

O FRACCIONAMENTO ARTIFICIAL DOS CONTRATOS – BREVES

NOTAS ^{1,2}

Artificial Splitting of public contracts - some reflections

POR: RAFAEL GOMES AMORIM

Phd. Candidate in Law

Jurista

*Licenciatura em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Porto – e Mestre em
Direito pela Universidade do Minho (Portugal)*

RESUMO: O estudo de diversos procedimentos pré contratuais, auditados pelas entidades responsáveis pela verificação do regime jurídico da contratação pública em contratos financiados pela União Europeia, revela que, quando se constata a existência de determinados fatores técnicos, económicos, geográficos, temporais e de fraude, que não justifiquem a divisão de um objeto contratual, deverá esta conduta ser enquadrada como Fraccionamento Artificial de Contratos sendo suscetível de uma correção financeira parcial ou integral.

PALAVRAS CHAVES: Contratos Públicos; Contratação Pública; Fraccionamento Artificial de Contratos;

ABSTRACT: The study of various pre-contractual procedures, audited by entities responsible for verifying the legal framework for public procurement in EU-funded contracts, reveals that when there are certain technical, economic, geographical, temporal and fraud factors that do not justify the division of a contractual object, this conduct should be framed as Artificial Splitting of Contracts being susceptible of a partial or full financial correction.

KEYWORDS: Public Contracts; Public Procurement; Artificial Splitting of Contracts

ÍNDICE: I.- INTRODUÇÃO. II.- A INTERLIGAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA E DO DIREITO NACIONAL NO FRACCIONAMENTO

¹ * Recibido para publicación: 23 de junio de 2020
Enviado para evaluación externa: 25 de junio de 2020
Recibida evaluación externa positiva: 28 de julio de 2020
Aceptado para publicación: 14 de septiembre de 2020

² O presente artigo é escrito ao abrigo do acordo ortográfico ainda em vigor salvo quanto à designação de “Fraccionamento Artificial de Contrato” em que optou-se por manter a grafia original presente na documentação emitida pela Comissão Europeia.

ARTIFICIAL DE CONTRATOS. III.- FRACCIONAMENTO ARTIFICIAL DOS CONTRATOS.

I.- INTRODUÇÃO

O regime jurídico da contratação pública vai beber a sua maior influência aos princípios que estiveram na base da construção e evolução da União Europeia. A construção deste regime deve muito ao trabalho da jurisprudência que integrou lacunas, interpretou diretivas e desenvolveu, através dos princípios, todo um complexo normativo articulado com os objetivos da União Europeia.

A este propósito não devemos esquecer que o considerando 1.º da Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro, exige que “A adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados membros ou por conta destas deve respeitar os princípios do TFUE, designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.”

O correto enquadramento destes princípios, com as diretivas, regulamentos, jurisprudência e *Soft Law*, ao nível da União Europeia, e do Código dos Contratos Públicos³, a nível nacional, tem consequências práticas e imediatas sobre os contratos públicos das entidades adjudicantes.

Cabe a estas adotar condutas que respeitem, escrupulosamente, esse enquadramento se pretendem obter financiamento por parte da União Europeia uma vez que, em regra⁴, os seus procedimentos pré contratuais são analisados na fase de seleção e/ou aprovação de uma operação, na fase de execução aquando da apresentação do primeiro pedido de pagamento ou, posteriormente, em sede de auditorias por parte de entidades externas responsáveis⁵ pela verificação deste regime jurídico⁶.

3 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com as alterações constantes dos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02/10, Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12/07, Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14/12, Lei n.º 3/2010, de 27/04, Decreto-Lei n.º 278/2009, de 02/10, Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11/09, Lei n.º 59/2008, de 11/09 e Rect. n.º 18-A/2008, de 28/03.

⁴ Nos termos do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro que estabelece as regras gerais de aplicação dos programas operacionais e dos PO's financiados pelos fundos europeus estruturais e de investimento, para o período de programação 2014-2020 em Portugal; Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro que estabelece o modelo de governação dos fundos europeus estruturais e de investimento para o período de 2014-2020 em Portugal; da Guidance for Member States and Programme Authorities Fraud Risk Assessment and Effective and Proportionate Anti-Fraud Measures (EGESIF_14_0012), de 21 de maio de 2014; e das orientações específicas para cada programa operacional de gestão dos fundos da União Europeia.

⁵ A título de exemplo, Direção-Geral da Política Regional e Urbana, Organismo de Luta Anti – Fraude, Inspeção Geral de Finanças, Tribunal de Contas Europeu e Agência para o Desenvolvimento e Coesão, IP.

⁶ Veja-se, por exemplo, o Relatório de Atividades do Comité de Fiscalização da OLAF (2019/C 343/01) publicado no Jornal Oficial da União Europeia, de 10 de outubro de 2019, que demonstra que as suas prioridades de políticas de inquérito são os procedimentos de contratação pública (especialmente em

Não podemos esquecer que desde 1986 Portugal usufruiu de diversos quadros comunitários de apoio⁷ que, se não contabilizarmos as ajudas no âmbito da Pré-Adesão e outros apoios provindos diretamente dos orçamentos comunitários, totalizam um pacote financeiro de mais de 100 mil milhões de euros⁸.

A proteção dos interesses financeiros das instituições da União Europeia exige uma intervenção eficaz quando são detetadas irregularidades nos contratos públicos das entidades adjudicantes.

O estudo de diversos procedimentos pré contratuais, auditados pelas entidades responsáveis pela verificação do regime jurídico da contratação pública em contratos financiados pela União Europeia, revela que, quando se constata a existência de determinados fatores técnicos, económicos, geográficos, temporais e de fraude, que não justifiquem a divisão de um objeto contratual, deverá esta conduta ser enquadrada como Fraccionamento Artificial de Contratos.

Esta qualificação tem uma consequência imediata que se traduz na supressão de parte ou da totalidade do financiamento atribuído, pelo que o enquadramento jurídico proposto para o Fraccionamento Artificial de Contratos pelas diretivas, jurisprudência, *Soft Law*, Código dos Contratos Públicos e pelas entidades responsáveis pela verificação deste regime jurídico, deve ser acautelado de forma a evitar cortes nos financiamentos por via das tabelas de correções financeiras aprovadas pela Comissão Europeia⁹.

projetos relacionados com transportes) e casos relacionados com projetos financiados ou cofinanciados pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento.

⁷ Ajudas Pré-Adesão para os anos de 1986 a 1988; Quadro Comunitário de Apoio (QCAI) para o período de programação 1989-1993; Quadro Comunitário de Apoio (QCAII) para o período de programação 1994-1999; Quadro Comunitário de Apoio (QCAIII) para o período de programação 2000-2006; Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) para o período de programação 2007-2013; e Quadro Comunitário de Apoio 2014-2020 (FEEI).

⁸ Nesse sentido, PIREs, Luís Madureira, 30 Anos de Fundos Estruturais, Revista Relações Internacionais n.º 53, Março, 2017, p. 20.

⁹ Para o QCA III – Orientações relativas aos princípios, critérios e tabela indicativa a aplicar pelos serviços da Comissão para determinação das correções financeiras, C/2001/476, de 2 de março de 2001; Para o QCA III e QREN - Orientações para a determinação de correções financeiras a efetuar, às irregularidades relativas a procedimentos de contratação pública detetadas nas despesas cofinanciadas, COCOF 07/0037/03, de 29 de novembro de 2007; Para o QREN e FEEI - Orientações da Comissão Europeia relativas à determinação das correções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União no âmbito da gestão partilhada, em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos, C (2013) 9527, 19 de dezembro de 2013; Para o FEEI - “Guidelines for determining financial corrections to be made to expenditure financed by the Union for non-compliance with the applicable rules on public procurement” – ainda sem tradução e adotadas pela Comissão Europeia, em 14 de maio de 2019, e que foram, por recomendação da Agência para o Desenvolvimento e Coesão, IP, acolhidas pelos programas operacionais de gestão de fundos provindos da União Europeia, para aplicação aos procedimentos de incumprimento desencadeados a partir daquela data.

II.- A INTERLIGAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA E DO DIREITO NACIONAL NO FRACCIONAMENTO ARTIFICIAL DE CONTRATOS

Há uma cada vez maior articulação e interdependência entre o direito da União Europeia¹⁰ e o direito nacional¹¹. Essa ligação é justificada por critérios de imposição jurídica, porque há soluções internas que resultam da análise, e receção, do direito da União Europeia ou porque (co) existem vários ordenamentos jurídicos dentro do mesmo espaço.

O princípio da igualdade assume aqui uma particular relevância¹² como demonstra a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia quando refere que “Há que considerar que o dever de respeitar o princípio da igualdade de tratamento corresponde à própria essência das directivas em matéria de concursos públicos, que têm em vista, nomeadamente, favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efectiva nos domínios que se inserem nos seus âmbitos de aplicação respectivos (...)”¹³.

Estamos perante um princípio que trespassa todas as fases do procedimento de contratação, desde o seu planeamento, na abertura, durante a avaliação das propostas, no próprio ato de adjudicação e em sede de execução e da limitação das modificações do objeto contratual.

É na fase da publicitação que este princípio se faz sentir com acutilância de forma a garantir a adoção de procedimentos abertos à concorrência e que consigam provocar o mercado evitando-se assim “(...) a organização de um procedimento de contratação pública de molde a dissuadir a participação de operadores económicos. Pense-se, v.g., no fracionamento de uma empreitada em vários procedimentos, publicitando apenas parte deles no Jornal Oficial da União Europeia (...)”¹⁴.

