A promoção das PME na contratação pública: as novas diretivas

Autor(es): Pereira, Pedro Matias

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39885>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_58_5

Accessed : 26-Apr-2023 12:56:34

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

VOLUME LVIII

2 0 1 5

COIMBRA

A PROMOÇÃO DAS PME NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

AS NOVAS DIRETIVAS

1. Introdução

A adjudicação de contratos públicos representa para os respetivos adjudicatários um *ganho de oportunidade*, a obtenção de um benefício económico proveniente de fundos públicos e cuja relevância pode ser determinante para a vida económica das empresas que dele beneficiam.

A importância desses contratos é variável, mas são muitos os casos em que os contratos adjudicados servem para viabilizar uma empresa ou vêm permitir que ela ganhe uma dimensão relevante (o que será tanto mais importante quanto mais longa for a execução do contrato)¹.

¹ Note-se que é o próprio Código dos Contratos Públicos que, a propósito da determinação do valor do contrato, o define como “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” (cf. artigo 17.º). Sobre a exata concretização do valor do contrato

A importância económica dos contratos públicos está na origem, claro, da elevada litigância que se gera em torno deles, mas é também a razão principal para um conjunto de alterações que o Direito da União Europeia da contratação pública tem experimentado, sendo a concretização da *procura pública* uma forma cada vez importante para a consecução de objetivos fixados em determinadas políticas económicas da União.

O tema que iremos tratar é um exemplo dessa maior atenção conferida às regras da contratação pública como forma de promoção de políticas públicas económicas. Para perceber este movimento, começaremos por analisar, com recurso a dados oficiais das instâncias europeias, a dimensão e a estrutura do mercado dos contratos públicos europeus².

Depois desse enquadramento, centraremos a nossa análise na evolução do Direito Europeu dos contratos públicos na realização da promoção das PME na contratação pública, desde o reconhecimento inicial do potencial que esse tipo de empresas representa (donde deriva a importância da sua promoção), à consagração de instrumentos jurídicos que permitem e intensi-

no direito nacional, v. Pedro Matias PEREIRA / Rui Mesquita GUIMARÃES, «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português», *Revista dos Contratos Públicos*, Belo Horizonte, 5 (2014), sobretudo pp. 159-167.

² *Mercado dos contratos públicos* pois, como vem sendo reconhecido, a contratação pública, constituindo um campo que se reconduz ainda “a modelos típicos das formas de atuação administrativa unilateral e de autoridade (v.g., regulamento e ato administrativo), evidencia, em termos reais, um claro recorte económico, próprio de uma atuação de mercado. De facto, a compra de bens e produtos no mercado constitui, por força da natureza das coisas, um momento de intervenção no mercado e de contacto com os agentes que aí oferecem bens e prestam serviços” – cf. Pedro Costa GONÇALVES, «A regulação do mercado da contratação pública», *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, 3/3 (mar./ago. 2013), pp. 201-202.

ficam tal promoção, melhor realizada nas recentes alterações às Diretivas de 2014 relativas à contratação pública.

2. O mercado dos contratos públicos

2.1. *A dimensão do mercado europeu dos contratos públicos*

O mercado europeu dos contratos públicos representa cerca de um quinto do produto interno bruto (“PIB”)³ da União Europeia (“UE”), o que se traduz em 2.400 mil milhões de euros, valor utilizado pelo sector público administrativo e pelos organismos de direito público para adquirir bens, obras e serviços a empresas privadas⁴.

Daquele montante quase 20% refere-se a contratos acima dos limiares comunitários⁵, o que equivale, segundo as es-

³ A relevância da contratação pública na economia situando-se, como se disse, em um quinto do PIB, tem notado uma ligeira retração: de 20% em 2009, desceu para 19,7% em 2010 e em 2011 foi de 19% - cf. *Commission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review*, com a referência SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014, p. 5, disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement>.

⁴ Valores que fazem da União Europeia o maior mercado de contratos públicos do mundo, em termos monetários absolutos – cf. Nuno Cunha RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 193.

⁵ De acordo com o artigo 7.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (doravante “Diretiva 2004/18”) e com o Regulamento 1251/2011, os limiares comunitários

timativas da Comissão Europeia, a 425 mil milhões de euros, cerca de 3,7% do PIB da UE.

No caso de Portugal, a mesma Comissão Europeia estima que no ano de 2011 tenham sido adjudicados 3,67 mil milhões de euros em contratos abrangidos pelas diretivas; no entanto, apenas 2,81 mil milhões de euros foram objeto da necessária publicação no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*⁶.

