proibição de discriminações face a entidades de outros Estados-membros, impedindo políticas protecionistas dos agentes económicos nacionais – tal como o Código dos Contratos Públicos consagra –, visa garantir mais o acesso de concorrentes estrangeiros ao mercado nacional ou, pelo contrário, abrir aos agentes económicos nacionais os mercados europeus?”, logo conclui que, “num forte desequilíbrio entre Estados ricos e Estados pobres dentro da União Europeia, o mercado comum favorece a intervenção dos Estados pobres, sem que estes beneficiem, efetivamente, de igual prerrogativa face ao mercado interno dos Estados ricos: a defesa da concorrência pelo Direito da União Europeia torna-se, neste contexto, uma forma camuflada de esconder verdadeiras relações coloniais no espaço europeu” [cf. “A crise: um novo Direito Administrativo?”, in AA.VV., *A Crise e o Direito* (coord. JORGE BACELAR GOUVEIA e NUNO PIÇARRA), Almedina, Coimbra, 2013, página 212]. Contra a onnipotência do “sacrossanto princípio da concorrência” se pronunciou também

Directivas, continuando *formalmente* a constituir instrumentos de *aproximação e uniformização legislativa*, se assumiriam, porém, *na prática*, como meios de *diferenciação económica* dos vários Estados.

Em suma, por mais avançado que esteja o processo de integração europeia, o legislador europeu ainda não ocupa (totalmente...) o lugar do legislador nacional; e, por mais detalhadas e extensas que sejam¹⁹, as Directivas comunitárias não esgotam o espaço de ponderações políticas a fazer internamente, no seio de cada Estado²⁰.

8. Dito isto, pela nossa parte, entendemos que, ao fim de quase uma década de vigência, esta seria uma boa altura para repensar algumas opções do Código dos Contratos Públicos (“CCP”)²¹, essencialmente em função do que tem sido o labor da doutrina e, sobretudo, em função dos problemas práticos que algumas das suas disposições têm suscitado, quer a entidades adjudicantes quer aos candidatos/concorrentes, muitas delas (mas nem todas...) reflectidas na (já abundante) jurisprudência que foi sendo produzida pelos nossos Tribunais Administrativos quando chamados a pronunciar-se sobre os litígios relacionados com normas do CCP ou legislação conexas²².

MARK KIRKBY, que, com particular veemência, observou que tal princípio exerce uma verdadeira “tirania” em matéria de contratação pública e que, no entendimento rígido e maximalista que usualmente lhe é dado pela Comissão Europeia, pode inclusivamente conduzir ao sacrifício de outros princípios igualmente relevantes, como os da prossecução do interesse público e da eficiência administrativa: cf. “Public Contracts at the Epicenter of the Crisis: pondering the Variable Intensity of the Competition Principle”, in *European Review of Public Law*, Volume 25, No. 1, Spring 2013, páginas 233 a 244.

19. E de, por vezes, a sua minúcia regulamentadora (nomeadamente, no que se refere às obrigações de publicidade e transparência) interferir desproporcionadamente na esfera de autonomia nacional, como já há mais de dez anos alertava SUE ARROWSMITH (cf. “The E.C. procurement directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”, in *European Law Review*, 27, February 2002, páginas 3 a 24).

No sentido de que algumas regras de transparência previstas nas novas Directivas fomentam o conluio entre concorrentes e, portanto, minam potencialmente a concorrência nos procedimentos pré-contratuais, cf. CARMEN ESTEVAN DE QUESADA, “Competition and transparency in public procurement markets”, in *Public Procurement Law Review*, no. 5, 2014, páginas 229 a 244.

20. Isto é tanto mais assim quando, em consequência das diferentes posições assumidas pelo Parlamento Europeu e pela Comissão Europeia ao longo do processo legislativo, a versão final das Directivas acabou por revestir uma complexidade “muito para além do que poderia razoavelmente esperar-se”, traduzida em fórmulas normativamente ambíguas que acabarão por repercutir sobre o intérprete “o preço pela necessidade de compromisso” (cf., neste sentido, ROBERTO CARANTA, “The changes to the Public Contracts Directives and the story they tell about how EU law works”, in *Common Market Law Review*, no. 52, 2015, página 456).

21. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

22. Litigiosidade essa que, além de propiciada pela complexidade normativa do CCP, foi também, em grande medida, motivada pelos tempos de crise económica que desde 2008 Portugal tem atravessado, como já anteriormente tivemos oportunidade de referir: cf. “Novidades no domínio do contencioso pré-contratual”, in *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), AAFDL, Lisboa, 2014, páginas 154 e 155.