Esta intenção está bem patente na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia quando obrigam a assegurar um grau de publicidade adequado para a

10 OLIVEIRA, Mário Esteves de, e OLIVEIRA, Rodrigues Esteves de Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2015, p. 50 e seguintes.

¹¹ Veja-se a título de exemplo, o Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro, que no seu artigo 19º concretizou o princípio da cooperação leal da administração pública com a União Europeia, legitimando esta crescente participação de entidades da administração pública portuguesa no seu processo decisório e na participação das suas instituições e organismos em procedimentos administrativos nacionais.

¹² OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, Os princípios gerais da contratação pública, in AA.VV. (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume II, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 92; VIANA, Cláudia, Os Princípios Comunitários na Contratação Pública, Coimbra Editora, 2007, p. 112, 131 e 175; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, Princípios da Contratação Pública, Revista de Contratos Públicos n.º 11 (Coord. Pedro GONÇALVES), Almedina, 2016, p.56.

¹³ Acórdão Concordia Bus Finland, de 17 de fevereiro de 2002 - Processo n.º C-513/99. Também nesse sentido podem ser consultados os acórdãos Comissão/Dinamarca, de 22 de junho de 1993 – Processo C-243/89 e Comissão/Reino da Bélgica, de 25 de abril de 1996 – Processo C – 87/94.

¹⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, Princípios ..., Cit., p. 57.

adjudicação de uma determinada atividade económica a um operador económico¹⁵ e tem sido uma das questões que tem preocupado a Comissão Europeia no âmbito da *Soft Law* emitida ao nível da contratação pública¹⁶.

O respeito pela igualdade de acesso subjaz a toda a atividade de contratação pública, sendo que o Fraccionamento Artificial de Contratos, enquanto conduta que evita a aplicação de um procedimento que permitiria a abertura ao mercado, é claramente violador deste princípio.

Repare-se que quando a Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro¹⁷, concretiza um claro objetivo de aumentar as adjudicações às PME's por via da Divisão em Lotes, em detrimento de uma única adjudicação, além de exigirem que as entidades beneficiárias esclareçam porque escolhem não dividir o objeto do contrato¹⁸, afirma que os "(...) concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos."¹⁹.

Embora os princípios e as diretivas da contratação pública assumam um papel de primordial importância, há que sublinhar a importância dos regulamentos tendo em linha de conta a sua aplicabilidade direta por parte dos tribunais, administração pública e, por esse motivo, pelas entidades responsáveis pela verificação do cumprimento do enquadramento jurídico, nacional e da União Europeia, da contratação pública.

No âmbito do Fraccionamento Artificial de Contratos assumem, ainda, particular relevância as matérias reguladas pelos Regulamentos n.º 2195/2002, de 5 de novembro que institui o vocabulário comum para os contratos públicos, o Regulamento n.º 2083/2005, de 19 de dezembro e o Regulamento (CE) 213/2008, de 28 de novembro relativo aos limiares da União Europeia e o Regulamento n.º 2988/95, de 18 de dezembro que institui o regime sancionatório da União Europeia e que inclui um conjunto de normas de âmbito geral em matéria de aplicação de medidas administrativas e sanções administrativas quando se comprove a existência de irregularidades²⁰ por violação do direito da União Europeia.

15 Acórdãos Teleaustria, de 7 de dezembro de 2000 – Processo n.º C-324/98 e Parking Brixen, de 13 de outubro de 2005 - Processo n.º C – 458/03.

16 Por exemplo, o ponto 2.1 da Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas relativas aos contratos públicos, de 01 de agosto de 2006 (2006/C 179/02) e que veio explicitar as principais orientações da jurisprudência da União Europeia nesta matéria, sugere linhas de condutas e baliza alguns critérios que podem ser utilizados em eventuais processos de incumprimento contra os Estados membros.

17 Considerando n.º 78.º segundo o qual "(...) as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão".

18 Artigo 46.º, n.º 1, 2.º parágrafo, da Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro.

19 Artigo 18.º, n.º 1 da Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro.

20 Entre outros ver Acórdão do Tribunal de Justiça Cruz & Companhia, de 17 de setembro de 2014 – Processo C-341/13 ou Acórdão do Tribunal de Justiça Somvao, de 18 de dezembro de 2014 – Processo C-599/13.

O recurso à *Soft Law*, e em particular a sua proliferação, revela consequências práticas²¹, e imediatas, sobre os contratos públicos das entidades adjudicantes em Portugal, assumindo particular relevância as orientações relativas a aplicação de correções financeiras²².

Para Pedro Matias Pereira²³, estas orientações revestem a natureza de decisão *per si* enquanto ato normativo das instituições europeias logo só seriam obrigatórias quanto aos destinatários diretos que, nesse caso, seriam os serviços da Comissão Europeia, e uma mera recomendação para os Estados membros para “(...) conformar a atuação destes em certo sentido, sem que, no entanto, se estabeleça a sua obrigatoriedade ou uma sanção para o caso de não se acatar a recomendação” defendendo, ainda, que a sua transposição teria de ser incorporada no direito nacional por via legislativa.

Todavia, mercê da interligação acima referida entre a legislação da União Europeia e do direito nacional²⁴, as ligações entre os diversos programas operacionais nacionais que

21 Neste sentido, BOBEK, Michal, conclusões do Advogado Geral no Acórdão Reino da Bélgica/Comissão Europeia, de 12 de dezembro de 2017 - Processo C-16/16P e as alegações produzidas pela República da Polónia no acórdão Alemanha/Comissão, de 20 de maio de 2010 – Processo n.º T-258/06, parágrafo 147, segundo a qual “(...) é expectável que as orientações previstas na comunicação sirvam de ponto de referência aos auditores da Comissão que fiscalizam os processos de adjudicação de contratos públicos co financiados pelo orçamento da União Europeia e que incluem as medidas estruturais. No caso de eventuais irregularidades dos processos em causa relativamente às orientações da comunicação, os auditores terão tendência a recusar a qualificação de encargos a recuperar a partir dos créditos comunitários. Deste modo, apesar da afirmação inscrita no início da comunicação, as recomendações aí previstas são aplicadas «como direito». Ora, tendo em conta a importância do auxílio financeiro do orçamento da União Europeia na Polónia, esta atitude dos auditores bastaria para que as recomendações fossem consideradas obrigatórias.”

²² Ver infra 8.

²³ A aplicação de Correções Financeiras por Incumprimento das Regras de Contratação Pública nos Contratos Financiados por Fundos da União Europeia, Liber Amicorum Manuel Simas Santos, Reis dos Livros, 2016.

²⁴ Veja-se a esse propósito que os sistemas de controlo interno das Autoridades de Gestão dos programas operacionais de gestão de fundos providos da União Europeia nos termos do artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro, refere que estas “ (...) são responsáveis pela implementação de um sistema de controlo interno que previna e detete irregularidades (...)” sendo lhes acometidas competências, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, que previnam e detetem irregularidades bem como “ (...) permitir a adoção das medidas corretivas oportunas e adequadas.”. Incumbe a estas entidades, nos termos do artigo 27.º do referido diploma, garantir o cumprimento dos normativos aplicáveis nos domínios, entre outros, da concorrência e da contratação pública devendo, nos termos da alínea m) “ (...) assegurar que as despesas declaradas pelos beneficiários para as operações cumpriram as regras europeias e nacionais, podendo promover a realização de verificações de operações por amostragem, de acordo com as regras europeias e nacionais de execução.”. Sendo que essa ação, como referido no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro, pode culminar com a redução ou revogação do apoio concedido. Refere o n.º 1 deste artigo que “Sem prejuízo do disposto na legislação europeia ou na regulamentação específica aplicáveis, o incumprimento das obrigações do beneficiário, bem como a inexistência ou a perda de qualquer dos requisitos de concessão do apoio, podem determinar a redução ou revogação do mesmo.”. Acresce ainda que, nos termos da alínea g), do n.º 2, do citado artigo 23.º, são “ (...) fundamentos suscetíveis de determinar a redução do apoio à operação ou à despesa, ou, mantendo-se a situação, a sua revogação, designadamente e quando aplicável (...) g) O desrespeito pelo disposto na legislação europeia e nacional aplicável e na regulamentação específica dos PO e PDR, nomeadamente em matéria de contratação pública e instrumentos financeiros, devendo, neste caso, aplicar – se uma redução proporcional à gravidade do incumprimento, sem prejuízo do disposto na legislação europeia aplicável.”.

gerem o financiamento provindo da União Europeia, das entidades responsáveis pela verificação do cumprimento deste enquadramento jurídico, dos modelos de governação aprovados pela Comissão Europeia e pelo Estado Português, da aprovação de deliberações internas de transposição nos programas operacionais²⁵, e, ainda, nos termos contratualmente estabelecidos com os beneficiários de financiamento com a imposição de diversas repercussões de índole financeira²⁶, há uma aplicabilidade direta destas orientações em contratos financiados.

III.- FRACCIONAMENTO ARTIFICIAL DOS CONTRATOS

Considere-se que uma entidade pretende: i) pintar um edifício com dez salas e adjudicar, separadamente, o serviço de pintura por sala²⁷; ii) adjudicar uma prestação de serviços sem calcular, de forma conveniente, as suas renovações²⁸; iii) criar vários lotes com montantes ligeiramente inferiores aos previstos nas diretivas²⁹; iv) desencadear um ajuste direto, com base num regime excepcional, e, posteriormente, um concurso público urgente para corrigir alguns aspetos do projeto inicial; v) contratar através de procedimentos de concurso público e ajuste direto, vinte empreitadas de obras públicas localizadas em áreas geográficas distintas mas dentro do mesmo território; vi) adjudicar à mesma empresa a construção de diversos centros escolares situados no seu território mas em freguesias distintas; ou vii) adjudicar duas empreitadas de obras públicas, por via de concurso público com publicidade nacional, com base no mesmo CPV, mas cujo somatório dos preços base era superior aos limiares.

