Os ‘contratos sem valor’ no Código dos Contratos Públicos: uma abordagem jurídico-económica

Autor(es): Pereira, Pedro Matias; Guimarães, Rui Mesquita

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39853>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-3_5

Accessed : 26-Apr-2023 09:19:26

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo III

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

OS ‘CONTRATOS SEM VALOR’ NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÓMICA

1. Nota prévia

Constituindo os Estudos onde se insere o presente texto uma homenagem a um nosso muito insigne Professor, optámos por nele abordar um assunto que se relaciona com um tema clássico da Economia Política — e que foi abordado pelo Senhor Professor Doutor António Avelãs Nunes em diversas das obras: a noção de valor.

Essa temática vem, pois, bem a propósito do assunto que tratamos: os contratos sem valor no Código dos Contratos Públicos (“CCP”), tema que constitui, então, um domínio específico em que o Direito Administrativo (dos Contratos Públicos) e a Economia Política convergem de modo singular¹. E constitui também um domínio controverso dentro da temática da determinação do valor do contrato; contro-
vêrsia que resulta das tentativas de encontrar o alcance prático

¹ A este propósito refere, impressivamente, Mário Júlio de ALMEIDA COSTA que “Não podem os juristas ignorar a utilidade económica dos bens ou serviços, porque é em função desta que sobre eles se constituem direitos e obrigações” — Cf., do Autor citado, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 12.^a edição, 2013, p. 140.

que este tipo de contratos desempenha (ou pode desempenhar) nos procedimentos de contratação pública ². Veja-se que, além de não se encontrar qualquer antecedente deles na legislação nacional, os contratos sem valor são uma inovação face às próprias diretivas relativas à contratação pública ³.

Partindo destes dados inovadores, ensaiamos as linhas que seguem, com a consciência de que a prática e a experiência jurídica trarão à discussão novos exemplos e argumentos que contribuirão para uma melhor densificação dogmática ⁴.

2. Considerações preliminares

As diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE implicaram a adoção, no âmbito do direito dos Estados-membros da União Europeia, de soluções novas no que respeita aos procedimentos de formação de contratos públicos; umas absolutamente

² Veja-se que Mário ESTEVES DE OLIVEIRA e Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA demonstram bem essa dificuldade referindo que “dada a noção de valor do contrato será hipótese pouco verosímil ou rara, sendo difícil encontrar no elenco dos contratos expressamente referidos no Código um cuja celebração não tenha um benefício económico para o adjudicatário, o co-contratante” — cf., dos Autores citados, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 633.

³ Referimo-nos às Diretivas 2004/18 e 2004/17, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, transportas para o direito interno através do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

⁴ Deve notar-se que esta já não é a primeira vez que este tema é abordado, mas, como se verá de seguida, a nossa análise afasta-se da realizada por Vera EIRÓ no texto «Os contratos sem valor no Código dos Contratos Públicos», publicado no vol. II dos *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 267-286.

novas e outras apenas relativamente novas, uma vez que contavam já com um certo lastro legislativo, jurisprudencial e doutrinal.

O legislador português, perante as ingentes exigências de transposição das Diretivas, poderia ter optado por fazer, como acontece em alguns casos, uma, chamemos-lhe assim, transposição ponto por ponto. No entanto, entendeu ir mais longe e, em muitos aspetos, inovar.

O assunto que nos ocupará constitui um exemplo claro da dinâmica que acabamos de referir. De facto, a determinação do valor dos contratos em geral e, em particular, a figura dos contratos sem valor, constitui um dos aspetos em que a convivência entre o CCP e as diretivas se reveste de particulares dificuldades, não só ao nível formal — aspeto que não levanta qualquer questão relevante —, mas sobretudo ao nível material, o que tem influência decisiva na escolha do procedimento a adotar.

Para que melhor se perceba a problemática em causa, façamos uma breve incursão sobre os elementos que compõe o valor do contrato no CCP para, partindo desses elementos, aferir, *a contrario*, onde poderão caber os contratos sem valor.

Dispõe, a este respeito, o n.º 1 do artigo 17.º do CCP que

“o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto”.

Na densificação do n.º 1 transcrito, o n.º 2 do mesmo artigo clarifica que o

“benefício económico referido no número anterior inclui, além do preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros, o valor de quaisquer contraprestações a efectuar em

favor do adjudicatário e ainda o valor das vantagens que decorram directamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem”.

Depois, conclui-se no n.º 4 que “caso não se verifique qualquer das situações referidas nos números anteriores considera-se o contrato sem valor”.

Desta forma, para que um contrato possa ser considerado como contrato sem valor não poderá (i) importar o pagamento de um preço pela entidade adjudicante ou por terceiros ao adjudicatário; (ii) a existência de contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário; ou (iii) o surgimento de vantagens que decorram directamente para o adjudicatário da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.

É, portanto, com base nestes elementos normativos que encetaremos a conceptualização jurídica dos contratos sem valor.

3. O conceito de contrato público europeu

Começamos por rever, neste ponto, um conceito âncora da contratação pública, o conceito de contrato público (europeu) ⁵, de modo a compreender se os contratos sem valor integram (ou não) os elementos que compõem o referido conceito, de modo a que, verificada essa hipótese, se permita densificar a noção de contratos sem valor tendo como horizonte os contratos públicos.

⁵ Tivemos já oportunidade de tratar o assunto em *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 25 e ss., ainda que numa perspectiva diferente da do presente texto.

Na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18 ⁶, o legislador europeu fornece uma definição de contratos públicos. Nos termos aí definidos, os contratos públicos

“são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva”.

Podemos assim recolher desta norma quatro requisitos que têm de se encontrar (cumulativamente) verificados para que o contrato possa ser considerado um contrato público: (i) onerosidade, (ii) redução do contrato a escrito, (iii) bilateralidade [entre entidade(s) adjudicante(s) e operador(es) económico(s)] e (iv) tipicidade. Quer isto também significar que os contratos sem valor, para se incluírem no conceito de contratos públicos da diretiva, terão necessariamente de cumprir aqueles requisitos densificadores.

Ora, será partindo da análise do enquadramento dos contratos sem valor no conceito de contrato público europeu que tomaremos a abordagem inicial do tema.

4. A bilateralidade e a onerosidade dos contratos públicos

Vimos ainda agora que a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18 exige que os contratos públicos sejam celebrados entre um ou mais operadores económicos e uma

⁶ Dada a semelhança entre a Diretiva 2004/18 e a Diretiva 2004/17 no que diz respeito ao problema do valor do contrato, iremos cingir o nosso estudo à análise da primeira das diretivas, portanto, a diretiva 2004/18, pelo que as referências à diretiva, neste texto, dirão respeito a esse diploma que regula a contratação pública nos setores gerais.

ou mais entidades adjudicantes. Daqui se retira que os contratos públicos resultam do enlace de duas (ou mais) declarações de vontade contrapostas, concretamente, do(s) operador(es) económico(s) e da(s) entidade(s) adjudicantes(s) ⁷, o que lhes exige uma necessária bilateralidade. Assim, os contratos públicos serão necessariamente contratos sinalagmáticos, gerando por tal motivo obrigações para ambas as partes.