No que se refere à “legislação conexas”, merece particular destaque a respeitante à contratação electrónica (cf. Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho, e a Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho), tendo a matéria da assinatura electrónica/digital das propostas, candidaturas e respectivos documentos representado um foco de assinalável litigiosidade, de resto com

Neste contexto, já que, a pretexto da transposição das Directivas, terá necessariamente de se proceder a uma revisão do CCP, entendemos que seria um erro o Estado Português, tanto limitar-se a *traduzir e importar acriticamente* tudo quanto consta das Directivas, como – mesmo assumindo que o legislador saberia desbravar com lucidez o caminho por entre a *complexidade* e a *ambiguidade* dos normativos comunitários e que a transposição seria rigorosa em termos de técnica jurídica – ficar por aí e apenas alterar o que estritamente for necessário para adaptar o nosso quadro legal às alterações que aquelas impõem²³. Ou, para utilizar a célebre expressão de MARIA JOÃO ESTORNINHO relativamente à transposição das Directivas de 2004, não deverá o legislador contentar-se aqui com uma solução *minimalista*²⁴. Pelo contrário, tal como RUI MEDEIROS, pensamos que a transposição das Directivas de 2014 constitui um excelente pretexto para rever o nosso regime legal²⁵.

Não obstante, parece-nos que cair no extremo oposto – numa abordagem *maximalista*, de refazer tudo “de alto a baixo” –, também não seria a opção mais adequada. É nossa opinião – e baseamo-nos na nossa experiência profissional, com o que tem de empírico e falível – que, após ter, num primeiro contacto, suscitado alguma desconfiança na comunidade jurídica, o CCP se encontra já sedimentado no dia-a-dia dos operadores que lidam com matérias de contratação pública, pelo que uma revisão ou revogação totais seriam, hoje, contraproducentes. Por muito atractivo que seja o apelo a um Código menos regulamentador e mais flexível²⁶, consideramos que, nesta fase, por melhor que fosse o “novo Código” a ser aprovado pelo legislador, o facto de se *voltar a mudar* radicalmente de regime representaria um *retrocesso* para os operadores, obrigando-os a uma *nova* e difícil reaprendizagem²⁷, inutilizando de permeio todo o “edifício” dogmático

posições díspares na nossa jurisprudência.

23. Como já referimos, neste âmbito não nos ocupará o elenco dos pontos concretos que as Directivas obrigarão a alterar, tarefa que, no entanto, já foi iniciada pela nossa doutrina e que seguramente será continuada (pelo menos) até ao termo do prazo de transposição.

Para um panorama geral das principais novidades das Directivas de 2014 face às de 2004, cf., na literatura estrangeira mais recente e mais próxima de nós, MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA, “Las Nuevas Directivas sobre Contratación Pública de 2014: Aspectos Clave y Propuestas para su Transformación en España”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 196, Madrid, enero-abril 2015, páginas 97 a 135, bem como ROBERTO CARANTA, “The changes...”, cit., páginas 391 a 460.

24. Cf., por último, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, páginas 292 a 295 (a Autora referia-se, então, à opção de saber se o campo de aplicação do futuro CCP deveria coincidir estritamente com o âmbito das Directivas ou se, ao invés, deveria o legislador nacional ser mais ambicioso, adoptando um conceito amplo de *contrato público*).

25. Cf. “The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview”, in AA. VV., *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, OPET, Lisbon, 2014, página 52.

26. Solução preferida por MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Habilitação v. qualificação e as consequências da exigência de requisitos ilegais (art. 51.º do CCP)”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 109, Janeiro/Fevereiro de 2015, página 24.

27. Dizemos “voltar” a mudar e uma “nova” reaprendizagem porque convém não esquecer que o bloco normativo aplicável à contratação pública em Portugal antes do CCP datava de 1999 (sendo constituído, essencialmente, pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, aos quais viria depois acrescentar-se o Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto). O que significa que, mesmo que o “novo Código” a ser agora elaborado mantivesse alguma linha de continuidade face ao regime do CCP – como sucedeu

entretanto já construído pela doutrina e pela jurisprudência em torno do CCP²⁸. Acresce que, nestes sete anos de vigência, o CCP já foi alterado por diversas vezes²⁹, à média de uma alteração por ano – já para não referir que, paralelamente, o legislador foi criando regimes especiais de contratação pública, seja em diplomas autónomos³⁰, seja (o que é mais pernicioso ainda) em normas avulsas inseridas nos sucessivos Decretos-Lei de execução orçamental aprovados em cada ano³¹. Por conseguinte, afigura-se-nos que só por excessivo *optimismo* poderia considerar-se que um novo Código seria, enfim, a ansiada panaceia para todos os *males* da nossa contratação pública.

Concluindo: proceda-se à transposição das Directivas e altere-se, além disso, o

em 2008, tendo o CCP incorporado uma parte muito significativa do regime do Decreto-Lei n.º 59/99, especialmente em sede de execução dos contratos –, a aprovação de um tal diploma significaria voltar a “revolucionar” o regime da contratação pública menos de 10 anos depois da sua implementação, isto pela segunda vez consecutiva (1999-2008 e 2008-2015/2016).