No quadro que apresentamos de seguida encontra-se a evolução do valor dos procedimentos anunciados no *JOUE*⁷ e uma comparação com as estimativas da Comissão Europeia até ao ano de 2011.

Figura 1: Cálculos da Comissão para o valor dos procedimentos anunciados no JOUE e o valor total dos contratos acima dos limiares reportados pelos Estados-Membros em 2006-2011 [em milhares de milhões de euros].

Fonte: DG Mercado Interno, Commission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD (2014) 262 final, de 01.08.2014.

2.2. A estrutura do mercado dos contratos públicos

Considerando agora a estrutura deste mercado europeu, podemos ver através do quadro seguinte que no ano de 2011:

- aproximadamente 41% do valor das adjudicações era relativo a contratos de empreitada;
- 35% desse valor dizia respeito à aquisição serviços e
- 24% ao fornecimento (aquisição e locação) de bens.

Figura 2: Número e valor dos anúncios de adjudicação publicados no JOUE em 2011, agrupados por tipo de contrato [em%].

Fonte: DG Mercado Interno, Commission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014.

rios são de € 5.000.000 para contratos de empreitada e de € 130.000 e € 200.000, para contratos de aquisição de serviços e para contratos de locação ou aquisição de móveis, sendo o valor mais baixo relativo às entidades do Sector Público Administrativo e o mais alto é o aplicável aos Organismos de Direito Público.

⁶ Cf. *Commission Staff...*, cit., p. 6.

⁷ A obrigação de publicação dos anúncios dos procedimentos no JOUE – tal como todas as obrigações relativas à adjudicação de contratos públicos previstas na Diretiva 2004/18 – aplica-se apenas aos contratos de valor superior aos limiares comunitários (nos termos do artigo 7.º da referida Diretiva).

Ainda quanto à estrutura deste mercado, podemos ver, através das colunas da esquerda (em cada par de colunas) representadas no quadro, o peso relativo de cada tipo de contrato no número de anúncios publicados, sendo que quase metade dos anúncios publicados no JOUE é relativa a serviços (47%), seguindo-se o fornecimento de bens (36%) e, por fim, as empreitadas de obras públicas (17%).

Nas colunas da direita (em cada par de colunas), encontramos novamente os números relativos ao valor dos contratos, sendo que a diferença entre as colunas da esquerda e as colunas da direita se explica pelo facto de os contratos de empreitada envolverem, normalmente, valores de adjudicação mais elevados, e de na aquisição de bens haver, pelo contrário, um maior número de procedimentos mas de menor valor.

Ainda sobre a estrutura do mercado dos contratos públicos, reproduzimos um último quadro que indica o valor médio e mediano dos anúncios de adjudicação publicados no JOUE em 2010, agrupados por tipo de contrato.

Figura 3: Valor médio e mediano dos anúncios de adjudicação publicados no JOUE em 2011, agrupados por tipo de contrato [em milhares de euros].

Fonte: DG Mercado Interno, Commission Staff Working Document – Annual Public Procurement Implementation Review, SWD(2014) 262 final, de 01.08.2014.

De acordo com estes dados oficiais:

- o valor mediano de um contrato celebrado de acordo com as diretivas comunitárias é de € 323.000, ou seja, metade de todos os contratos celebrados é de valor igual ou inferior a € 323.000, valor este que representa uma descida face aos indicadores de 2010 em que esse valor ascendia a € 345.000.
- o valor médio de um contrato de empreitada é de € 6.180.000, o que evidencia uma subida face aos indicadores anteriores em que o valor médio ficava abaixo dos 6 milhões de euros (concretamente, € 5.853.000);
- o valor médio de um contrato de fornecimento de bens é de € 322.000; e
- para os contratos de prestação de serviços, o valor médio é € 311.000.

Uma análise da evolução dos dados apresentados na figura 3 permite-nos perceber que os valores de 2011 foram mais baixos do que os registados em 2010, sendo que o valor médio de todos os tipos de contrato desceu de cerca de 3 milhões de euros para 2,7 milhões de euros.

2.3. As PME na estrutura do mercado dos contratos públicos

De acordo com o estudo intitulado “Avaliação do acesso das PME aos mercados dos contratos públicos na União Europeia”⁸, realizado em 2010 para a Comissão Europeia,

⁸ Cf. «Avaliação do acesso das PME aos mercados dos contratos públicos na União Europeia» (*Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU*), p. 6, disponível (em inglês) em <<http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/>>.

estima-se que no período 2006-2008 foi adjudicado às PME 34% do valor dos contratos públicos de montantes superiores ao limiares fixados pela UE, o que representa 60% do número de contratos adjudicados⁹. Destes 60%, 18% eram relativos a microempresas, 22% a pequenas empresas e 17% a médias empresas.