Dimensão não confundível com esta da bilateralidade é a da onerosidade ^{8,9}, que decorre também do conceito de contrato

⁷ Em boa verdade, esta bilateralidade emerge de modo automático do conceito de contrato, na medida em que todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais. Certo é, recordando a lição de ANTUNES VARELA, que não se devem confundir contratos bilaterais com negócios jurídicos bilaterais, na medida em que qualquer contrato é um negócio jurídico bilateral, visto nascer do enlace de duas (ou mais) declarações de vontade contrapostas e ter assim sempre duas partes, ao passo que dos contratos bilaterais “não só nascem obrigações para ambas as partes como essas obrigações se encontram unidas uma à outra por um vínculo de reciprocidade ou interdependência” — cf. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 10.^a edição, 2010, p. 396.

⁸ Para desenvolvimentos sobre a distinção entre contratos bilaterais e onerosos v., entre outros, João de Matos ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 10.^a edição, 2010, pp. 404 e ss; e Mário Júlio ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 12.^a edição, 2013, pp. 367 e ss.

⁹ No Acórdão *Auroux*, o Tribunal de Justiça esclarece o que entende por *contrato oneroso*. Nos termos definidos por aquela jurisprudência (cf. parágrafo 45 do Acórdão) “o carácter oneroso do contrato refere-se à contraprestação oferecida ao empreiteiro pela realização das obras pretendidas pela entidade adjudicante”. Na situação considerada no Acórdão citado, a contraprestação a realizar pela execução do contrato constituía o pagamento de um preço pela entidade adjudicante e por terceiros (utilizadores). Não obstante, tal como vimos defendendo e é corroborado por esta jurisprudência do Tribunal de Justiça, na determinação do valor do contrato, a definição de contrato oneroso deve ser ainda mais ampla, pois deve atender-se à contraprestação oferecida ao cocontratante, independentemente da sua espécie.

público europeu. Por via de tal característica exige-se que a “atribuição patrimonial efectuada por cada um dos contraentes tenha por correspectivo, compensação ou equivalente a atribuição da mesma natureza proveniente do outro”, isto é, a onerosidade do contrato “aplica-se às atribuições patrimoniais (*Zuwendungen*), refere-se à sua função económica”¹⁰.

Deve a este respeito salientar-se, seguindo de perto a doutrina civilista, que não tem que existir um perfeito equilíbrio objetivo entre as duas vantagens (i.e., uma absoluta contrapartida económica das prestações)¹¹. Assim, salvo algumas exceções legalmente previstas, o princípio da equivalência das prestações não reclama uma equivalência objetiva, mas antes uma equivalência subjetiva, ou seja, cada parte na avaliação que faça do contrato a celebrar tem de considerar as prestações a realizar como equilibradas em função da contraprestação que irá receber¹² — sendo certo que a prestação adquirida pela entidade adjudicante está delimitada pela tipicidade dos contratos.

Quanto a este aspecto importa, no entanto, atender à previsão do artigo 281.º do CCP, no qual — à semelhança do que sucedia no Código de Procedimento Administrativo¹³ —,

¹⁰ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 405.

¹¹ Cf. Mário Júlio ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 360 e 361.

¹² Cf. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 84.

¹³ O n.º 2 do artigo 179.º CPA — cuja manutenção em vigor era, como se sabe, discutida na doutrina antes da entrada em vigor do CCP — previa que “O órgão administrativo não pode exigir prestações contratuais desproporcionadas ou que não tenham uma relação directa com o objecto do contrato”. De acordo com Diogo FREITAS DO AMARAL, esta norma visava

“acentuar a aplicação do princípio da proporcionalidade no domínio dos contratos administrativos, do mesmo passo que se pro-

o legislador normativizou a necessidade de os contratos administrativos serem proporcionais e haver conexão material das prestações contratuais. Assim, consta do proémio do artigo 281.º do CCP que “o contraente público não pode assumir direitos ou obrigações¹⁴ manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material directa com o fim do contrato”. Há assim a destacar dois requisitos objetivos que os contratos administrativos têm de respeitar: (i) a proporcionalidade e (ii) a conexão material¹⁵.

Interessa-nos, neste momento, o requisito da *proporcionalidade*, relativamente ao qual importa precisar se tem de ser uma proporcionalidade (equivalência) objetiva ou subjetiva, ou seja, se essa proporcionalidade implica que os direitos e obrigações assumidos sejam proporcionais e equivalentes do ponto de vista económico, ou se, pelo contrário, essa propor-

curou impedir que o contraente público introduza no clausulado do contrato disposições que, não tendo relação com o objecto contratual, se limitem a «explorar» a vontade de contratar do contraente privado”

(cf., do Autor citado, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 3.ª edição, 2006, p. 561).

¹⁴ O artigo 281.º do CCP parece dirigir-se unicamente ao contraente público, mas a verdade é que ao estabelecer que o contraente público “não pode assumir direitos ou obrigações”, a norma aponta para uma ideia de corresponsabilidade entre as prestações e as contraprestações. Assim, a norma não se limita a exigir a proporcionalidade e conexão material dos encargos assumidos pelo contraente público, exigindo-se que ela se verifique também quanto aos encargos assumidos pelo cocontratante.

¹⁵ Quanto ao requisito da conexão material direta com o fim do contrato, é uma exigência que já resultaria de forma automática dos vários tipos de contratos, ou seja, as obrigações previstas num contrato típico têm já uma conexão material com o fim do contrato — v., a este propósito, a anotação ao n.º 1 do artigo 179.º do CPA de Mário ESTEVES DE OLIVEIRA, Pedro GONÇALVES e João PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo — comentado*, Coimbra: Almedina, 2.ª edição, 2006, pp. 816 e ss.

cionalidade deve atender aos interesses subjetivos que as partes têm em vista com a execução do contrato. A este respeito entendemos que, tal como acontece no domínio do direito civil, a equivalência/proporcionalidade entre a prestação/contraprestação terá de ser *subjetiva*, isto é, terá de atender aos interesses que as partes têm nos direitos que emergem do contrato. Isto mesmo, apesar de constar daquele normativo que o contraente público não pode assumir “direitos (...) manifestamente desproporcionados”, sob pena de não se atender ao interesse e às condições em que o co-contratante se dispõe a contratar. Ou seja, a proporcionalidade deve ser analisada do ponto de vista da utilidade e da satisfação das necessidades das partes na relação contratual.

Assim se percebe que, em razão da onerosidade que lhes está associada, os contratos públicos são contratos dos quais resultam contrapartidas para ambas as partes, necessariamente com uma equivalência subjetiva, podendo ter (ou não) uma equivalência objetiva ¹⁶.