28. Como bem assinala ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “*um código não é apenas um livro de leis. Um código é um ecossistema, aliás instável, que compreende não só aquilo que foi publicado numa gazeta oficial, mas, em sentido amplo, os milhares ou dezenas de milhares de páginas de doutrina, de jurisprudência, de decisões administrativas que sobre ele se produziram e continuam a produzir, resolvendo dúvidas interpretativas, uniformizando a aplicação do direito, ultrapassando deficiências técnicas e encontrando soluções criativas que muitas vezes não estavam sequer no pensamento do próprio legislador*”: cf. “O projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências”, in AA.VV., *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo – Colóquio* (coord. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, LUÍS SOUSA DA FÁBRICA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, páginas 35 e 36 (disponível em www.fd.lisboa.ucp.pt)

29. Mais concretamente, o CCP foi rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, alterado pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.

Estas várias alterações foram sendo, regra geral, alvo da atenção e acompanhadas do devido comentário crítico por parte da doutrina: cf., em especial, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Alterações ao Código dos Contratos Públicos – o Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro”, in *O Direito*, Ano 141.º, IV, 2009, páginas 887 a 910 (também republicado em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Estudos Sobre Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2010, páginas 169 a 198), MARIA JOÃO ESTORNINHO, “A recente transposição da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, no ordenamento jurídico português”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Janeiro-Abril de 2011, páginas 21 a 30, RAQUEL CARVALHO, “O regime da invalidade derivada nos contratos administrativos. Da alteração operada pela transposição da Directiva 2007/66/CE”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, Setembro-Dezembro de 2011, páginas 51 a 70, JOÃO AMARAL e ALMEIDA, “A nova redacção do artigo 127.º do CCP: como, para alterar um único artigo, se conseguem cometer dois lapsos e quatro erros”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 4, Janeiro-Abril de 2012, páginas 59 a 65, e PEDRO COSTA GONÇALVES, “Alterações ao Código dos Contratos Públicos na sequência do «Memorando de Entendimento com a Troika»”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, Maio-Agosto de 2012, páginas 213 a 238.

30. Como o Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, cujo regime, de resto, foi severamente criticado: cf., por todos, JOÃO AMARAL e ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *As Medidas Excepcionais de Contratação Pública para os Anos de 2009 e 2010 – Breve comentário ao Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

31. Apenas para citar o exemplo mais recente, cf. o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 36/2015, de 9 de Março, que estabelece as disposições necessárias à execução do Orçamento do Estado para 2015, aprovado pela Lei n.º 82 -B/2014, de 31 de Dezembro.

que a prática, a doutrina e a jurisprudência têm mostrado carecer de clarificação ou aperfeiçoamento; mas mantenha-se a base essencial com que os operadores já estão familiarizados e tenha-se presente que, num Código – em especial, tratando-se, como se trata, de um diploma nuclear para um sector fundamental da actividade económica, como é a da contratação pública –, a estabilidade é um valor (pelo menos) tão importante como a maleabilidade³², pois que, em cada alteração legislativa, nem sempre o que se ganha em justiça (por vezes, aparente...) compensa o que inevitavelmente se perde em segurança³³. Ou, em síntese, e recuperando aqui, adaptadamente, uma conhecida expressão³⁴: mude-se o Código, sim, mas não se mude *de* Código. Nem as Directivas o exigem, nem quaisquer outras circunstâncias parecem, pelo menos neste momento, justificá-lo. Tem agora o legislador a palavra.

32. No sentido de que estamos perante “*uma codificação que se pretende uniforme e estável*”, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Alterações...”, cit., página 910, Autor que, por isso mesmo, e perante a “*pressão*” sentida pelo legislador logo em 2009 “*para inflectir opções fundamentais*”, traçava desde logo, correctamente, as alternativas a seguir: “[*q*]uerendo manter-se essas opções, há que ser firme; querendo inflectir-se essas opções, há que fazer previamente o devido debate, sob pena de se começar, sem rumo, a introduzir excepções arbitrárias que, de tantas e tão amplas, poderão inverter a própria regra”.

33. Acrescente-se que, ainda recentemente, tivemos também ensejo de nos pronunciarmos contra a elaboração de um outro Código, neste caso o novo CPA: cf. “A figura da “*anulação administrativa*” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015”, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2015, páginas 662 e 663.

Ora, em coerência e por maioria de razão (face ao que dissemos relativamente ao CPA), reputamos como absolutamente desnecessária e injustificada a aprovação de um novo “Código” da contratação pública, pois o CCP (i) é mais recente do que o anterior CPA (de 1991) e, apesar disso, (ii) já sofreu mais alterações, nos seus sete anos de vigência, do que o anterior CPA desde a sua aprovação – alterações estas que nem sempre têm merecido o aplauso da doutrina (cf. as referências bibliográficas indicadas na nota 27 *supra*) e que, diga-se, nos parecem ter sido (grande parte delas) mais tributárias do afã do legislador do que propriamente do reconhecimento de deficiências no CCP.

34. Utilizada por alguma doutrina para ilustrar os limites ao poder de modificação unilateral do objecto de um contrato administrativo, no sentido de que a Administração “*pode mudar o contrato, mas não de contrato*” (expressão recolhida em DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014, página 628).