Esse mesmo estudo verifica que em alguns dos novos Estados Membros – como a Bulgária, a Estónia ou a Hungria – as PME representam um maior número de adjudicações, ao mesmo tempo que o seu peso relativo continua baixo em países como o Reino Unido, República Checa e Portugal¹⁰.

Mas mesmo que as PME representem, em certos Estados Membros, um elevado número de adjudicações, a verdade é que a sua participação no mercado dos contratos públicos (34%) é 18% inferior ao peso que as PME têm na economia europeia, participação que, quando analisada sob o ponto de vista do volume de negócios global gerado pelas mesmas no conjunto da economia da EU, ascende a 58%¹¹.

Os dados acima apresentados, além de dizerem apenas respeito a contratos acima dos limiares fixados pela UE, não consideram todo o impacto das PME nos contratos públicos, uma vez que a subcontratação em certos contratos permite que elas beneficiem indiretamente – na qualidade de subcontratadas – de adjudicações feitas a outras empresas (cocontratantes principais).

⁹ Comparando estes dados com um estudo anterior, realizado em 2007, verifica-se uma descida quanto ao valor dos contratos adjudicados às PME, que era, de acordo com o referido estudo, de 42%; esse estudo – também intitulado *Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU* –, está disponível (em inglês) em <http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=3376>.

¹⁰ Cf. «Avaliação do acesso...», cit., p. 23.

¹¹ Cf. *ibidem*, p. 26.

3. Europeização dos contratos públicos como política anticíclica

É dentro do quadro acima traçado – que demonstra o peso e a importância deste mercado dos contratos públicos – que a europeização dos contratos públicos aparece como mais um meio de realização de políticas anticíclicas ou, se se preferir, *anticrise*.

De facto, a importância económica do mercado dos contratos públicos de valor superior aos limiares das diretivas da UE (20% do PIB) exige que a intervenção pública nesta área se revista da maior atenção, utilizando-a como mecanismo de realização das referidas políticas, fazendo pleno uso da denominada *despesa pública estimuladora* da economia¹². Trata-se de uma conceção que ultrapassa outra – mais restritiva – de que os benefícios que se podem colher da contratação pública não iriam muito além dos benefícios que emergem das prestações contratuais a favor da Administração contratante¹³.

¹² Do inglês “stimulus spending”, despesa que aproveita o potencial regulador da contratação pública – cf. Pedro Costa GONÇALVES, «Gestão de contratos públicos em tempo de crise», in IDEM, coord., *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 7. Notando o papel da contratação pública como *atividade estratégica utilizada para prosseguir objetivos públicos*, v. Wendy PHILLIPS / Nigel CALDWELL / Guy CALLENDER, «Public procurement – a pillar of good governance?», in Louise KNIGHT, coord., *Public Procurement: international cases and commentary*, Nova Iorque: Routledge, 2007, p. 146.

¹³ A respeito das políticas secundárias na contratação pública, abordando a questão de saber se, pela sua importância, elas não deverão denominar-se, mais impressivamente, de políticas horizontais, v. Pedro Cerqueira GOMES, «Contratação pública e inovação – O diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», in Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO – Patrícia VALCARCEL FERNÁNDEZ, ed., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, 2014, pp. 524-526.

Assim, a europeização dos contratos públicos que serviu, num primeiro momento, a realização dos objetivos de integração europeia – designadamente a criação do mercado único¹⁴ –, é hoje, por força das difíceis circunstâncias que os países europeus atravessam (e de uma mais abrangente conceção dos efeitos económicos da contratação pública), um mecanismo de realização de políticas públicas anticíclicas^{15/16}.