¹⁶ A este propósito, Pedro GONÇALVES salienta que o

“conteúdo extra-típico [do contrato] tem de ser proporcional em face do conteúdo típico. Neste sentido [...] as cláusulas de conteúdo agressivo ou desvantajoso para o particular só devem ser admitidas (ou com base legal expressa ou) nos termos em que se admite em geral a sujeição dos actos administrativos a cláusulas acessórias (artigo 121.º do CPA). Acrescente-se agora que a exigência de proporcionalidade não se coloca só para as cláusulas eventualmente agressivas para o particular, mas, nos mesmos termos, também para as que o beneficiam”

— cf. *O Contrato Administrativo — Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 98. No mesmo sentido do Autor citado, v. José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, p. 748. Em nossa opinião, a limitação da avaliação subjetiva é mais intensa para a

Analisado este conceito podemos agora densificar melhor o que se deve entender por contratos públicos e (por inerência) por contratos sem valor. São, portanto, contratos públicos os contratos bilaterais, escritos, celebrados entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, tendo por objeto a execução de obras, o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, em que se geram vantagens patrimoniais para ambas as partes, que apesar de não terem forçosamente um perfeito equilíbrio objetivo, constituem o respetivo uma da outra na perspectiva das partes.

5. A onerosidade e o valor económico dos contratos

Temos assim por estabelecido que os contratos sem valor se incluem no conceito de contrato público, o qual se caracteriza, entre outros aspectos, por ser oneroso, isto é, por ter uma dimensão patrimonial ou económica. Isto mesmo, apesar de a letra do conceito (contrato *sem valor*) apontar para ausência de valor económico¹⁷.

Deste modo, e de forma a identificarmos quais serão os aspetos relevantes da patrimonialidade ou função económica do contrato, vejamos em que se consubstancia o valor eco-

entidade adjudicante, dada a imposição de esta atuar de acordo com os princípios inerentes a uma gestão eficiente, económica e eficaz — para mais desenvolvimentos, *vd.* Carlos MORENO, *Finanças Públicas — Gestão e Controlo dos Dinheiros Públicos*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2.ª edição, 2000, pp. 77 e 83 e Hugo FLORES DA SILVA, *Privatização do Sistema de Gestão Fiscal*, Coimbra Editora, 2014, pp. 504 e ss.; já do ponto vista do adjudicatário, entendemos que a essa avaliação só está limitada aos termos gerais do direito e desde que não constitua uma prática restritiva da concorrência.

¹⁷ Recusar a existência de uma dimensão patrimonial ou económica equivaleria, então, a desclassificar o contrato sem valor como contrato público.

nómico. Para tal, trataremos neste ponto de duas dimensões deste conceito: o valor económico propriamente dito e o custo de oportunidade.

5.1. O valor económico

Vistos que estão os requisitos de que depende o enquadramento dos contratos sem valor no leque dos contratos públicos, importa agora aferir o que é o valor económico, perspetivando eventuais relações jurídicas que, para efeitos do CCP, possam constituir contratos sem valor.

A teoria do valor, nos termos propostos pela “grande maioria dos autores que integram a *mainstream economics*”¹⁸, parte do carácter individual das necessidades e considera o valor de troca como um vínculo subjetivo entre o indivíduo e a coisa — daí que não possa ser afastada a subjetividade da dimensão jurídica da onerosidade. Assim, seguindo de perto Jean-Baptiste Say, “o valor de uma coisa é o resultado da avaliação contraditória feita entre o que dela tem necessidade, ou que a procura, e o que a produz, ou a oferece”¹⁹, sendo tal avaliação resultante de uma análise individual dessas necessidades (económicas) as quais são, nas palavras de Raymond Barre, “eminentemente subjectivas: cada homem decide se há para ele uma necessidade e em que medida essa necessidade existe”²⁰.

¹⁸ Cf. António José AVELÃS NUNES, *Noção e objecto da Economia Política*, Coimbra: Almedina, 3.ª Edição, 2013, p. 120.

¹⁹ *Apud*, António José, AVELÃS NUNES, *Introdução à História da Ciência Económica e do Pensamento Económico* (Lições ao 1.º Ano da FDUC), Serviço de Textos dos SASUC, Coimbra, 2007, p. 266.

²⁰ *Apud*, António José, AVELÃS NUNES, *Economia Política — A Produção, Mercados e Preços* (Lições ao 1.º Ano da FDUC), Serviço de Textos dos SASUC, Coimbra, 2.ª Edição, 2003, p. 263.

Claro está que esta subjetividade é afastada nas circunstâncias em que não há exclusividade ou escassez dos bens. Com efeito, os bens livres ou públicos pelo facto de poderem ser usufruídos por qualquer indivíduo e pelo facto de nenhum indivíduo poder ser excluído do seu consumo, tornam-se bens desinteressantes do ponto de vista do respetivo valor económico²¹. Com efeito e enquanto determinado tipo de bens for livre — e, consequentemente, não for escasso —, pode afirmar-se que é um *bem não económico*.

De resto, são de diversa ordem os exemplos que demonstram a flexibilidade dos valores dos bens em face da sua liberdade/escassez.

Veja-se o exemplo paradigmático das quotas para a emissão de CO₂. Até à celebração do Protocolo de Quioto, a possibilidade de emissão de gases CO₂ era universal e não discriminatória, não tendo por tal motivo a emissão daqueles gases qualquer valor económico. No entanto, com a celebração do Protocolo, foram criadas quotas de emissão limite para cada um dos diversos países subscritores para a emissão deste tipo de gases, portanto, a possibilidade de emissão passou a ser escassa e como tal suscetível de ter um valor económico. Tal é, de resto, demonstrado pelo facto de os países mais industrializados comprarem as respetivas quotas aos países menos industrializados.

Tal consideração permitirá, portanto e desde logo, excluir do comércio os bens livres por não possuírem qualquer valor económico.

Do mesmo modo, podemos excluir do leque dos bens de valor económico, os direitos (ou “bens”) inalienáveis. Com efeito, em face da impossibilidade jurídica de aliena-

²¹ Cf. Paul A. SAMUELSON & William D. NORDHAUS, *Economia*, McGraw Hill, 18.^a Edição, 2005, p. 37.

ção ou oneração deste tipo de bens, os mesmos não possuem valor económico e são, por isso, insuscetíveis de encerrarem qualquer manifestação de valor seja para os contratos públicos em geral, seja para os contratos sem valor em particular.

Por fim, excluir-se-ão ainda deste grupo de bens (com valor económico) os bens não patrimoniais. Estes bens, pela sua falta de patrimonialidade ou valor económico, também não poderão ser contabilizados para efeitos de densificar o conceito de contratos sem valor.

Podemos, neste sentido, definir três elementos estruturais para a determinação do valor dos bens e que nos servirão para, *a posteriori*, delimitar o âmbito objetivo dos contratos sem valor: a escassez, a utilidade e a suscetibilidade de serem transaccionados.

5.2. Custo/Ganho de Oportunidade

Há ainda que considerar, para este efeito, um outro aspecto que assume particular relevância na avaliação económica dos bens: o conceito de custo de oportunidade.

Centrando-nos agora nos recursos (ou bens) escassos, a sua afetação à satisfação de alguma necessidade, implica, necessariamente, que se prescinda da sua afetação a uma outra necessidade — prescinde-se, por isso, da oportunidade de utilizar esse recurso de outro modo²². Ora, no âmbito da contratação pública, esta análise assume particular relevância e deve nortear todas as escolhas públicas — até porque isso decorre dos princípios da concorrência e da boa gestão dos dinheiros públicos, modeladores de todo o edifício da contratação pública.

²² Cf. *idem*, p. 137.