Para aferir do correto enquadramento das condutas supra referidas é necessário ter em atenção que Fraccionamento Artificial dos Contratos deve ser entendido como “ (...) a divisão por vários contratos de um conjunto de prestações que, legalmente, podia ser objeto de um único contrato ”³⁰ ou a “ (...) divisão artificial em vários procedimentos, que dão origem a vários contratos, de um objeto contratual unitário, com a consequência de levar a que não seja aplicável qualquer regra – máxime de escolha do procedimento – que de outro modo o seria plenamente.”³¹.

25 Esta actividade de assimilação interna das orientações começou logo nos primeiros quadros comunitários de apoio de forma a dar cumprimento ao n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95, de 18 de dezembro traduzindo-se na aprovação, nos órgãos de gestão dos programas operacionais das diversas tabelas de correções financeiras aprovadas pela Comissão Europeia.

26 Acresce ainda que as Guidelines for determining financial corrections to be made to expenditure financed by the Union for non-compliance with the applicable rules on public procurement, de 14 de maio de 2019, no seu ponto 1.2.2 expressamente referem que as correções financeiras previstas naquele documento também são aplicáveis a entidades não adjudicantes desde que, regular ou contratualmente, tal tenha sido imposto.

27 EUROPEAN, Commission, Guidance for practitioners on the avoidance of the most common errors in public procurement of projects funded by the European Structural and Investment Funds, 2018, p. 21.

28 EUROPEAN, Commission, Guidance ..., Cit., p. 21.

29 EUROPEAN, Commission, Guidance ..., Cit., p. 21.

30 ANDRADE, Jorge, Dicionário dos Contratos Públicos, 2010, Almedina, p. 225;

31 RAIMUNDO, Miguel Assis, A Formação dos Contratos Públicos, Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, p. 743.

Para tanto é essencial que uma entidade adjudicante detenha boas práticas na sua gestão de forma a promover uma boa preparação e um planeamento com a solidez necessária que permita evitar irregularidades e cortes nas despesas financiadas pela União Europeia. É necessário identificar e avaliar as necessidades³², ver as opções existentes, a capacidade financeira, a exequibilidade, elaborar estudos de mercados e admitir a participação de intervenientes externos³³, desde que não comprometam a imparcialidade no processo de tomada de decisão.

No final desta fase de planeamento, deverão ter sido recolhidos elementos que permitam quantificar, elaborar e aprovar um caderno de encargos e procedimento de concurso, especificar quais os elementos essenciais e acessórios, do objeto do contrato, qual a estimativa, realista, dos benefícios económicos a serem auferidos pela entidade beneficiária e avaliar possíveis propostas.

A consagração de diligências de planeamento veio a ser intensificada na Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro, com algumas linhas de força no sentido de promover a eficiência na contratação e a promoção da transparência, reforçando-se os mecanismos do anúncio prévio indicativo, agora consagrado no artigo 48.º, e de um novo mecanismo de consulta preliminar do mercado nos termos dos seus artigos 40.º e seguintes.

Terá sido essa uma das forças motrizes que levou o legislador nacional a considerar uma proposta para a criação de um regime de planeamento bienal de contratação de “(...) natureza meramente indicativa (...) orientador da planificação, lançamento atempado e gestão eficiente dos contratos públicos (...)”³⁴ e que pode ter sido impulsionado pelas entidades de auditoria como uma boa prática para as entidades adjudicantes.

Esta fase de planeamento é importante para definir no momento da abertura do procedimento pré contratual: i) o objeto do contrato público; ii) se estamos perante uma obra única nos termos estabelecidos pelas diretivas tal como interpretado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; e iii) qual o valor do contrato.

32 Sobre a importância de um planeamento adequado ao nível dos procedimentos de contratação pública recomenda-se a seguinte consulta: i) Relatório de auditoria n.º 18/2016 – Orientado à procedimentos de contratação pública de unidades de saúde do sector empresarial do estado – da 2.ª Seção do Tribunal de Contas disponível em www.tcontas.pt; ii) Nota Jurídica do Núcleo de Contratação Pública e Auxílios de Estado - boas práticas a observar no procedimento de ajuste direto - de 5 de dezembro de 2014, da Agência para o Desenvolvimento e Coesão, IP, disponível em www.portugal2020.pt; iii) Orientações do Instituto de Mercados Públicos do Imobiliário e Construção, de 11 de julho de 2019, disponíveis em www.impic.pt; e iv) Recomendação do Conselho para a Prevenção da Corrupção, de 2 de outubro de 2019, que refere que deve existir um reforço “(...) da atuação na identificação, prevenção e gestão de riscos de corrupção e infrações conexas nos contratos públicos, quanto a sua formação e execução, devendo, em especial fundamentar a decisão de contratar, a escolha do procedimento, a estimativa do valor do contrato e a escolha dos adjudicatários.” impondo, ainda, “Aos órgãos de fiscalização, controlo e inspeção do Setor Público que, nas suas ações, incluam a verificação da matéria objeto da presente recomendação” disponível em www.cpc.tcontas.pt.

33 Artigos 40.º e 41.º da Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro e artigo 35.º- A do Código dos Contratos Públicos.

34 Este regime de planeamento bienal não estava previsto na Diretiva 2014/24/UE e, embora fizesse parte do anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, não foi consagrado na versão final do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

Até porque, como refere, Miguel Assis Raimundo³⁵, é nesse momento que a entidade adjudicante, com base no princípio da igualdade, deve “ (...) tratar de forma igual o que é igual; há que tratar como uma unidade o que se apresenta de forma unitária ou cumpre um fim unitário”, com a conclusão de que o objeto contratual que é percecionado com uno não deve ser dividido.

Em Portugal, desde o início do século XX, que a legislação afirma essa proibição da divisão de contratos com o objetivo de o retirar da concorrência. Veja-se o parágrafo 3.º do artigo 18.º da Lei 621, de 23 de junho de 1916, segundo o qual “ (...) não poderão fazer-se desdobramentos de contratos de empreitadas ou fornecimentos que no conjunto atinjam verba superior à fixada (...)” pelos limiares constantes daquele diploma. Esta norma seria inscrita, anos mais tarde, no Código Administrativo de 1936 tendo a mesma perdurado, até aos dias de hoje, através do Decreto-Lei 197/99, de 19 de junho que com o seu artigo 16.º, ainda em vigor, refere “É proibido o fraccionamento da despesa com a intenção de a subtrair ao regime previsto no presente diploma.”.

O Código dos Contratos Públicos cimentou este entendimento, no n.º 8 do artigo 17.º e à semelhança do exigido pela Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro, quando expressamente refere que o “ (...) valor do contrato não pode ser fracionado com o intuito de o excluir do cumprimento de quaisquer exigências legais, designadamente, das constantes do presente Código”³⁶, dando cumprimento à jurisprudência do Tribunal de Contas³⁷, dos tribunais nacionais³⁸ e do Tribunal de Justiça da União Europeia³⁹.

Solução paralela foi consagrada no artigo 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas⁴⁰ que refere, no seu n.º 1, que são as Leis do Orçamento de Estado⁴¹

³⁵ A formação dos contratos públicos..., Cit., p. 749.

³⁶ Sobre a falta de precisão conceitual ver ALMEIDA, João Amaral e, Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos, Cadernos Sérvulo, 2016, p.42, segundo o qual não se fraciona o valor do contrato mas sim o valor do preço base sendo a inserção deste número irrelevante face ao artigo 22.º do CCP. Em sentido contrário, defendendo a pertinência da inclusão deste artigo para as situações de fracionamento interno definidas pelo autor como aquela em que ocorrem diversos procedimentos mas apenas uma vontade aquisitiva, ver COIMBRA, José Duarte, A adjudicação por lotes no Código dos Contratos Públicos revisto, Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª Edição, 2018, p. 298, infra 20.

³⁷ De acordo com os acórdãos do Tribunal de Contas n.º 39/2010, de 03.11.2010, n.º 3/2017, de 23 de fevereiro e os dos relatórios de auditoria das n.ºs 9/2012- FS/SRMTC, 16/2012 e 06/2015-FS/SRATC.

³⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11.07.2013, proferido no processo n.º 06341/10 ou do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03.11.2005 proferido no processo n.º 01377/03.

³⁹ Ver jurisprudência citada.

⁴⁰ Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

⁴¹ O limiar para este efeito está estabilizado nos 350.000,00€, como o valor abaixo do qual ou contratos/atos estão dispensados de fiscalização prévia, nos termos do artigo n.º 255.º, da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2019, do artigo n.º 164.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2018, do artigo n.º 130.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017, do artigo n.º 103.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, que aprovou o Orçamento de Estado para 2016, do artigo 145.º da Lei n.º 82-B/2014 de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2015, do artigo 144.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro que aprovou o Orçamento de Estado para 2014.

que fixam em cada ano orçamental o valor abaixo do qual os contratos públicos estão dispensados de fiscalização prévia. Todavia, o n.º 2 desse artigo refere que “(...), considera-se o valor global dos atos e contratos que estejam ou aparentem estar relacionados entre si.” Ou seja, caso existam diversos contratos cujo valor global seja superior a esse limiar, embora de forma isolada os mesmos se situem abaixo, têm de ser submetidos à fiscalização preventiva daquele órgão.