¹⁴ De acordo com o n.º 2 artigo 179.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia “a União incentivará, em todo o seu território, as empresas, incluindo as pequenas e médias empresas, (...) tendo especialmente por objectivo dar (...) às empresas a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno, através, nomeadamente, da abertura dos concursos públicos nacionais”. Sobre a evolução do direito europeu nesta matéria, v. Maria João ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 35 a 53, e, da mesma Autora, «A transposição das Directivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 58 (Julho/Agosto, 2006) 10 e ss.. Para uma análise sobre um espectro mais largo, v. «A Globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional», in Pedro Costa GONÇALVES, coord., *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 23 a 49. Notando, já em 1998, como o objetivo do mercado comum é o resultado de “[um processo] já longo, regista numerosas e variadas experiências e, na fase actual (madura de 40 anos), pode dizer-se que, apesar de tudo tem sido bem sucedido”, v. Jorge Coutinho de ABREU, «Aspectos do Direito Económico da União Europeia (apontamentos a propósito do diálogo U.E. – MERCOSUL)», *Boletim da Faculdade de Direito*, 74 (1998), p. 721.

¹⁵ Notando como “neste setor, ao direito administrativo (dos contratos públicos) cabe o papel de se adaptar às condições de contexto”, cf. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 44.

¹⁶ Criticando a opção de não integrar, logo nas Diretivas de

3.1. *Europeização dos contratos públicos: em especial, a promoção das PME na contratação pública*

A promoção da contratação pública não pode ignorar o peso específico das PME, sobretudo em alturas de dificuldades económicas, pois é na promoção deste tipo de empresas – que criam a esmagadora maioria dos novos empregos – que as políticas públicas devem apostar¹⁷.

Tomando o exemplo do nosso país, as PME representam 99,9% das empresas portuguesas¹⁸, são responsáveis por 60,9% do volume de negócios empresarial¹⁹ e por 78,7% do emprego²⁰. Na União Europeia, o cenário não é diferente, com cerca de 99% das empresas europeias a qualificarem-se

2004, a promoção de políticas secundárias ou horizontais como “ferramenta de combate à crise económica”, v. Nuno Cunha RODRIGUES, *A Contratação Pública...*, pp. 211-214.

¹⁷ Neste mesmo sentido, a propósito da análise das propostas de revisão das diretivas da contratação pública, cf. Pedro Matias PEREIRA / João Soares FRANCO, «A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise», *Revista dos Contratos Públicos*, Coimbra, 5 (2012), p. 151. Notando igualmente como “a participação das PME’s nos processos de contratação pública constitui um dos factores essenciais de coesão económica e social, a nível nacional e europeu, devido à contribuição decisiva para o emprego e para a viabilidade económica e social”, v. Nuno Cunha RODRIGUES, *A Contratação Pública...*, p. 280.

¹⁸ Cf. o estudo do Instituto Nacional de Estatística intitulado *Empresas em Portugal 2010*, p. 10, disponível em <www.inec.pt>.

¹⁹ Cf. *ibidem*, p. 16.

²⁰ Cf. *ibidem*, p. 12. No caso dos EUA, os 22 milhões de PME existentes “empregam cerca de metade da força de trabalho a nível nacional”, de acordo com Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 166.

como PME e sendo responsáveis por 2 em cada 3 postos de trabalho no sector privado²¹ e por 57,9% do volume de negócios, estimando-se ainda que as PME europeias consigam criar 740.000 novos postos de trabalho durante o ano de 2015²².

Estes dados económicos evidenciam a centralidade das PME na economia europeia, não só pelo seu peso em termos de volume negócios mas também – se não sobretudo – pela sua capacidade geradora de emprego.

Por outro lado, verifica-se que a contratação pública (e a sua capacidade estimuladora) estão ainda longe de uma adaptação suficientemente competente a este tipo de empresas. Com efeito e voltando aos dados económicos atrás referidos, verifica-se ainda uma significativa discrepância entre o volume global de negócios gerado pelas PME no conjunto da economia da UE (57,9%) e a proporção, em valor, de contratos públicos de montante superior aos limiares fixados pela UE adjudicados a PME como contratantes principais (34%).

Essa discrepância constitui, como a própria Comissão Europeia reconhece, um aspeto em que há “margem para melhorias”²³, justificando, portanto, uma *adaptação dos instrumentos*

²¹ Cf. o *Annual Report on European SMEs 2013/2014 – A Partial and Fragile Recovery*, p. 6, publicado em Julho de 2014 e disponível em <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/index_en.htm>.

²² Cf. *ibidem*, p. 16.

²³ Cf. o *Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos*, com a referência SEC(2008)2193, p. 4, disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/>. Notando a permanência do mesmo facto aquando da publicação das propostas de revisão das Diretivas relativas à contratação pública, v. Miguel Lucas PIRES, «Os Projectos de alteração das Directivas comunitárias relativas aos contratos públicos em geral e aos contratos de con-

das políticas públicas às necessidades das PME procurando facilitar a sua participação no mercado dos contratos públicos – este é, aliás, um dos 10 princípios previstos no «Think Small First» – Um «Small Business Act» para a Europa²⁴.