Em termos simples e aplicados à contratação pública, quando a Administração, para contratar uma empreitada, uma prestação de serviços ou um fornecimento de bens, dispõe, a título de contraprestação, dos seus recursos escassos (sejam eles de que natureza forem), prescinde da oportunidade de os utilizar de outro modo. Daí que, na avaliação dos vários elementos densificadores do valor do contrato, seja imprescindível verificar quer o *custo de oportunidade* para a Administração que decorre de remunerar a execução de um contrato com determinado bem, quer o *ganho de oportunidade* do adjudicatário com a contrapartida que lhe é concedida pela respectiva execução (na medida em que, nos termos do CCP, a pedra de toque do valor económico é perspectivada do lado do benefício do adjudicatário ²³).

Assim, na delimitação das contraprestações que podem ser realizadas a favor do adjudicatário e que devem ser levadas em conta para efeitos de aferição do valor económico nos contratos sem valor, deverá atender-se, por um lado, a uma dimensão negativa — constituída pelas contraprestações que estão fora do conceito de valor económico — e, por outro lado, a uma dimensão positiva, que deve reflectir o custo/ganho de oportunidade implicado no contrato.

6. Os Contratos sem valor

Partindo das premissas agora expostas de que (i) os contratos sem valor terão de preencher os elementos característicos do conceito de contratos públicos, e (ii) consequente-

²³ A este propósito e para uma análise mais desenvolvida do tema, ver o ponto 4. do nosso «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos Português», *Revista dos Contratos Públicos*, Belo Horizonte, 5 (2014) 157-177, relativo aos elementos que constituem o valor do contrato no CCP.

mente, por via da sua característica da onerosidade, terão de comportar sinalagmaticamente um valor económico, vejamos em que situações será de admitir a existência deste tipo de contratos.

Avançamos que, em face do que vimos de expor e da construção realizada pelo legislador no n.º 2 do artigo 17.º do CCP para densificar o conceito de máximo benefício económico, não se afigura uma tarefa fácil encontrar relações jurídicas contratuais que possam caber no conceito de contrato sem valor. Não obstante, consideraremos, do ponto de vista objetivo e subjetivo, algumas perspetivas suscetíveis de conferir efeito útil aos contratos sem valor.

6.1. Âmbito objetivo

O legislador definiu, no artigo 17.º do CCP, os elementos objetivos que constituem o benefício económico que assume relevância para efeitos de determinação do valor dos contratos, prevendo que constitui benefício económico além do (i) preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros, (ii) o valor de quaisquer contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário e ainda (iii) o valor das vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato, que possam ser configuradas como contraprestações das obrigações que lhe incumbem. Acrescenta-se ainda no n.º 3 da mesma norma que, no caso de se tratar de um contrato de empreitada de obras públicas, (iv) deve ainda ser contabilizado o valor dos bens móveis necessários à sua execução e que a entidade adjudicante ponha à disposição do adjudicatário.

Ora, a determinação do âmbito objetivo dos contratos sem valor, terá, então, que se fundar numa análise que, parta, numa lógica *a contrario sensu*, daqueles elementos densificadores do benefício económico. Nesta perspetiva, os contratos sem valor são aqueles que não podem contemplar: (i) o paga-

mento de um preço pela entidade adjudicante, (ii) a existência de contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário, ou mesmo (iii) o surgimento de quaisquer vantagens que decorram diretamente para o adjudicatário da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem; se se tratar de contratos de empreitada de obras públicas sem valor, também não pode estar incluída no contrato a disponibilização, por parte da entidade adjudicante, de quaisquer bens móveis necessários à execução do mesmo.

Assim, parecem ficar de fora desta imbricada equação apenas as *vantagens que decorram indiretamente da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que incumbem ao adjudicatário*. Sucede que, em razão da construção dada pelo legislador ao cumular e conciliar estes dois requisitos [*i.e.*, as vantagens que (i) decorram indiretamente das prestações que incumbem ao adjudicatário e que (ii) possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem ²⁴] tornou particularmente complexa a identificação de hipóteses que possam caber neste subconceito do valor do contrato.

Assim, em primeiro lugar — e dividindo a hipótese nos seus requisitos cumulativos — temos que contabilizar aquelas vantagens que decorram indiretamente da execução do contrato. A questão aqui é a de saber quais serão as vantagens (in)diretas — e isso poderá determinar uma significativa variação no valor do contrato, dependendo do concreto juízo que a entidade adjudicante faça sobre elas. É matéria certamente controversa esta das

²⁴ Não será possível interpretar a exigência *a contrario sensu* ou mesmo afastá-la, na medida em que tal interpretação e/ou afastamento conduziria também ao afastamento da característica de bilateralidade do contrato, isto é, da necessidade de que ele seja gerador de direitos e obrigações.

vantagens (in)diretas mas, mesmo que não se concorde com um ou outro exemplo, percebe-se bem que é difícil aferir com segurança se determinadas vantagens existem e se elas decorrem diretamente (ou indiretamente) da execução do contrato.

Em segundo lugar, é necessário que as vantagens indiretas do adjudicatário “possam ser consideradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem”. Neste caso, o apelo da interpretação da norma é para a sinalgmaticidade das prestações que incumbem às partes, compreendendo, portanto, aquelas vantagens que podem ser vistas como contrapartidas das prestações contratuais.

Ora, se é de algum modo fácil encontrar exemplos de contratos em que se geram, autonomamente, vantagens (i) indiretas ou (ii) que possam ser consideradas como contrapartidas das prestações que incumbem ao adjudicatário, já se torna difícil encontrar um exemplo em que estes dois elementos se conjuguem cumulativamente. De facto, é difícil conceber que decorram vantagens para o adjudicatário que possam ser consideradas contrapartidas da execução do contrato e que ainda assim sejam indiretas (ou exorbitantes) deste.

Ademais, sempre se terá que considerar, para este efeito, que, constituindo-se como contrapartida da execução do contrato, este tipo de vantagens indiretas depende unicamente da atuação da entidade adjudicante (e não de qualquer comportamento de terceiros), ou seja, tais vantagens têm de estar umbilicalmente ligadas ao sinalagma contratual.

A este propósito vejamos um exemplo que demonstra a dificuldade da operacionalização (académica ou prática) do conceito de contrato sem valor: no âmbito de um procedimento para a formação de um contrato de empreitada, de construção de um túnel, a entidade adjudicante propõe, sem qualquer (outra) remuneração, ceder ao adjudicatário a pedra extraída das áreas de escavação para a construção do túnel. Ora, neste exemplo não há dúvidas que se encontra preen-

chido o requisito de aquelas prestações constituírem vantagens que possam ser consideradas como contrapartidas das prestações que incumbem ao adjudicatário. No entanto, será no mínimo muito duvidoso que aquela contrapartida não constitua uma vantagem que decorra diretamente das prestações que incumbem ao adjudicatário ²⁵.

Sintetizando, temos que, para não serem consideradas como integrantes do valor dos contratos as vantagens dele decorrentes, elas terão que advir indiretamente da execução do contrato e terá também que existir uma corresponsabilidade entre as contraprestações em causa e as prestações que incumbem ao adjudicatário ²⁶.