Com esse propósito, a jurisprudência do Tribunal de Contas⁴² considera que “(...) são sinais fortes do relacionamento entre atos e contratos, passíveis de legitimar a eventual e referida contabilização agregada de preços contratuais, a conexão objetiva, subjetiva e teleológica entre instrumentos contratuais concretamente considerados, constituindo, ainda, a complementaridade das prestações a estas correspondentes sintoma relevante da interligação entre os mesmos.”, sendo que para a densificação desse critério sustentou que “ (...) tais instrumentos contratuais foram celebrados pelos mesmos outorgantes e em igual data, a respetiva outorga apoia-se em autorização concedida pelo mesmo órgão autárquico (...) o correspondente período de vigência é coincidente, as atividades ali previstas recaem sobre a mesma empresa local e, por último, mas de indiscutível relevância, tais contratos “(...) espelham orientações estratégicas para um determinado período temporal.”.

O mesmo se diga quanto à solução encontrada nos termos do Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio, que regula a emissão de um parecer prévio relativo à aquisição de bens e à prestação de serviços no domínio das tecnologias de informação e comunicação.

Pretendeu-se criar um processo de avaliação prévia com natureza vinculativa, de forma a garantir que apenas são financiados projetos que tenham um contributo eficaz na modernização da administração pública.

No âmbito do artigo 2.º, n.º 2 do citado diploma, a obrigatoriedade de requerer um parecer prévio à Agência para a Modernização Administrativa, I. P, aplica-se a todos os órgãos e serviços da administração direta e indireta do Estado e setor empresarial, que pretenda adquirir bens e serviços cujo valor contratual seja igual ou superior a 10 mil euros.

Pelo que, caso se proceda a um qualquer tipo de cisão do valor dos contratos para evitar o recurso ao parecer prévio, nos termos do artigo 8.º, do citado diploma, tais contratos devem ser considerados como nulos, incorrendo o titular ou os titulares do órgão respetivo, em responsabilidade, nos termos gerais.

42 O Acórdão n.º 3/2017, de 23 de fevereiro, proferido no recurso ordinário n.º 06/2017, apresentado por uma autarquia local no âmbito dos procedimentos de fiscalização prévia n.º 2392, 2393, 2395 e 2397, todos de 2015, demonstra a importância deste tema. Naqueles acórdãos o Tribunal de Contas considerou que dos 4 Contratos Programas outorgados com uma empresa municipal, e sujeitos a fiscalização daquele tribunal - i) gestão de centro de alto rendimento; ii) organização de tempos livres para crianças; iii) prestação de atividades de educação e iv) desenvolvimento de atividades culturais – apenas “(...) os contratos – programa dirigidos à prestação de serviços no domínio das atividades dos tempos livres para crianças e no âmbito da educação são, manifestamente, relacionáveis entre si.”.

Unidade da Despesa versus Objeto Contratual

Uma das questões que se coloca neste tema é a sua inserção no âmbito do estudo do Direito Administrativo e, em concreto, na relação existente entre Direito Financeiro e Direito da Contratação Pública⁴³.

A contratação pública é uma matéria que entrecruza saberes de diversas áreas, engenharia, economia, finanças públicas, gestão e direito, com um impacto económico na criação de emprego e de potenciação do investimento que a torna suscetível às alterações na sociedade europeia e nacional.

Para Mário Esteves de Oliveira⁴⁴ a distinção entre o regime da realização da despesa e o da contratação pública é necessária para resolver algumas questões de foro procedimental. Para sabermos, em concreto, se estamos ou não perante um Fracionamento Artificial de Contratos, devemos analisar o fator Unidade da Despesa, mas o que é verdadeiramente importante e crucial é perceber qual é o Objeto Contratual.

Há que entender que a análise de “(...) cada caso de adjudicação de uma empreitada deve ser apreciado em função do seu contexto e das suas particularidades (...)”⁴⁵. Mais do que o valor dos contratos, o que interessa são as circunstâncias de facto, relativas ao objeto do contrato.

O Código dos Contratos Públicos determinou que, ao contrário de ser a despesa a determinar qual o tipo de procedimento a ser seguido, deveria ser a escolha do procedimento a determinar qual o valor máximo que poderá uma entidade adjudicante pagar pelo objeto do contrato.⁴⁶

Esta é a exigência legal constante do artigo 17.º do Código dos Contratos Públicos segundo o qual “(...) o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto”.

Esta opção do legislador é também demonstrativa do que acima foi referido quanto à metodologia a adotar perante a análise de casos de Fracionamento Artificial de Contratos, pois devemos analisar o fator despesa mas importa perceber qual o objeto contratual pois “ (...) é o valor real do contrato que é finalmente condicionado pela escolha do procedimento e não o inverso”⁴⁷.

43 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação ..., Cit., p. 735.

44 OLIVEIRA, Mário Esteves de, Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa – das Fontes às Garantias, Almedina, 1998, p. 40.

45 No Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

46 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação ..., Cit., p. 730 e SILVA, Jorge Andrade da, Código dos Contratos Públicos Anotado, Almedina, 4.ª Edição, 2013, p.89.

47 ALMEIDA, João Amaral e, Comentários ao ..., Cit., p. 42.

Para perceber o que se pode entender como Unidade da Despesa é necessário aferir a mesma em relação a dois níveis⁴⁸. O da Unidade Funcional que é a relação de adequação entre a utilidade do que se pretende adquirir e as necessidades públicas que se visam satisfazer e a Unidade Estrutural da Despesa, que advém das atribuições de uma entidade adjudicante e a forma como o mercado responde as solicitações efetuadas.

Também aqui fica demonstrado que é sempre necessário avaliar de forma concreta o objeto para perceber se estamos, ou não, perante um Fracionamento Artificial de Contratos.

Por esse motivo, a jurisprudência portuguesa refere que “O princípio da unidade da despesa e a proibição de fraccionamento tem precisamente como propósito que as adjudicações levadas a cabo pelas entidades adjudicantes tenham lugar mediante o recurso aos respectivos procedimentos de formação que se mostrem adequados, em função do valor contratual. Daí que, se o objecto contratual em causa pode ser adjudicado, no âmbito de um único procedimento contratual, constituirá uma ilegalidade o seu fraccionamento por vários procedimentos formativos.”⁴⁹

Para a análise da Unidade da Despesa, parece ser relevante seguir as indicações do Tribunal de Contas Europeu⁵⁰ de forma a saber: i) se a entidade adjudicante identificou o valor total do contrato, opções e renovações; ii) se a estimativa do valor do contrato estava de acordo com a diretiva; iii) se há alguma evidência da empreitada de obra pública ter sido subdividida para ficar abaixo do valor da autorização da despesa e do procedimento; e iv) se o valor do contrato está baseado em preços realísticos e atuais.

Contudo, sublinhamos, o que se revela central quando falamos de Fracionamento Artificial de Contratos é a suscetibilidade dos objetos de vários contratos celebrados constituírem um único contrato.

Veja – se o seguinte exemplo, uma entidade verificou, em sede de auditoria, que um conjunto de empreitadas de obras públicas com objetos contratuais diversos como: i) requalificação viária; ii) passadiços; iii) estacionamento; entre outros, estavam adstritas a uma determinada faixa do território costeiro. Por esse motivo, aquela entidade, questionou a entidade adjudicante sobre a necessidade de desencadear procedimentos de concurso público e procedimentos de ajustes direto distintos.

De acordo com a sua análise, expressa em relatório preliminar, teria sido mais adequado efetuar um único concurso público uma vez que o mero somatório dos preços base

48 LORENA DE SÈVES, António, Contratação de Bens e Serviços – Guia de Aplicação, Direção Geral do Desenvolvimento Regional, 2003, p. 20.

49 No âmbito do processo n.º 6341/10, de 11 de julho de 2013, o Tribunal Central Administrativo Sul apreciou a legalidade da despesa, no valor de 2.560.000€, apresentada ao Programa Operacional Sociedade do Conhecimento, no âmbito do QCA III, por uma entidade que desencadeou diversos procedimentos de ajuste direto por critérios materiais, sem justificação para tal e com o mesmo objeto contratual.

50 Checklists for financial and compliance audit of public procurement, 2017, p. 19, disponível em www.eca.europa.eu.

ascenderia a cerca de 8.000.000,00€ o que teria obrigado a uma publicação à escala da União Europeia.

A entidade adjudicante defendeu, em sede de alegações, que a análise efetuada não tinha em linha de conta a existência não de 1 (um) grupo de empreitadas de obras públicas mas de 4 (quatro) grandes grupos que poderiam ser divididos em: parque de estacionamento, passadiços, requalificação paisagística e outras empreitadas de obras públicas.

Para esse efeito, e não obstante reconhecerem que a execução das mesmas decorriam dentro da mesma parcela de território gerida por si, socorreram-se dos CPV's, da diferente técnica e materiais utilizados para justificar a diferença dos objetos contratuais e que cada um dos grupos de empreitadas de obras públicas não ultrapassava os limiares da União Europeia à data, pelo que sempre teria sido adequada a utilização de diversos procedimentos.

Pelo que se impõe uma pergunta: que fatores devem ser analisados para aferir se, num determinado caso, a divisão por vários contratos de um conjunto de prestações que deveriam ter sido agregados num único, consubstancia um “Fraccionamento Artificial de Contratos?”. A resposta tem de passar pela análise de fatores técnicos ou económicos, temporais, geográficos e quanto à existência de fraude.