Esta necessidade de adaptação surge do reconhecimento de que as PME não estão, muitas vezes, “a par das oportunidades e/ou são desencorajadas pelos procedimentos, e/ou porque as administrações públicas optam pela facilidade e adjudicam certos contratos a grandes empresas com experiência comprovada, e não a jovens empresas inovadoras”²⁵. Com vista à redução dos obstáculos no acesso das PME ao relevantíssimo mercado dos contratos públicos, a Comissão propunha-se²⁶:

- apresentar um código de boas práticas de aplicação

cessão em particular», *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, 2 (2013). A menor participação das PME nos contratos públicos põe em relevo o problema da regulação *indireta* (ou regulação pela contratação), uma vez que o potencial regulador que através dos contratos públicos é realizado só “produz efeitos, na maior parte das situações, relativamente às empresas que *efectivamente* contratam com o Estado, deixando as restantes de fora” – cf. Nuno Cunha RODRIGUES, *A Contratação Pública...*, p. 227.

²⁴ Cf. a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, «Think Small First», Um «Small Business Act» para a Europa, com a referência COM(2008) 394 final, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=PT>>. Este documento segue a tradição estadunidense nesta matéria, país onde a promoção da contratação pública a favor das PME se encontra institucionalizada numa agência federal, a *Small Business Administration*.

²⁵ Cf. a Comunicação «Think Small First», Um “Small Business Act” *para a Europa*, cit., p. 11.

²⁶ Cf. *ibidem*, pp. 11-12.

voluntária destinado às entidades adjudicantes, tendo em vista fomentar uma mudança da cultura dos contratos públicos;

- definir orientações sobre a maneira de reduzir a burocracia, reforçar a transparência, melhorar a informação e assegurar condições equitativas às PME;
- facilitar o acesso às informações sobre as oportunidades de contratos públicos completando os sítios *web* da UE existentes relativos aos contratos públicos com uma série de iniciativas, tais como a publicação facultativa dos anúncios de concurso que se situam abaixo dos limiares.

Já os Estados-Membros foram convidados a:

- criar portais eletrónicos para alargar o acesso à informação sobre as oportunidades de contratos públicos abaixo dos limiares da EU;
- incentivar as respetivas entidades adjudicantes a subdivideirem os contratos em lotes sempre que se justifique e a darem maior visibilidade às oportunidades de subcontratação;
- recordar às respetivas entidades adjudicantes a obrigação de evitarem a qualificação e os requisitos financeiros desproporcionados;
- incentivar o diálogo construtivo e a compreensão mútua entre as PME e os grandes compradores através de atividades como a informação, a formação, o acompanhamento e o intercâmbio de boas práticas²⁷.

²⁷ Retomando o exemplo dos EUA, a *Small Business Administration* “tem organizado, em todo o território dos EUA, serviços de consultoria e assistência para PME, nomeadamente em matéria de contratos públicos. O SBA oferece formação e consultoria, incluín-

Logo em 2008 a Comissão publicou o (já previsto) *Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos*, um documento que fornecia diretrizes sobre a aplicação do enquadramento dos contratos públicos de uma forma que facilitasse a participação das PME.

Nesse documento eram assinaladas várias boas práticas seguidas por alguns Estados Membros, instando-se o conjunto dos mesmos a adotarem-nas como prática ou integrando-as nas respetivas legislações nacionais. De entre as várias que lá são referidas, permitimo-nos realçar as seguintes:

- i. *divisão dos contratos em lotes*, ajustando a dimensão quantitativa dos mesmos à capacidade produtiva das PME;
- ii. *promover – através da publicitação dessa possibilidade no anúncio do procedimento ou nas pré-informações – o aproveitamento da capacidades (económicas, financeiras e técnicas) de terceiros*, o que permitiria que certas PME acessem, através da comprovação de certas capacidades, a contratos que de outra forma lhes estariam vedados;
- iii. *dar maior visibilidade a oportunidades de subcontratação*, assegurando a igualdade de tratamento;
- iv. *promover e melhorar a contratação eletrónica*;
- v. *evitar critérios de seleção desproporcionados*, reforçando a jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁸ segundo a

do colaboração com centros de desenvolvimento de negócios” – cf. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas*:..., cit., nota 260.

²⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18.10.2012, processo C-218/11, onde se refere, impressivamente, que “uma entidade adjudicante está autorizada a exigir um nível mínimo de capacidade económica e financeira por referência a um ou vários elementos específicos do balanço, desde que estes sejam objetivamente adequados a dar informação sobre esta capacidade por parte de um operador económico e que este nível esteja ajustado à importância do con-

qual os critérios de capacidade económica, financeira e técnica devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato^{29/30};

- vi. *limitar os requisitos administrativos*, diminuindo a burocracia associada aos procedimentos de contratação pública, por exemplo em casos de apresentação dos

trato em questão, no sentido de que constitui objetivamente um indício positivo da existência de uma base económica e financeira bastante para levar a bom termo a execução deste contrato, sem, todavia, ir além do que é razoavelmente necessário para esse fim” (itálico nosso).

²⁹ A este propósito e analisando criticamente o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, proferido no processo n.º 1327/09, v. Diogo Duarte de CAMPOS / Carla MACHADO, «Condições de participação em procedimento concursal (Ac. no proc. n.º 1327/09 do TCA-N)», *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, 2 (Maio-Agosto 2011), sobretudo pp. 145-146. A respeito do mesmo tema e referindo como se deve ter presente que “as exigências feitas pela entidade adjudicante aos operadores económicos devem ser proporcionais e adequadas ao objecto do contrato”, v. Cláudia VIANA, «A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública», in Pedro Costa GONÇALVES, coord., *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 170.

³⁰ Este terá sido também um dos objetivos que se pretende atingir com a previsão do artigo 58.º, n.º 3, § 2.º da nova Diretiva, que determina, a propósito dos critérios de seleção dos candidatos que “o volume de negócios anual mínimo que é exigido aos operadores económicos não pode exceder o dobro do valor estimado do contrato, salvo em casos devidamente justificados como os que se prendem com os riscos especiais associados à natureza das obras, serviços ou fornecimentos”. Notando o benefício que isso pode significar para as PME e como a alteração representa uma concretização do princípio da proporcionalidade, v. Miguel Assis RAIMUNDO, «Primeira análise das novas directivas (Parte I)», *Revista dos Contratos Públicos*, Coimbra, [no prelo].

mesmos documentos em procedimentos perante a mesma entidade adjudicante (quando os anteriormente apresentados mantenham a sua validade);

vii. *admissão, com maior largueza, de soluções inovadoras em resposta ao apelo público ao mercado*, definindo as exigências do contrato em termos de desempenho ou em termos funcionais, promovendo assim o acesso das PME inovadoras (muitas vezes *start-up* tecnológicas).

Esta iniciativa do *Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos* foi fazendo o seu caminho enquanto *soft law* europeu e constituía já o gérmen do que viriam a ser as alterações trazidas pelo processo de revisão das diretivas relativas à contratação pública (de que trataremos no ponto seguinte), tudo sob o signo comum da relevância económica do acesso das PME ao mercado dos contratos públicos, visto como parte das políticas públicas de combate à crise económica.

4. A Diretiva 2014/24/UE e os instrumentos de promoção das PME na contratação pública

A Diretiva 2014/24/UE constitui um importante instrumento do Direito da União Europeia que tem então em conta o papel estratégico da contratação pública, já não como mero instrumento da *unificação do mercado interno europeu* (na vertente das compras públicas), mas como parte de uma política pública europeia que se integra, designadamente, na *Estratégia Europa 2020*³¹.

³¹ Cf. Comunicação da Comissão Europa 2020 – *Estratégia*

Assim, e tal como resultava dos trabalhos preparatórios da revisão das diretivas da contratação pública, um novo grande objetivo foi erigido: a adaptação do regime de contratação pública à atual situação política, social e económica, procurando, designadamente, promover a criação de emprego e o crescimento económico³².

De facto, é a consecução deste tipo de objetivos que tem feito surgir várias transformações no âmbito do Direito da União Europeia³³ e, nomeadamente, nas alterações que foram

para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, com a referência COM(2010) 2020 final, disponível em <http://ec.europa.eu/europe2020/index_pt.htm>; a Comunicação refere-se, de modo impressivo e a propósito do desígnio “Uma União de Inovação”, à necessidade de “melhorar as condições gerais para que as empresas inovem”, nomeadamente através da utilização plena de políticas de estímulo à procura [de soluções inovadoras], por exemplo através da contratação pública” – cf. p. 15 da Comunicação.