²⁵ Consideremos um outro exemplo, de sentido diferente: as vantagens que decorrem para as empresas pela construção da realização de uma empreitada cujo objeto é uma obra que constitui um relevante marco arquitetónico. Trata-se de obras, em regra, muito complexas e que, uma vez concluídas e com sucesso, permitem às empresas que ficaram encarregues da sua construção usufruírem de uma publicidade muito positiva. Ora, neste tipo de casos, poderia considerar-se incluído nas vantagens indiretas a publicidade gerada e que decorreu diretamente da execução do contrato, todavia, já não parece encontrar-se preenchido o requisito de poder configurar aquela vantagem como *contrapartida pela execução do contrato*, considerando que o efeito gerado, além de hipotético, está fora da vontade da entidade adjudicante, pelo que não permite concluir que aquela publicidade possa ser assumida como uma contrapartida. O mesmo sucede no seguinte exemplo, com efeitos mais evidentes: na vigência do Decreto-Lei n.º 59/99, era frequente a exigência concursal de que os concorrentes tivessem realizado uma obra pública do mesmo tipo e com pelo menos 60% do valor do contrato concursado; assim, uma empresa que ganhasse o concurso para uma qualquer empreitada retiraria daí uma vantagem pela execução desse contrato, uma vez que isso a habilitaria a concorrer a outras empreitadas de valor superior. Também neste caso, apesar de se poder admitir que o adjudicatário retirava uma vantagem indireta da execução do contrato, já não parece ser de admitir que aquela vantagem pudesse ser vista como uma contrapartida da sua execução.

²⁶ Cf., neste sentido, João de Matos ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito do modo*, Coimbra: Atlântida, 1955, p. 223.

6.2. Âmbito subjetivo

Analisado que está o âmbito objetivo dos elementos que densificam o valor do contrato, importa agora fazer uma incursão pelo seu âmbito subjetivo.

No CCP e no que ao valor do contrato diz respeito, o legislador definiu como sujeito relevante para efeito de determinação do valor o adjudicatário. Ora, admitindo que apenas assume relevância para efeitos de determinação do valor do contrato a prestação feita pela entidade adjudicante ou por terceiros a favor do adjudicatário, ficariam de fora do âmbito subjetivo os contratos a favor de terceiros. Esta é, de resto, uma das diferenças que resulta da técnica legislativa adotada no CCP, quando comparada com a utilizada na diretiva.

Com efeito, de uma análise da diretiva e do CCP identifica-se, desde logo, uma diferença entre estes dois diplomas: a expressão “montante total a pagar” da diretiva (artigo 9.º) assenta na perspectiva de quem irá realizar a despesa (ou seja, tendencialmente, a entidade adjudicante); já a expressão do CCP relativa ao “máximo benefício económico” reflecte o ponto de vista do adjudicatário, da receita que para ele decorrerá da execução do contrato.

Estas diferentes perspetivas não são irrelevantes, uma vez que o “montante total a pagar” pela entidade adjudicante pode não ter correspondência com o “máximo benefício económico” do adjudicatário; será assim, por exemplo, nas situações em que o montante a pagar pela entidade adjudicante pela execução de um contrato não corresponda a um benefício económico na esfera do adjudicatário, mas antes de um terceiro.

E, no caso dos contratos sem valor, esta solução permitiria, efetivamente, operacionalizar este conceito.

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 443.º do Código Civil, “Por meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, que tenha na promessa um interesse

digno de protecção legal, a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio”. Mais decorrendo do disposto no n.º 1 do artigo seguinte que “O terceiro a favor de quem for convencionada a promessa adquire direito à prestação, independentemente de aceitação”.

Quer isto significar que, tendo o CCP limitado a determinação do valor do contrato às contraprestações a favor do adjudicatário, qualquer contrato público em que o beneficiário da contraprestação (*lato sensu*) efectuada pela Administração seja um terceiro, cairia no âmbito dos contratos sem valor.

No entanto, entendemos que esta interpretação não é a mais correcta. Na verdade, a admitir-se tal solução, estar-se-ia a desconstruir sem fundamento razoável a construção normativa do CCP a este respeito e, pior ainda, a permitir o afastamento da obrigatoriedade de seguir procedimentos de formação de contratos mais concorrenciais.

Assim e embora não se concorde com a possibilidade de integração dos contratos a favor de terceiro no âmbito dos contratos sem valor, com fundamento no seu âmbito subjetivo, entendemos que, como exposto, a concretização normativa do artigo 17.º do CCP possibilita esta recondução, com a virtualidade de, dessa forma, haver violação da diretiva.

7. A operacionalização do conceito de contrato sem valor no confronto com figuras afins

Muitas vezes, reconduzem-se as hipóteses em que é difícil determinar o valor do contrato num determinado momento (ou as em que ele é mesmo indeterminável) aos contratos sem valor. No entanto, cremos já ter demonstrado pela positiva (isto é, avançando a solução jurídica que consideramos ser dogmaticamente correcta) quais foram as pretensões do legislador ao desenvolver o instituto jurídico dos contratos sem valor.

Faremos, no entanto, o exercício pela negativa, isto é, abordando algumas situações que vêm sendo consideradas como situações em que se verifica a existência de contratos sem valor.

7.1. Contratos sem limite de valor

Uma primeira distinção a estabelecer resulta da distinção entre contratos sem valor e contratos sem limite de valor. Na verdade, esta distinção tem relevância quando a abordamos no prisma da lei nacional, já que o legislador nacional pretendeu abandonar, no âmbito da determinação do valor do contrato, um regime assente na estimativa e orientou o cálculo de determinação do valor do contrato para o máximo benefício económico do adjudicatário tendo em conta o limite máximo que o procedimento escolhido pela entidade adjudicante permite adjudicar.

Com efeito, se a entidade adjudicante escolher os procedimentos (i) de ajuste directo, (ii) de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação sem publicação prévia de anúncio no JOUE, ficará condicionada no valor do contrato a celebrar, o qual não poderá ultrapassar os limiares previstos nos artigos 19.º a 21.º; se a entidade adjudicante escolher o procedimento de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação com publicação prévia de anúncio no JOUE, não estará limitada no limite do valor do contrato, sendo aquele um *contrato sem limite de valor*.

Ora, por certo que a referência do legislador nacional aos contratos sem valor nada tem que ver com contratos sem limite de valor. São fundamentalmente duas as razões para a diferenciação entre estes conceitos.

A primeira é de ordem sistemática, já que o legislador, no n.º 4 do artigo 17.º do CCP, prevê que “caso não se

verifique qualquer das situações referidas nos números anteriores considera-se o contrato sem valor”. Assim e devendo atender-se aos números antecedentes, verifica-se que nenhum deles trata a questão do ponto de vista do limite do valor em resultado do procedimento, mas sim dos elementos que densificam o critério do máximo benefício económico previsto no número um. Desta forma, quando o legislador considera que os contratos sem valor são aqueles que não se encontram nas situações previstas nos números antecedentes, está a focar-se num denominador comum aos três números, que é o máximo benefício económico do adjudicatário (n.º 1 do artigo 17.º do CCP), e os elementos que o compõem (n.ºs 2 e 3 do artigo 17.º do CCP).