Os fatores técnicos ou económicos, temporais e geográficos

Fator Técnico ou Económico

O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia Comissão/França, de 5 de outubro de 2000, proferido no âmbito do Processo C -16/98, analisou diversas irregularidades em 37 contratos de empreitadas de obras públicas para a realização de trabalhos de eletrificação e de iluminação pública, com um valor conjunto superior a 185.000.000,00€. A entidade adjudicante promoveu a publicidade nacional dos 37 contratos mas a publicidade internacional no Jornal Oficial foi restrita apenas a seis das maiores empreitadas de obras públicas, não cumprindo com as normas das diretivas.

Neste Acórdão, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que quanto à rede de distribuição de electricidade e uma vez que ela “ (...) destina-se, do ponto de vista técnico, a iluminar locais públicos utilizando, para o efeito, a energia eléctrica facultada pela rede de distribuição de electricidade. A autoridade assegura a iluminação junto da população beneficiada sem calcular os montantes exigidos em função da utilidade que o serviço apresenta para as pessoas em causa. Daqui resulta que uma rede de distribuição de electricidade e uma rede de iluminação pública têm funções económicas e técnicas diferentes.”. Contudo, tal raciocínio já não seria aplicável no caso das empreitadas de obras públicas referentes aos trabalhos e eletrificação em que dada as circunstâncias de tempo, unidade de quadro geográfico, anúncios dos procedimentos e o facto de terem sido desencadeadas pela mesma autoridade adjudicante obrigaria à agregação dos procedimentos.

Como refere Sue Arrowsmith, este Acórdão veio demonstrar que a pedra de toque nesta matéria deveria ser a conexão técnica⁵¹ entre as obras efetuadas no âmbito das circunscrições geográficas das diversas autoridades locais corroborando a tese de Cláudia Viana segundo a qual “ (...) os critérios – técnico e económico – a que o tribunal recorreu constituem um precioso auxiliar para a devida aplicação das regras em causa a outros contratos.”⁵².

É importante saber se os objetos dos contratos desempenham, ou participam, da mesma função técnica ou económica. Não é despidendo concluir que vários contratos se destinam a realizar uma determinada função técnica ou económica, para a realização desta, ou dizer que os vários contratos se destinam a realizar similares funções técnicas ou económicas mas distintas entre si.

O entendimento provindo do Tribunal de Justiça da União Europeia teve ressonância direta no conceito de “Obra”⁵³ enquanto resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinados a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica⁵⁴. Ou seja, podemos estar perante um Fraccionamento Artificial de Contratos quando o objeto do procedimento diz respeito a uma parte de obra ou serviço, não sendo apto, de *per si*, a desempenhar uma função económica ou técnica autónoma. Contrariamente, estaremos perante uma obra ou serviço, e não uma mera parte de outra artificialmente fracionada, quando o seu objeto se autonomiza⁵⁵.

Refere o Tribunal de Justiça da União Europeia que para o resultado de diversas obras ou serviços possam ser considerados como apenas uma, basta que tenham a mesma função económica ou a mesma função técnica, sendo estes critérios alternativos e não cumulativos.⁵⁶

O exemplo acima fornecido da pintura de diversas salas de um mesmo edifício público permite, de forma simplista, perceber o alcance deste conceito. Bastaria um mesmo contrato para abarcar a pintura de todas as salas daquele edifício. Não estamos perante objetos contratuais com uma função técnica ou económica díspar entre si.

51 ARROWSMITH, Sue, EU Public Procurement Law, An Introduction, EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010, p. 107.

52 VIANA, Cláudia, Os Princípios ..., Cit. p. 515.

53 Conferir artigos 1.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março e 1.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro.

54 Este entendimento foi transposto às prestações de serviço pelo Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão Europeia/ República Federal da Alemanha, de 15 de março de 2012 - Processo C-574/10. Naquele arresto foi analisada a adjudicação a um mesmo operador económico, por uma autarquia local alemã, de vários contratos de arquitetura relativas ao mesmo projeto de construção, com um valor agregado e aproximado superior a 273.000,00€, sem publicidade internacional no JOUE.

55 Neste sentido, STOFFEL, João Diogo, O (novo) regime da divisão (artificial) de contratos em lotes separados, constante do Código dos Contratos Públicos, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 28, 2011, p.5.

56 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/Itália, de 27 de outubro de 2005 - Processos C-187/04 e 188/04 e Acórdão do Tribunal de Justiça Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 - Processo T-384/10.

Esta distinção pode não ser tão clara à primeira vista se pensarmos, por exemplo, em empreitadas de obras públicas relativas à rede elétrica⁵⁷, saneamento e distribuição de águas⁵⁸ ou de reparação de rede viárias⁵⁹ em que, de acordo com o Tribunal de Justiça da União Europeia, há uma unidade técnica ou económica em todos estes casos pois a “ (...) a função das obras objeto dos contratos públicos em causa consiste (...) em levar um bem de utilidade pública a uma zona geográfica concreta (...) ”⁶⁰.

No direito nacional⁶¹, em convergência com o da União Europeia⁶², convém referir, que o regime da Divisão em Lotes ou de contratação de prestações do mesmo tipo em diferentes procedimentos⁶³ manteve, em grande medida, a mesma configuração quando referem a possibilidade de contratar prestações do mesmo tipo, suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato, correspondendo cada um deles a um contrato autónomo e desde que o somatório dos preços base dos procedimentos seja inferior ao limite do respetivo procedimento⁶⁴.

Desse modo, o procedimento a escolher deveria ser feito em função do valor global dos lotes cujos procedimentos são lançados em simultâneo ou em função do somatório dos preços contratuais de todos os contratos já celebrados e dos preços base de todos os procedimentos ainda em curso, quando a formação desses contratos ocorra ao longo do período de um ano a contar do início do primeiro procedimento.

Este regime, sempre de análise complexa e não muito clara⁶⁵, tem apresentado conceitos⁶⁶ vagos e indeterminados como: “prestações do mesmo tipo” e “suscetíveis de serem objeto de um único contrato”.

57 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

58 Acórdão do Tribunal de Justiça Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 - Processo T-384/10.

59 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/Itália, de 27 de outubro de 2005 - Processos C-187/04 e 188/04.

60 Acórdão do Tribunal de Justiça Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 - Processo T-384/10.

61 As normas relativas à Divisão em Lotes advém dos sucessivos regimes de escolha de procedimentos concursais – a título de exemplo, o Decreto-Lei n.º 48234, de 31 de Janeiro de 1968, Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de julho, Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março, Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho e Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março – e de realização de despesa – a título de exemplo, o Decreto-Lei n.º 41375, de 19 de novembro de 1957, Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março e Decreto-Lei 197/99 de 8 de junho.

62 As normas relativas à contratação por lotes advém dos sucessivos regimes de escolha de procedimentos concursais – a título de exemplo, Diretiva n.º 71/305/CEE, de 26 de julho de 1971, Diretiva n.º 77/62/CEE, de 21 de dezembro de 1976, Diretiva n.º 89/440/CEE, de 18 de junho, Diretiva n.º 2004/17/CE e Diretiva 2004/18/CE ambas de 31 de março de 2004, e a Diretiva 2014/25/EU e a Diretiva 2014/24/EU, ambas de 26 de fevereiro de 2014.

63 Alteração ao Código dos Contratos Públicos pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

64 ANDRADE SILVA, Jorge, Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado, Almedina, 2013, 4.ª Edição, p. 98 e seguintes, TAVARES, Gonçalo Guerra, e MONTEIRO DENTE, Nuno, Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública – Comentado, Volume I, Almedina, 2009, p. 155 e OLIVEIRA, Mário Esteves de, Concursos..., Cit., 2011, p. 1022.

65 Nesse sentido OLIVEIRA, Mário Esteves de, Concursos..., Cit., 2011, p. 1028.

66 Estes conceitos não foram fornecidos pelas diretivas designadamente não são referidos nos artigos 17.º e 9.º das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, nem faziam parte do léxico relativo à contratação pública nacional que, por exemplo, no âmbito do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março, no seu artigo 28.º sob “Divisão em Lotes” referia-se à “(...) aquisição ou o fornecimento de serviços e bens idênticos ou homogêneos”.

Para ajudar a clarificar este regime e a concretizar estes conceitos, Miguel Nogueira de Brito, nesta matéria, avançava com um paralelismo com a expressão “repetição de serviços similares” constante dos artigos 24.º, n.º 1, alínea a) e 27.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos, do artigo 31.º, n.º 4, alínea b) da Diretiva 18/2004 e do artigo 32.º, n.º 5 da Diretiva 2014/24/UE. Assim, “(...) o novo contrato a celebrar terá de ser relativo a (...) serviços, ou a bens móveis novos que não consistam na repetição de (...) serviços ou bens similares confiados à entidade adjudicatária de um contrato anterior celebrado com a mesma entidade adjudicante.”⁶⁷.

Já para Cláudia Viana⁶⁸ “ (...) as entidades adjudicantes poderão recorrer a nomenclatura CPV (...) ” para perceber quando estamos perante prestações “ (...) do mesmo tipo ou idênticas (...) ”. De acordo com o Guia do Vocabulário Comum para Contratos Públicos⁶⁹, o CPV tem diversas funções, como sejam, uniformização do conteúdo dos anúncios e facilitar a identificação e descrição do objeto dos contratos públicos de molde a garantir, também por esta via, a igualdade entre os operadores económicos.

A regulamentação⁷⁰ estabelece um sistema único de classificação aplicável aos contratos públicos, com o objetivo de normalizar as referências que as autoridades e entidades adjudicantes utilizam para caracterizar o objeto dos seus contratos públicos. O vocabulário principal assenta numa estrutura de códigos em árvore, até nove algarismos, aos quais corresponde uma designação que descreve os fornecimentos, as obras ou os serviços objeto do contrato.