³² Neste sentido referindo como, no quadro da Estratégia Europa 2020, se concluiu pela “necessidade de a legislação existente em matéria de contratos públicos ter de ser revista e modernizada de modo a dar respostas adequadas ao atual contexto político, social e económico na Europa”, cf. Maria João ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, 2.^a reimpr., Coimbra: Almedina, 2014, p. 117.

³³ Veja-se, por exemplo, o movimento – que acabou por não ser efetivado – relativo à restrição no acesso de países terceiros a este mercado iniciado com uma proposta de Regulamento nesse sentido consubstanciada na COM(2012) 124 final, de 21.03.2012, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/201457>>; sobre esta proposta de regulamento, notando como “a União Europeia começa[va] a dar os primeiros e tímidos passos no sentido de restringir o acesso ao mercado europeu visando, com isso, garantir o acesso dos operadores económicos a mercados externos (muito mais do que os proteger em procedimento concorrenciais adotados na União Europeia”, v. Pedro Matias PEREIRA / João Soares FRANCO, «A adjudicação...», cit., pp. 162-163.

sendo propostas para as regras da contratação pública, materializadas, no final de um longo processo de elaboração entre a Comissão, o Parlamento e Conselho Europeus, na nova Diretiva sobre contratação pública, a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 e que revoga a Diretiva 2004/18/CE^{34/35}.

Assumindo a aceção de PME prevista na Recomendação 2013/361/CE da Comissão³⁶ (cf. artigo 83.º, n.º 3, § 4.º da Diretiva), a Diretiva reconhece, no seu considerando n.º 124, “o potencial das PME para a criação de emprego, o crescimento e a inovação”, notando que, por isso, “é importante incentivar a sua participação no domínio da contratação pública, tanto através de disposições adequadas da presente diretiva, como

³⁴ A Diretiva 2014/24/UE faz parte do conjunto de diretivas publicadas no JO L/94, de 28 de Março de 2014 em Fevereiro de 2014. Além da Diretiva 2014/24/UE, foram publicadas as Diretivas n.ºs 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) e 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE), todas de 26 de Fevereiro de 2014.

³⁵ Dada a semelhança entre a Diretiva 2004/24/CE e a Diretiva 2014/24/CE no que diz respeito às questões que abordaremos de seguida, iremos cingir o nosso estudo à análise da primeira das diretivas enunciadas – a 2004/24/CE –, pelo que as referências à “Diretiva” neste texto dirão respeito a esse diploma que regula a contratação pública nos sectores gerais.

³⁶ Trata-se da Recomendação da Comissão de 06.05.2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas, publicada no JOUE de 20.5.2003. De acordo com n.º 1 do artigo 2.º do Anexo à comunicação, “a categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros”.

através de iniciativas a nível nacional”.

Demonstrando a centralidade da promoção da participação das PME na contratação pública, a Diretiva afirma mesmo, no seu considerando 78, que “os contratos públicos deverão ser adaptados às necessidades das PME” (o que, como veremos, tem impacto sobre a divisão dos contratos públicos em lotes).

Outro sinal da importância dada à promoção das PME na contratação pública é a obrigação de os Estados Membros elaborarem um relatório até 18.04.2017, e depois trienalmente, contendo informações sobre o nível de participação das PME nos contratos públicos (cf. § 2.º do n.º 3 do artigo 83.º da Diretiva).

Por fim e renovando a diretriz no sentido da transparência das regras e procedimentos, a Diretiva prevê a obrigação de os Estados Membros assegurarem “o acesso gratuito a informações e orientações sobre a interpretação e aplicação do direito de adjudicação de contratos públicos da União, com vista a auxiliar as autoridades adjudicantes e os operadores económicos, *em particular as PME*, na aplicação correta das regras de adjudicação de contratos públicos da União” (cf. n.º 4 do artigo 84.º, *italico* nosso).

Além destes considerandos e dos sinais da atenção dada às PME na contratação pública, a Diretiva concretiza alguns instrumentos jurídicos³⁷ que procuram fomentar a participa-

³⁷ Notando como as medidas anteriores às Diretivas de 2014 – nomeadamente as Diretivas de 2004 – não “[privilegiavam] especificamente as PME, antes procurando, em cooperação com os Estados-membros, implementar soluções e medidas de carácter geral, que possam beneficiar as PME”, v. Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 68. Os avanços das Diretivas de 2014 estão ainda longe do regime vigente nos EUA em que se estabelecem quotas de entre 5% e

ção deste tipo de empresas (e que trataremos nos pontos seguintes), concretamente:

- i. o novo procedimento pré-contratual denominado *parceria para a inovação* (cf. artigo 31.º);
- ii. o *documento europeu único de contratação pública* (cf. artigo 59.º);
- iii. a *divisão dos contratos em lotes* (cf. artigo 46.º);
- iv. a transferência de pagamentos para subcontratados (cf. artigo 71.º).