Existe ainda uma segunda razão, de ordem material: no n.º 2 do artigo 21.º do CCP está previsto que “Para a formação de contratos sem valor, excepto se se tratar de um dos contratos mencionados no número anterior, pode ser adoptado qualquer um dos procedimentos nele referidos”. Deste modo, seria contraditório considerar-se que são contratos sem valor os contratos cujo procedimento permite a adjudicação de contratos sem limite de valor, uma vez que se prevê que nos contratos sem valor (com exceção dos contratos mencionados nos números antecedentes) pode ser adotado qualquer tipo de procedimento.

Assim, não restam dúvidas que os contratos sem valor não correspondem, nem se confundem, com contratos sem limite de valor.

7.2. Contratos sem preço

Relativamente aos contratos sem valor e aos contratos sem preço, as parecenças não se estendem para lá da similitude das denominações.

De resto e como já tivemos oportunidade de observar, o conceito de valor é mais amplo do que o conceito de preço, na medida em que contempla o preço, quando ele existir (sendo que existe na maioria das situações), bem como outras contraprestações. Assim, dizer-se que o contrato não tem preço não é o mesmo que afirmar que o contrato não tem valor, pois se é verdade que um contrato que tenha preço tem necessariamente valor, o inverso já não é verdade.

Os contratos sem preço são característicos dos contratos de sociedade e concessão uma vez que podem não comportar para a entidade adjudicante o pagamento de qualquer preço.

Quanto a este aspeto chama-se ainda a atenção para a eventual aplicação extensiva do n.º 2 do artigo 36.º do CCP, relativa à competência para a decisão de contratar prevista para os contratos sem preço, aos contratos sem valor. Ora, sendo os contratos sem valor invariavelmente contratos sem preço (embora, saliente-se, o inverso não seja necessariamente verdade, já que entram na equação do valor do contrato outros elementos além do preço), e uma vez que o legislador desenhou um procedimento diferente ao nível das competências da decisão de contratar para os contratos sem preço, poder-se-á estender aos contratos sem valor (uma vez que não têm preço) o procedimento especificamente previsto para os contratos sem preço ²⁷.

Nestes termos, nos contratos sem valor (à semelhança dos contratos sem preço e porque são necessariamente contratos sem preço), a competência para a decisão de contratar cabe ao órgão da entidade adjudicante “que for competente para

²⁷ Para além desta extensão, somos também a favor da extensão do regime de determinação do valor da caução dos contratos sem preço (n.º 3 do artigo 89.º do CCP) aos contratos sem valor.

o efeito nos termos da respectiva lei orgânica ou dos seus estatutos” (cf. n.º 2 do artigo 36.º do CCP).

7.3. Contratos de valor indeterminado (momento de determinação do valor do contrato)

Quanto aos contratos de valor indeterminado, deve dizer-se que estes não se confundem com os contratos de valor indeterminável. Com efeito, enquanto os segundos se referem à absoluta indeterminabilidade do valor, os primeiros indiciam que o valor é determinável, ainda que só em momento posterior.

Nos termos do n.º 2 do artigo 9.º da diretiva 2004/18, a estimativa do valor do contrato deve ser válida no momento do envio do anúncio do contrato, ou, nos casos em que não exista anúncio, no momento em que a entidade adjudicante inicia o procedimento pré-contratual. No entanto, pode suceder que no momento em que se lança o procedimento não seja possível aferir (nem mesmo através de estimativa) o valor do contrato, isto é, o máximo benefício económico que o adjudicatário poderá retirar da execução daquele contrato. Mas o facto de não ser determinável naquele momento não significa que o valor do contrato não possa ser posteriormente determinado.

Assim, no caso dos contratos de valor indeterminado ²⁸, os mesmos não poderão ser considerados contratos sem valor, uma vez que, apesar de não ser possível a determinação do seu valor aquando do início do procedimento pré-contratual,

²⁸ Para maiores desenvolvimentos relativamente aos contratos de valor indeterminado, no âmbito do direito das obrigações, v. Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 338 a 342.

aquele contrato tem um valor, que será concretizado *a posteriori*.

7.4. Contrato de valor indeterminável

Os contratos de valor indeterminável constituem, para a doutrina que se vem debruçando sobre o tema, o exemplo que melhor espelha o conceito de contrato sem valor ²⁹.

No entanto, por tudo quanto já vimos expondo, não consideramos ser essa a melhor interpretação a dar ao n.º 4 do artigo 17.º do CCP. Desde logo, julgamos que é a própria expressão “valor indeterminável” que começa a desconstruir essa tese; de facto, da expressão “valor indeterminável” decorrem, desde logo, duas consequências: a primeira é a absoluta impossibilidade de determinar o valor de determinado contrato, a segunda, é que, não obstante a impossibilidade de determinar o valor do contrato, o mesmo tem sempre um valor.

Deste modo, se apesar de o contrato ter um valor económico indeterminável, este tiver, ainda assim, um valor, sempre estará afastada a possibilidade de se considerar que o contrato é um contrato sem valor — a não ser que, seguindo a linha de raciocínio já exposta, o valor decorra de uma vantagem indireta que possa ser considerada como contrapartida pelas prestações que incumbem ao adjudicatário.

No sentido de identificar os contratos sem valor com os contratos de valor indeterminável, defendem Gonçalo GUERRA TAVARES e Nuno MONTEIRO DENTE que “nas situa-

²⁹ Sobre a indeterminabilidade do valor do contrato e a relação com os contratos sem valor, v. Vera EIRÓ, ob. cit., p. 267-286; e também a anotação ao artigo 17.º do CCP de Gonçalo GUERRA TAVARES e Nuno MONTEIRO DENTE, in: *Código dos Contratos Públicos — Âmbito da sua aplicação*, Coimbra: Almedina, 2008.

ções de benefício económico para o adjudicatário não quantificável, se considera que o contrato é sem valor”, argumentando ainda que

“de facto nos termos do artigo 17.º, pressupõe-se sempre a existência de um benefício económico que funcionará até como critério de determinação do valor do contrato. Este benefício poderá ser quantificado, ou será de difícil ou mesmo de impossível quantificação, o que implicará a aplicação da norma do n.º 4, considerando-se então o contrato sem valor”³⁰.

Discordamos deste entendimento, pois, como demonstrámos, o instituto dos contratos sem valor é aplicável aos contratos que não tenham qualquer valor económico (isto é, aos contratos cujas contrapartidas são materialmente insuscetíveis de serem enquadradas nos elementos densificadores do valor do contrato constantes dos n.ºs 2 e 3 do artigo 17.º do CCP), não sendo, em nossa opinião, de aceitar o entendimento que pretende relacionar a existência de contratos sem valor com os contratos de valor indeterminável. Com efeito, se se admite a hipótese de existirem contratos de valor indeterminável que, por caírem fora dos elementos densificadores do valor do contratos, possam ser considerados contratos sem valor, já não será em nossa opinião de admitir que um contrato, pelo simples facto de ser de valor indeterminável, possa vir a ser incluído no leque dos contratos sem valor, na medida em que apesar dessa indeterminabilidade do valor, poderão as contrapartidas a realizar a favor do adjudicatário ser enquadráveis em algum dos elementos que constituem o valor do contrato (previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 17.º do CCP).