O código numérico comporta 8 algarismos e subdivide-se em: divisões, identificadas pelos dois primeiros algarismos do código, grupos, identificados pelos três primeiros algarismos do código, classes, identificadas pelos quatro primeiros algarismos do código, categorias, identificadas pelos cinco primeiros algarismos do código.

Fazer um raciocínio com base nas divisões poderia criar situações incongruentes como considerar que mobiliário escolar [39160000-1] seria igual a cobertores elétricos [39143114-8] por isso a doutrina portuguesa propõe que “(...) prestações do mesmo tipo ou idênticas seriam aquelas que, pertencentes à mesma categoria, identificada pelos cinco primeiros algarismos (...) tivessem em comum um sexto algarismo subsequente (...)”⁷¹.

⁶⁷ BRITO, Miguel Nogueira de, Ajuste Directo, (Coord. Pedro GONÇALVES) Estudos de Contratação Pública – Volume II, CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 323.

⁶⁸ VIANA, Cláudia, Revista de Direito Regional e Local, n.º 6, abril/junho, 2009, p.15.

⁶⁹ EUROPEAN, Commission, Public Procurement in the European Union. Guide to the Common Procurement Vocabulary, p. 3 e seguintes disponível em simap.ted.europa.eu.

⁷⁰ Regulamento (CE) n.º 2195/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de novembro, que, por sua vez, foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2151/2003, da Comissão, de 16 de dezembro e pelo Regulamento (CE) n.º 213/2008, da Comissão, de 28 de novembro de 2007.

⁷¹ Entre outros, BRITO, Miguel Nogueira de, Ajuste Directo..., Cit., p. 324, e, no mesmo sentido, PIRES, Miguel Lucas, Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste direto”, Cedipre, 2010, p. 12 disponível em www.fd.uc.pt/cedipre.

João Diogo Stoffel, por seu turno, avança que o conceito de “prestações do mesmo tipo” refere-se ao tipo contratual⁷² e dá como exemplo uma empreitada de obra pública onde a entidade adjudicante não considerasse o valor dos fornecimentos para o somatório do valor do contrato. Ou seja, não estariam incluídos “(...) os bens móveis necessários a sua execução e os bens que a entidade adjudicante ponha à disposição do adjudicatário”. Assim, a suscetibilidade de se constituir objeto de um único contrato teria de ser aferida em relação: i) ao critério “função económica e técnica” no caso das empreitadas de obras públicas; ii) nos “fornecimentos similares”⁷³ no caso das aquisições de bens e de serviços; e iii) quanto à mesma “categoria”⁷⁴ no caso de prestações de serviços.

Por sua vez, Mário Esteves de Oliveira⁷⁵, coloca o acento tónico na necessidade de impedir “ (...) um expediente que permitiria à entidade adjudicante furtar-se às regras do Código (e, dependendo do caso, à regras comunitárias) (...) ” sendo que o artigo 22.º refere-se aos “ (...) casos de contratos homogéneos, com prestações do mesmo tipo e cindíveis, cuja realização seja dividida em vários lotes, demandando-se a celebração de um contrato para cada um deles”

Já para João Amaral e Almeida⁷⁶ a “(...) obrigação de recurso ao somatório do preço de todos os contratos para a escolha do tipo de procedimento pré-contratual a adotar é, pelo contrário, aplicável aos casos em que as prestações objeto dos diversos lotes são conexas e dirigidas ao mesmo segmento de mercado, provocando um potencial interesse em contratar no mesmo conjunto de operadores económicos”, e refere ainda que, nesse caso, as prestações contratuais são “(...) suscetíveis de constituírem objecto de um único contrato” não porque, em abstrato, fosse juridicamente possível que integrassem um contrato único (juridicamente sempre o seriam!), mas antes porque existe uma susceptibilidade funcional ou económica de reunir todas as prestações no mesmo contrato, sem que isso impeça ou dificulte a identificação de operadores económicos aptos a executar todas as prestações contratuais”.

No mesmo sentido Jorge Andrade Silva quando afirma que “O valor determinante de toda a estrutura do regime da escolha dos procedimentos adjudicatórios é o da concorrência, pelo que a determinação do tipo de prestações deverá ser orientada pelo que sobre esta matéria a concorrência ditar e for compatível com as exigências de ordem técnica. Isto é, duas ou mais prestações contratuais serão da mesma natureza se se integrarem no mesmo sector de mercado. Por outro lado, serão suscetíveis de integrar o objeto de um único contrato exatamente porque são prestações do mesmo tipo e, por via disso, para além da possibilidade jurídica de unidade contratual, essa fusão é técnica e economicamente viável.”

72 O (novo) regime ..., Cit., p. 52.

73 Alínea b) do n.º 5 do artigo 9.º da Diretiva 2004/18/CE e alínea b) do n.º 6 do artigo 17.º da Diretiva 2004/17/CE.

74 Alínea d) do n.º 1 do artigo 1.º das Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.

75 Concursos..., Cit., 2011, p. 1022.

76 ALMEIDA, João Amaral e Pedro Fernández Sánchez, A divisão em lotes e o princípio da adequação na escolha do procedimento pré-contratual, temas de contratação pública, vol. I, Coimbra Editora, págs. 325 e seguintes.

Ou seja, a conexão técnica ou económica dos objetos contratuais tem de ser analisada em diversos prismas que vão desde aferição da repetição de serviços similares, da utilização dos CPV's, na homogeneidade do fornecimento e/ou no sector de mercado em que se incluem os mesmos.

Esta questão foi debatida no âmbito de uma auditoria em que se constatou que uma entidade adjudicante tinha adjudicado, por via de concurso público apenas com publicidade nacional, a 3 (três) operadores económicos distintos, 3 (três) empreitadas de centros escolares situados no seu território mas em 3 (três) freguesias distintas durante um prazo de 12 meses.

A entidade de auditoria considerou, em relatório preliminar, que existiria Fraccionamento Artificial de Contratos pois existia uma mesma função técnica ou económica sendo que os restantes fatores – unidade geográfica⁷⁷, durante o prazo de um ano, com valor global superior aos limiares - seriam indícios⁷⁸ que “(...) militam a favor de considerar esses contratos (...) como (...) uma obra única.”⁷⁹.

A entidade adjudicante não se bastou com o argumento das empreitadas terem sido desencadeadas no mesmo território e argumentou que motivos atinentes à indisponibilidade de terrenos e razões orçamentais levaram ao planeamento da contratação naqueles moldes.

Parece ter sido decisivo o argumento de que cada centro escolar era um centro autónomo de custos pois as empreitadas de obras públicas, embora com o mesmo objeto, uma vez que eram relativas à construção de 3 (três) centros escolares, tiveram execução técnica e funções económicas distintas uma vez que estaríamos perante 3 (três) centros de custos autónomos.

Por recurso ao conceito de “Obra” previsto nas diretivas poderíamos concluir que estaríamos perante um Fraccionamento Artificial de Contratos se o objeto do procedimento da empreitada de obra pública relativa a um determinado centro escolar fosse uma parte de obra, sem função económica ou técnica autónoma, que não poderia entrar em funcionamento sem as restantes.

É verdade que o Tribunal de Justiça da União Europeia entende que para que o resultado de diversas obras possa ser considerado como apenas uma, basta que tenham a mesma função económica ou a mesma função técnica⁸⁰ mas esse argumento, no limite,

⁷⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

⁷⁸ Segundo os acórdãos Ecoservice Projektoi de 17 de maio de 2018 - Processo C-531/16 e Evigilio, de 12 de março de 2015 – Processo C – 538/13, a “(...) prova de uma violação do direito da concorrência da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que sejam objetivos e concordantes”.

⁷⁹ Acórdão Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

⁸⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/Itália, de 27 de outubro de 2005 - Processos C-187/04 e 188/04 e Acórdão do Tribunal de Justiça Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 - Processo T-384/10.

equivaleria a afirmar que todos os centros escolares contribuem para o cumprimento da mesma atribuição daquela entidade adjudicante quanto à educação. Esquecendo-se, e de acordo com o entendimento de Sue Arrowsmith⁸¹, que os objetos dos contratos não desempenhavam a mesma função económica ou técnica uma vez que não participavam entre si no cumprimento de um mesmo objetivo.

É sempre necessário aferir, tal como proposto pela doutrina nacional supra referida, além da necessária conexão técnica ou económica, se estamos perante a repetição de serviços similares, quais os CPV's utilizados, se existiu um fornecimento homogéneo ou qual o setor de mercado que as prestações integram.

O mesmo entendimento seria aplicável quando tendo sido adjudicadas duas empreitadas – com diferença de três meses entre as datas de abertura dos procedimentos respetivos – por via de concurso público com publicidade nacional – cujos preços base eram de 2.500.000€ e 2.900.000€ – com base no mesmo CPV – 45212300/9 – Construção de edifícios para usos culturais e artísticos – foi verificado que o somatório dos preços base era superior aos limiares da União Europeia em vigor na altura.

A entidade adjudicante, munida do conceito de “Obra” argumentou que – embora as empreitadas de obras públicas tenham ocorrido num mesmo espaço físico onde estavam instalados antigos recintos fabris e industriais – não existiam indícios de Fraccionamento Artificial de Contratos porque: i) não existia conexão económica ou técnica; ii) os imóveis eram autónomos, física e juridicamente, com artigos matriciais na Autoridade Tributária e descrição na Conservatória do Registo Predial distintos; iii) com certificação energética pela ADENE – Agência para a Energia e vistoria da Autoridade Nacional de Proteção Civil com requisitos distintos entre si; iv) com planos de investimento e de financiamento específicos; v) com objetivos de gestão e exploração díspares; vi) destinados a públicos diversos; e vii) os Avisos de Abertura de Concurso, aos quais foram apresentadas as candidaturas respectiva, tinham exigências e motivações diferentes.