³⁰ Cf. dos Autores citados, ob. cit., p. 144.

Também Vera EIRÓ segue a mesma linha de argumentação, dando como exemplo de contratos de valor indeterminável os contratos de patrocínio³¹. De acordo com o entendimento da Autora, os contratos de patrocínio são contratos onerosos, cujo valor não é determinável, referindo ainda que são contratos que interessam ao mercado, mas em que o benefício económico do adjudicatário não é calculável em função das regras estabelecidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 17.º do CCP.

Discordamos também desta solução, desde logo na medida em que se menciona que as vantagens que decorrem para o adjudicatário pela execução do contrato não se reconduzem às situações identificadas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 17.º do CCP; bem pelo contrário, a formulação abrangente com que foi desenhado o n.º 2 do artigo 17.º do CCP permite englobar a quase totalidade dos benefícios que o adjudicatário possa retirar com a execução do contrato. Dizemos *quase*, uma vez que, em nossa opinião, só escapam ao âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 17.º do CCP, de entre os benefícios económicos que o adjudicatário pode retirar da execução do contrato, as vantagens que não decorram diretamente da execução do contrato e que não possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que incumbem. Ora, são de difícil qualificação as circunstâncias em que se verificam tais situações.

Por outro lado, se é verdade que os contratos de patrocínio são aqueles em que são mais evidentes as vantagens económicas que emergem indiretamente da execução do contrato, não é menos verdade que lhes falta o requisito de essa vantagem indireta poder ser entendida como uma contrapartida pela execução do contrato e, por outro lado, eles comportam sem-

³¹ Cf., da Autora referida, ob. cit., pp. 270 e ss.

pre uma contraprestação (direta). Na verdade e quanto ao primeiro aspeto, as vantagens geradas não dependem da entidade adjudicante e não podem, portanto, ser consideradas como uma contrapartida pela execução das prestações que incumbem ao adjudicatário — é uma vantagem hipotética e dependente da atuação de terceiros à relação contratual —; quanto à circunstância de comportar sempre uma contraprestação direta, tal resulta desde logo, de ser concedido um espaço onde se fará a publicidade indireta. Com efeito (e independentemente da impossibilidade de determinar com exatidão o benefício económico do adjudicatário com a execução do contrato), quer na circunstância em que a entidade adjudicante é patrocinadora, como na situação em que é patrocinada, está inerente àquele contrato um valor económico, suportado quer na contraprestação propriamente dita, quer no custo de oportunidade (do ponto de vista da entidade adjudicante), quer, ainda e por outro lado, no ganho de oportunidade (no caso do operador económico).

Assim, se no âmbito da reabilitação de um edifício de um município, for acordado que o adjudicatário poderá colocar na fachada painéis publicitários, muito embora os ganhos que decorram indiretamente daquela publicidade não sejam contabilizados para efeito de determinação do valor do contrato, existe um benefício económico do adjudicatário, decorrente da possibilidade da realização da publicidade que o município permite como contraprestação das obras de reabilitação. O mesmo sucederá nas situações em que pelo patrocínio de festas municipais, o município permita a afixação de publicidade do patrocinador, que ficará responsável pelos encargos dessas festas. Efetivamente, o direito que a Administração coloca ao dispor do adjudicatário é um bem escasso, que não poderá ser utilizado simultaneamente por outro operador económico. Deste modo, atendendo a esta relação custo/ /ganho de oportunidade que está associada aos contratos de

patrocínio, não cremos que se possam qualificar os mesmos³² como contratos sem valor (económico).

Quando a entidade adjudicante qualifica o contrato como contrato sem valor e em razão disso utiliza um procedimento menos concorrencial, está a renunciar à possibilidade de poder contratar em melhores condições com outro operador económico, abdicando assim de obter um retorno maior e que poderá ser gerado com o contrato que celebrou. Portanto, a escolha de contratar com um determinado operador económico impede a fruição dos benefícios que as outras opções poderiam proporcionar.

Por tudo isto, não é de admitir que se possa qualificar como *sem valor* o contrato em virtude do qual um adjudicatário retira uma vantagem que não obteria sem a sua celebração e que, em abstrato, impede a entidade adjudicante de obter um ganho maior (ou diferente) se colocasse essa vantagem ao mercado (e à concorrência).

³² No *Codice dei Contratti Pubblici* italiano, o legislador consciente, por um lado, de que os contratos de patrocínio têm valor económico, e, por outro lado, da dificuldade em determinar o valor daqueles contratos, previu uma norma específica que permitiu salvaguardar a concorrência e a boa gestão dos dinheiros públicos. O artigo 26.º do Código italiano, diferentemente do CCP, prevê que o valor do contrato não resulta do benefício económico do adjudicatário, mas sim do valor estimado da execução da prestação típica em causa (p.e., o valor da empreitada), *i.e.*, não se atende ao valor a receber pelo adjudicatário, mas ao valor que iria pagar caso a contraprestação fosse realizada por via de uma contrapartida de valor determinável. De resto, utilizou o mesmo método que o legislador nacional consagrou para a determinação do valor da caução nos contratos sem preço (n.º 3 do artigo 89.º do CCP) e determinou que o valor da caução fosse definido de acordo com a utilidade económica que o contrato tem para a entidade adjudicante.

8. O procedimento de formação do contrato nos contratos sem valor

No CCP, a escolha do procedimento a adotar no caso dos contratos sem valor tem um regime diverso e tendencialmente mais aberto do que o regime previsto para os demais contratos (os contratos com valor).

Assim, tomando em consideração que a escolha do procedimento é definida de acordo com o valor do contrato e considerando também que o n.º 2 do artigo 21.º do CCP determina que para “a formação de contratos sem valor, excepto se se tratar de um dos contratos mencionados no número anterior, pode ser adoptado qualquer um dos procedimentos nele referidos”, verifiquemos as consequências da ausência de valor de um contrato, para efeitos do artigo 17.º do CCP, da contraprestação pública no CCP.

A determinação do valor do contrato é profundamente afetada pela escolha do procedimento, uma vez que a escolha do procedimento condiciona o máximo benefício económico do adjudicatário pela execução das prestações que lhe incumbem; no caso dos contratos sem valor não é assim: neste caso o CCP inverte esse modelo regra. Deste modo, considerando que nos contratos sem valor não existe qualquer benefício económico para o adjudicatário, o CCP abriu à discricionariedade da entidade adjudicante a decisão de escolha do procedimento pré-contratual a adotar na formação do contrato, já que previu que “pode ser adoptado qualquer um dos procedimentos nele referidos” (cf. 2.ª parte do n.º 2 do artigo 21.º do CCP)³³.

³³ Convém voltar a referir que o que está em causa no valor do contrato (e por isso também nos contratos sem valor) não é a realização de um pagamento pela entidade adjudicante, mas antes a realização de um

Todavia, a discricionariedade conferida pelo CCP à entidade adjudicante na escolha do procedimento para a formação de contratos sem valor não é absoluta, já que se estabeleceram regimes distintos para a formação daqueles contratos (sem valor) em função da sua natureza. Deste modo, o CCP limita a discricionariedade da entidade adjudicante na escolha do procedimento a adotar no caso dos contratos de concessão (obras públicas e serviços públicos), bem como, no caso dos contratos de sociedade.

Essa limitação/salvaguarda é concretizada na 1.^a parte do n.º 2 do artigo 21.º do CCP, no qual se prevê que, salvo se se tratarem de contratos mencionados no n.º 1 do artigo 21.º do CCP (contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos e de contratos de sociedade), a entidade adjudicante pode adotar qualquer um dos procedimentos.

Assim, para a formação de contratos de concessão de obras públicas, concessão de serviços e contratos de sociedade, o procedimento a adotar, terá de ser o concurso público, ou o concurso limitado por prévia qualificação, ou procedimento de negociação, nos termos do n.º 2 do artigo 31.º do CCP (com remissão para o n.º 1 do mesmo artigo).

Uma outra conclusão que é possível retirar do que se acaba de referir quanto às consequências na escolha do pro-

benefício económico em favor do adjudicatário. Quer-se com isto dizer que ainda que pela execução do contrato exista um pagamento da entidade adjudicante, no termos do CCP, se o pagamento não foi realizado em favor do adjudicatário, mas de um terceiro, o contrato poderá (tese com a qual discordamos, mas que a norma permite admitir) ser sem valor — para uma análise mais desenvolvida do tema ver o ponto 3. do nosso «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos Português», *Revista dos Contratos Públicos*, Belo Horizonte, 5 (2014) 157-177, relativo ao valor estimado do contrato.

cedimento no caso dos contratos sem valor, é que a permissividade do CCP na escolha do procedimento a adotar para este tipo de contratos não se coaduna com a consideração de que os contratos sem valor podem ser os contratos de valor indeterminável ou indeterminado. Tal interpretação permitiria que as entidades adjudicantes considerassem certas prestações como de valor indeterminável (ou de difícil determinação do máximo benefício económico do adjudicatário), e em consequência as colocassem fora do âmbito de aplicação de procedimentos mais concorrenciais, o que desvirtuaria toda a estrutura da contratação pública, bem como o rigor que o CCP pretendeu incutir nos procedimentos de formação dos contratos, não permitindo perceber qual deverá ser o nível de concorrencialidade que o contrato suscitará ³⁴.

De resto, tal interpretação contrariaria a cláusula anti-abuso (cf. parágrafo segundo do n.º 7 do artigo 9.º da diretiva 2004/18), que pretende evitar que o método de cálculo do valor estimado de um contrato público utilizado pela entidade adjudicante possa ser escolhido com o intuito de subtrair o contrato a celebrar ao âmbito de aplicação da diretiva.

Julgamos até que a interpretação deve ser exatamente a contrária, isto é, que quanto mais indeterminado ou indeterminável for o valor do contrato, maior deverá ser o formalismo da entidade adjudicante no procedimento de formação do contrato ³⁵.

³⁴ Neste sentido, referindo impressivamente que, com esta solução, se percebe o “quanto o procedimento «seduzirá» a concorrência”, v. Mário ESTEVES DE OLIVEIRA / Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 631.

³⁵ Utilizando um lugar paralelo do contencioso administrativo, podemos observar que essa solução — do “nivelamento por cima”, digamos assim — foi a adotada pelo n.º 2 do artigo 34.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, ao prever que “Quando o valor da causa seja indeterminável, considera-se superior ao da alçada do Tribunal Central Administrativo”. Deste modo, aplicando *mutatis mutandis* o disposto na norma citada, será de concluir (até pela necessária salvaguarda

Sintetizando, a abertura deixada pelo legislador à entidade adjudicante para a escolha do procedimento de formação de contratos sem valor (com exceção dos contratos de concessão de empreitadas de obras públicas, concessão de serviços e contratos de sociedade), não pode ser fundamento para se retirar da concorrência contratos de elevada utilidade económica para os operadores económicos.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 12.^a edição, 2013.
- ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Coimbra: Almedina, 10.^a edição, 2010.
- *Ensaio sobre o conceito do modo*, Coimbra: Atlântida, 1955.
- ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. I, Nottingham: 2.^a edição, 2005.
- AVELÂS NUNES, António José, *Noção e objecto da Economia Política*, Coimbra: Almedina, 3.^a Edição, 2013.
- *Introdução à História da Ciência Económica e do Pensamento Económico* (Lições ao 1.º Ano da FDUC), Serviço de Textos dos SASUC, Coimbra, 2007.
- AVELÂS NUNES, António José, *Economia Política — A Produção, Mercados e Preços* (Lições ao 1.º Ano da FDUC), Serviço de Textos dos SASUC, Coimbra, 2.^a Edição, 2003.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- EIRÓ, Vera, «Os contratos sem valor no Código dos Contratos Públicos», in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2011.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, GONÇALVES, Pedro & PACHECO DE AMORIM, João, *Código de Procedimento Administrativo — comentado*, Coimbra: Almedina, 2.^a edição, 2006.

do princípio da concorrência e da boa gestão de dinheiros públicos) que as entidades adjudicantes deverão, em caso de indeterminação do valor, utilizar procedimentos de formação de contratos mais concorrenciais.

- & ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011.
- FLORES DA SILVA, Hugo, *Privatização do Sistema de Gestão Fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 3.^a edição, 2006.
- GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo — Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2002.
- GUERRA TAVARES GONÇALO & MONTEIRO DENTE, Nuno, *Código dos Contratos Públicos — Âmbito da sua aplicação*, Coimbra: Almedina, 2008.
- MATIAS PEREIRA, Pedro, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- & MESQUITA GUIMARÃES, Rui, «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos Português», *Revista dos Contratos Públicos*, Belo Horizonte, 5 (2014) 157-177.
- MORENO, Carlos, *Finanças Públicas — Gestão e Controlo dos Dinheiros Públicos*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2.^a edição, 2000.
- PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- SAMUELSON, Paul A. & D. NORDHAUS, William, *Economia*, Mc Graw Hill: 18.^a Edição, 2005.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão).

Resumo: O presente artigo analisa o problema dos “contratos sem valor” na perspetiva da delimitação dessa figura e da sua sujeição às regras da contratação pública. No texto, debatem-se as características definidoras do conceito de contrato público europeu a fim de, numa análise comparada entre o direito europeu e o direito nacional, identificar os traços essenciais do valor económico do contrato, delimitando-se, dessa forma, a categoria dos “contratos sem valor”.

Palavras-chave: contratação pública; Código dos Contratos Públicos; Diretiva 2004/18; Contrato Público Europeu; determinação do valor do contrato; valor económico do contrato; contratos sem valor.

*No-value contracts in the Public Contracts Code:
a legal and economic approach*

Abstract: The present text analyses the issue of the “no-value contracts”, aiming to delimitate the figure and to consider its subjection to the public procurement rules. The text reflects on the main characteris-

tics of the European public contract to then discuss, in a comparative analysis between the European law and the national law, the fundamental features of the economic value of the contract, and, in so doing, defining the meaning of “no-value contract”.

Keywords: public procurement; Public Contracts Code; Directive 2004/18; European Public Contract; determination of the contract’s value; economic value of the contract; no-value contracts.

Pedro Matias Pereira

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Rui Mesquita Guimarães

Advogado