Ainda num outro caso foram recolhidos diversos indícios de Fraccionamento Artificial de Contrato por parte de uma entidade de auditoria uma vez que os CPV's escolhidos eram idênticos – 45211360-0, Obras de urbanização – tinha sido utilizado o mesmo tipo de procedimento – concurso público – existia proximidade temporal entre as aberturas dos procedimentos – inferior a 12 meses – e o mesmo adjudicatário.

Numa primeira análise foi invocada uma mesma função económica e/ou técnica pois comprovou –se que a entidade adjudicante pretendeu edificar, num determinado espaço geográfico, com diversos lotes e fases, uma área de acolhimento empresarial com uma imagem comum do ponto de vista funcional.

A entidade adjudicante argumentou que a conceção dessa área de acolhimento empresarial assentou em três fases, distintas, autonomizáveis e que não dependiam das restantes para funcionarem. Tal faseamento foi motivado, entre outras, por razões relativas à geografia, orografia e disponibilidade dos terrenos.

⁸¹ ARROWSMITH, Sue, EU Public ..., Cit., p. 107.

A avaliação da documentação e das condições do terreno comprovou que as 3 fases foram ajustadas ao cadastro predial, física e temporalmente, dado que uma significativa parte dos terrenos não estava na posse do Município e que as áreas de intervenção estavam, fisicamente, separadas por estradas nacionais, por arrumamentos de acesso a equipamentos desportivos e que necessitavam de intervenções distintas em virtude dos declives apresentados.

Fator Geográfico

Ainda no âmbito do Acórdão Comissão/França⁸², e como acima referido, foram apresentados diversos elementos que devem ser vistos como “(...) indícios adicionais (...)”⁸³ para a análise de Fraccionamento Artificial de Contratos.

Um desses elementos prende-se com a localização geográfica dos diversos procedimentos numa mesma “ (...) unidade do quadro geográfico (...) ” ou “ (...) única zona geográfica (...) ”⁸⁴ levando, inclusivamente, alguns programas operacionais de financiamento da União Europeia⁸⁵ a afirmar que a “ (...) localização geográfica, só por si, não é aceite como fundamento para a não existência de Fraccionamento de contratos/despesa.”.

Em tese, até porque estamos perante um mero indício que deve ser tido em conta com as circunstâncias concretas do caso, não significa que o preenchimento deste conceito, automaticamente, resultem num Fraccionamento Artificial de Contrato. Caso contrário, qualquer procedimento que uma entidade desencadeasse dentro do seu território seria, automaticamente, alvo de contabilização.

Parece ter sido esse o entendimento de uma auditoria que teve como objeto a análise de mais de vinte contratos de empreitadas para requalificação da rede viária tendo aquela entidade concluído que, entre outros argumentos, embora as intervenções estivessem localizadas em áreas geográficas distintas (freguesias) as mesmas era conexas entre si, dentro do mesmo território – numa extensão de 27km² – e desencadeadas pela mesma entidade adjudicante⁸⁶.

Por esse motivo, concluiu que não deveriam ter sido desencadeados procedimentos de ajuste direto mas um concurso público dividido por lotes, tendo em conta o valor agregado dos mesmos, uma vez que o preço base presumível se situaria no intervalo de valor entre os limiares nacionais e os da União Europeia.

82 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

83 GRAELLS, Albert Sánchez, Public Procurement Rules and the EU Competition Rules, 2.ª Edição, Hart Publishing, 2015, p. 213.

84 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

85 Orientações sobre Contratação Pública, 2016, disponível em <http://poseur.portugal2020.pt>

86 Sobre a relevância do fator organizatório para o tema do “Fraccionamento Artificial de Contratos”, em particular quanto à Administração Pública Central, consultar RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação..., Cit., p. 747.

Até porque, no entendimento dessa entidade, e de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, mesmo que os contratos públicos possam abranger populações diferentes em locais diferentes isso “(...) não elimina a possibilidade de serem considerados uma mesma obra. É o que acontece quando essas operações são efetuadas na mesma zona geográfica (...)”⁸⁷.

A entidade adjudicante alegou que os locais onde as empreitadas foram executadas eram próximos, e não contíguos, o que impossibilitaria a instalação de um estaleiro de obra conjunto de forma a cumprir com o Decreto-Lei n.º 155/95, de 1 de julho, com as alterações propostas pelo Decreto-Lei n.º 273/2003, de 29 de outubro, e que estabelece as regras gerais de planeamento, organização e coordenação para promover a segurança, higiene e saúde no trabalho em estaleiros da construção. Acrescentou ainda que em alguns casos estávamos perante empreitadas desencadeadas em freguesias distintas dentro de um mesmo município.

A questão que se poderia colocar, considerando a definição de Unidade Administrativa constante no n.º 1 do artigo 3.º da Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas⁸⁸ é de saber se aquela zona geográfica “(...) corresponde uma administração competente para tomar decisões administrativas ou políticas relativas a essa zona, no âmbito do quadro jurídico e institucional do Estado-Membro.” Ou seja, se aquelas intervenções tivessem sido desencadeadas por uma entidade adjudicante que só tivesse poderes para atuar naquela freguesia, esta conexão não se revelaria. Contudo, como estávamos perante uma entidade adjudicante que poderia atuar nas diversas freguesias então essa conexão geográfica não poderia ser escamoteada.

Fator Temporal

Nem todas as entidades adjudicantes, por razões económicas, orçamentais, disponibilidade de terrenos ou de prossecução das suas atribuições podem agregar as suas pretensões contratuais numa única despesa de grandes dimensões.

Além de ser nocivo para a concorrência, especialmente para as micro, pequenas e médias empresas, pode colocar em causa outras atividades e prestações, até de índole social, que podem ser suas atribuições para prosseguir.

Parece que o período de referência em causa neste tema será de 12 meses. São as balizas constantes dos documentos de programação de receita e despesa e, de alguma forma, derivam do Código dos Contratos Públicos⁸⁹.

⁸⁷ Acórdão Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10 e que cita as conclusões do Advogado Geral F.G. Jacobs no Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

⁸⁸ Aprovada pelo Regulamento (CE) n.º 1059/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003.

⁸⁹ Artigos 22.º, 40.º e 48.º.

Uma das questões que a referenciação no prazo de 12 meses pode trazer a uma entidade adjudicante advém do facto do valor agregado da despesa poder colidir com a falta de recursos financeiros para avançar com a obra.

As restrições motivadas pelo cálculo dos fundos disponíveis na Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso⁹⁰ e do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho⁹¹, diplomas legais que têm como objetivos regularizar as dívidas passadas e impedir a imprudente assunção de compromissos e a acumulação de novos pagamentos em atraso, bem como, responsabilizar e sancionar os dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade, pela inobservância da lei, nomeadamente de assumirem compromissos sem fundos disponíveis e aumentarem os pagamentos em atraso, são ferramentas para perceber se estamos ou não perante um Fraccionamento Artificial de Contratos.

Os fundos disponíveis são as verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do DL 127/2012, as transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos financiados pela União Europeia.

Quanto a esta matéria alguns Orçamentos de Estado permitiram que a assunção de compromissos que excedessem os fundos disponíveis não era fator impeditivo de candidaturas a projetos com financiamento, não relevando a contrapartida nacional de projetos cofinanciados para o cumprimento das obrigações legais estabelecidas quanto ao apuramento dos pagamentos em atraso e cálculo dos fundos disponíveis e estatuidando uma nova forma de cálculo para a determinação desses mesmos fundos quando perante projetos cofinanciados.

Esta foi uma forma de impulsionar o investimento público e acelerar a execução do Portugal 2020⁹² paralelamente às iniciativas promovidas pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, IP e Ministério das Infraestruturas e Planeamento.

Pelo que a decisão de uma entidade adjudicante ter avançado, em 2017 ou em 2018, com um único procedimento, terá de ser visto à luz dessa possibilidade de forma a percebermos se a conexão temporal traz, ou não, algum indício de Fraccionamento Artificial de Contratos.

90 A LCPA foi aprovada pela Lei n.º 8/2012, de 21/02 e alterada pelas Leis n.º 20/2012, de 14/05, 64/2012, de 20/12, 66-B/2012, de 31/12, 22/2015, de 17.03, 7-A/2016, de 30/03 e 42/2016, de 28/12, doravante designada por LCPA.

91 O diploma regulamentar da LCPA foi aprovado pelo Decreto-Lei 127/2012, de 21/06 e alterado pelas Leis n.º 64/2012, de 20/12, 66-B/2012, de 31/12, 99/2015, de 17.03, 7-A/2016. De 30/03 e 42/2016, de 28/12, doravante designada por DL 127/2012.

92 Para mais informações sobre as Medidas de Aceleração do Investimento Público para 2017 consultar www.portugal2020.pt

Fraude

No âmbito do conceito de Fraccionamento Artificial de Contratos há um elemento subjetivo que define a intencionalidade da entidade adjudicante e que determina a existência de Fraude.

Para Cláudia Viana, “(...) o fraccionamento do objeto do contrato será considerado fraudulento sempre que feito com intenção de subtrair um dado contrato à regulamentação comunitária”⁹³ secundada por Miguel Assis Raimundo quando escreve “ (...) o problema do Fraccionamento indevido é um problema de fraude à lei (...)”⁹⁴.

Esta perspetiva obriga a averiguar se a divisão do objeto contratual foi feita de forma artificial e com intuito fraudulento⁹⁵ que, como refere Sue Arrowsmith⁹⁶, é de difícil prova e fiscalização e, para Albert Graells⁹⁷, “(...) virtualmente impossível (...)”.

O Advogado Geral A.G. Jacobs defendeu, no âmbito do já citado Acórdão Comissão/França⁹⁸, que para que possa existir violação do direito da União Europeia nesta matéria é “ (...) necessário verificar uma intenção de se subtrair às disposições da diretiva, eventualmente, com base num afastamento daquilo que, seria a prática sem essa intenção.”. Por outro lado, a Advogada Geral A.G. Trstenjak⁹⁹ defendeu que “(...) não é possível presumir, sem mais, essa intenção de contornar as diretivas. Cada adjudicação de um contrato cindido deve ser apreciada segundo o seu contexto e as suas particularidades, devendo controlar-se, em especial, se existem motivos sérios a favor ou contra a cisão em causa.”.

Para Sue Arrowsmith, o Acórdão Comissão/França¹⁰⁰ terá adotado um critério interpretativo que prescinde da intenção fraudulenta face a verificação de critérios objetivos para defender a agregação de contratos¹⁰¹.

Esse terá sido o caminho seguido pela Comissão Europeia¹⁰² e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia quando, por exemplo, aplicou uma correção de 25% nos projetos: i) «Abastecimento de água a populações residentes na bacia hidrográfica do Guadiana: região de Andevalo»; ii) «Saneamento e estação de tratamento da bacia do Guadalquivir: Guadaira, Aljarafe e EE NN PP do Guadalquivir»; e iii) «Abastecimento de água aos sistemas intermunicipais das províncias de Granada e de Málaga».

93 VIANA, Cláudia, Os Princípios ... Cit., p. 513.

94 RAIMUNDO, Miguel Assis, A formação ..., Cit., p. 754.

95 Tal como exigido pelo Reino de Espanha no Acórdão do Tribunal de Justiça Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10 quando alega que “ (...) a Comissão tinha de ter demonstrado a intenção das autoridades espanholas de contornarem, mediante esse fraccionamento, a aplicação da referida diretiva aos contratos públicos em causa.”.

96 EU Public Procurement Law..., Cit., p.107.

97 GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 211.

98 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

99 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão /Alemanha, 15 de julho de 2010 - Processo C-271/08.

100 Acórdão do Tribunal de Justiça Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98.

101 ARROWSMITH, Sue, EU Public ... , Cit., p. 107 e 227.

102 Decisão C (2010) 4147 da CE, de 30 de junho de 2010.

Nesse Acórdão¹⁰³, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que seria “ (...) irrelevante que a violação resulte ou não da vontade do Estado-Membro ao qual é imputável a sua negligência ou ainda dificuldades técnicas com as quais se tenha deparado (...) ” nem válido o argumento de que o facto da jurisprudência não referir este requisito é suficiente para não o utilizar¹⁰⁴.

A República Federal da Alemanha, por seu turno, alegou que esta posição poderá não ser maioritária quando refere que o Fraccionamento Artificial de Contratos “(...) pressupõe uma intenção subjectiva para evitar a aplicação das regras desta diretiva. No presente caso (...), a Comissão não demonstrou a existência de tal intenção (...)”¹⁰⁵ sendo ainda necessário frisar que o Regulamento n.º 2988/95, de 18 de dezembro exige que este elemento subjetivo seja devidamente avaliado para aplicar correções financeiras seja a coberto de uma medida administrativa, seja a coberto de uma sanção administrativa.

Referindo-se, de forma global, à necessidade de concretizar o elemento subjetivo no âmbito do artigo 18.º da Diretiva 2014/24, de 26 de fevereiro, Albert Graells faz algumas considerações sobre a questão da intenção no âmbito do Fraccionamento Artificial de Contratos¹⁰⁶.

Para este autor se o propósito é de preservar este elemento subjetivo então esta tarefa obriga a que se estabeleçam parâmetros objetivos e concretos de avaliação da mesma a partir dos quais se possa inferir a existência, ou não, de intenção fraudulenta.

Partindo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁰⁷, e sempre em articulação com artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, Albert Graells defende que a entidade adjudicante deve fundamentar as razões objetivas, legítimas e proporcionais, sobre as quais baseou a sua decisão de fraccionamento, avaliadas com base num critério de *bónus pater familiae*.

Comungamos da opinião de Albert Graells no sentido de que a avaliação deste elemento subjetivo é muito complexa tendo em conta os sistemas nacionais para avaliação do mesmo – designadamente processos contraordenacionais ou de foro criminal – e que não se coaduna com a forma de funcionamento das instituições europeias¹⁰⁸. Contudo, a

103 Acórdão do Tribunal de Justiça Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10.

104 Acórdão do Tribunal de Justiça Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10 sobre a não indicação deste requisito por parte dos acórdãos Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Auroux, de 18 de janeiro de 2007 – C-220/05.

105 Acórdão Felix Swoboda, de 15 de fevereiro de 2002 – C-411/00 citado pela República Federal da Alemanha no Acórdão Comissão Europeia/ República Federal da Alemanha, de 15 de março de 2012 – C-574/10.

106 GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 210 e seguintes e Some Reflections on the Artificial Narrowing of Competition as a check on executive discretions in public procurement, 2018, p. 11 e seguintes disponível in <https://papers.ssrn.com>

107 O autor cita os Acórdão do Tribunal de Justiça Reino de Espanha/Comissão, de 29 de maio de 2013 – T-384/10, Comissão/França, de 5 de outubro de 2000 - Processo C-16/98 e Auroux, de 18 de janeiro de 2007 – C-220/05.

108 GRAELLS, Albert Sánchez, Public... Cit., p. 211 e seguintes e Some Reflections ... p. 11

ineficiência dos sistemas existentes não pode colocar em causa as garantias jurisdicionais das entidades adjudicantes quando são confrontadas com correções financeiras por Fraccionamento Artificial de Contratos.

Refere Marcelo Prates que nos casos em que a sanção seja aplicada por uma autoridade administrativa mas cuja consequência não seja uma sanção contraordenacional, esta não estará sujeita ao regime do Decreto-Lei 433/82, de 27 de outubro¹⁰⁹. Sendo que dentro deste grupo de sanções administrativas, que não são de natureza contraordenacional é necessário perceber se todas tem essa natureza de sanção administrativa ou se algumas podem ser consideradas como medidas administrativas pois, de acordo com a doutrina¹¹⁰, estas são “ (...) ações administrativas de definição unilateral do direito aplicável a uma situação concreta que, de maneira legítima, afetam direitos dos administrados.”.

A resposta sobre se estamos perante uma sanção administrativa ou uma medida administrativa é particularmente importante quando se verifica a existência de fraude no âmbito do Fraccionamento Artificial de Contratos pois esta qualificação pode determinar a aplicação, ou não, de princípios garantísticos do direito sancionatório público

O Regulamento n.º 2988/95, de 18 de dezembro prevê que uma mesma conduta pode ser objeto de aplicação de uma medida administrativa – artigo 4.º – ou de uma sanção administrativa – artigo 5.º n.º 1 alíneas c) e d) - com o mesmo objetivo, a restituição de uma quantia indevida.

Neste caso vemos que os seus efeitos imediatos (restituição) e a autoridade (Programas Operacionais) são exatamente os mesmos mas a finalidade e as condições de aplicabilidade é que podem ser diferenciados. As medidas administrativas têm uma função reintegrativa ou reconstitutiva do orçamento da União Europeia, as sanções administrativas têm uma finalidade punitiva¹¹¹.

Parece ter sido esse o sentido do Tribunal de Justiça da União Europeia¹¹² quando refere que nem todos os atos de restituição devem ser percecionados como medida administrativa e que perante determinadas circunstâncias poderia ser equacionado o enquadramento enquanto sanção administrativa.

Como sublinha Marcelo Prates¹¹³, “Perante uma situação concreta, a autoridade administrativa não poderá, sob pena de agir com desvio de poder, substituir a medida desfavorável formalmente devida por outra medida similar, mesmo que tenha competência para a imposição de ambas, e que os efeitos finais dela decorrentes sejam semelhantes.” pelo que, sufragamos, “ (...) a delimitação possibilitará, de uma face,

109 A punição administrativa entre a sanção contra-ordenacional e a “Sanção Administrativa”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 68, 2008, p. 4.

110 PRATES, Marcelo Madureira, “Sanção Administrativa” Geral: Anatomia e Autonomia, Almedina, 2005.

111 Nesse sentido acompanhamos MESQUITA, Maria José Rangel de, O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias Sobre os Estados Membros, Tese de Doutoramento, Almedina, 2006, p. 344.

112 Acórdão do Tribunal de Justiça National Farmers' Union, de 17 de julho de 1997 - Processo C-354/95

113 PRATES, Marcelo Madureira, Sanção Administrativa ..., Cit., p.169.

clarificar as medidas desfavoráveis à disposição da Administração, para que ela possa pautar as suas escolhas concretas pelas condições de fato e de direito existentes em cada situação que se lhe apresente, e, desse modo, para que ela possa atender da melhor forma os interesses públicos presentes, sem descuidar os direitos e os interesses privados igualmente em questão.”.

Se concluirmos que o Fracionamento Artificial de Contratos exige o preenchimento do conceito de fraude, então a decorrência seria de estarmos perante uma sanção administrativa onde controlo jurisdicional, até tendo em conta a sua finalidade repressiva/punitiva, terá de seguir o procedimento comum, e não o administrativo, e acautelar os mais elementares princípios de defesa das entidades adjudicantes em detrimento da recuperação do financiamento indevidamente atribuído.