4.1. *A parceria para a inovação*

Começando pelos procedimentos pré-contratuais, verificamos que a par da manutenção dos procedimentos já conhecidos, a Diretiva passa a prever um novo tipo de procedimento para contratos públicos inovadores, a *parceria para a inovação*,

10% da despesa total anual dos departamentos federais destinadas a PME, obrigando-se a Administração a justificar/fundamentar as razões no sentido de não reservar certos tipos de contratos para PME – explicando esta realidade e os mecanismos (de reserva total ou parcial) dos contratos, v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit. pp. 167-168. Na Diretiva a reserva de contratos está prevista nos artigos 20.º e 77.º; no primeiro dos artigos autoriza-se os Estados Membros a reservarem o direito de participar em procedimentos de contratação a “entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30 % dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos” (cf. n.º 1 do referido artigo), pelo que o Direito da União Europeia continua afastada da prática adotada pelas Agências estadunidenses no que às PME.

que visa o desenvolvimento e a posterior aquisição, por parte das entidades públicas, dos produtos, obras ou serviços que resultem dessa parceria³⁸.

A previsão deste novo tipo de procedimento pretende dotar as entidades adjudicantes de um instrumento que permita adquirir produtos e serviços inovadores, que promovam o crescimento não só no presente – através do aumento da eficiência e da qualidade dos serviços públicos –, mas também no futuro, antecipando soluções que, sem este incentivo público, dificilmente seriam criadas numa situação económica difícil e avessa ao risco³⁹.

No entanto, também há uma preocupação com a (boa) despesa pública, procurando garantir-se, logo no procedimento pré-contratual, que a aquisição futura dos bens e serviços produzidos no âmbito da parceria só se concretizará se esses bens e serviços não “fugirem” aos níveis de desempenho que a entidade adjudicante tinha em vista ao tempo do lançamento do procedimento (cf. n.º 2 do artigo 31.º). Com efeito, o procedimento estrutura-se em 3 fases distintas: (i) a fase de escolha dos parceiros; (ii) a fase da produção do bem ou

³⁸ Evidenciando como a alteração do direito europeu da contratação pública constitui apenas uma (pequena) parte do puzzle da falta de inovação na economia europeia, cf. Max ROLFSTAM, «Good Rules or Bad Rules in Public Procurement of Innovation: But is it Really the (Right) Question?», *Halduskultuur – Administrative Culture*, 13, [109-129], disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176732>.

³⁹ Neste sentido, ainda a propósito das propostas de revisão das Diretivas, v. Pedro Matias PEREIRA / João Soares FRANCO, «A adjudicação...», cit., p. 147. Acrescentando a estas vantagens económicas, outras que adviriam ao bem-estar social, v. Pedro Cerqueira GOMES, «The innovative Innovation Partnerships under the new EU directives», *Public Procurement Law Review*, 4 (2014) 218.

serviço inovador por parte do(s) parceiro(s) escolhido(s) que ocorre após a celebração do contrato e constitui fase da inovação propriamente dita e que deverá ser também estruturada em fases sucessivas, com a fixação de objetivos intermédios a que corresponderá também uma retribuição intermédia⁴⁰; e (iii) a fase de aquisição do resultado produzido durante a fase de inovação.

No âmbito da última fase – de aquisição dos bens e serviços – e em resultado de uma emenda proposta pelo Parlamento Europeu ao número 4 do artigo 31.º, passa a exigir-se que o “valor estimado dos bens, serviços ou obras a executar no âmbito da parceria não seja desproporcionado face ao investimento necessário ao seu desenvolvimento”.

Apesar de propensa a dificuldades várias – como é o caso da aproximação a eventuais auxílios de Estado ou da dificuldade em assegurar regras sobre a aquisição da propriedade intelectual⁴¹ – a previsão deste novo tipo de procedimento poderá representar um *plus* relativamente a outros procedimentos que já se afeiçoariam à contratação de serviços ou bens inovadores (como o diálogo concorrencial), nomeadamente tendo em conta o disposto no n.º 6 do artigo 31.º da Diretiva a propósito da especial consideração das capacidades dos candidatos “no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras”, fomentando assim o acesso de um tipo específico de PME: as *start-up*⁴².

⁴⁰ Cf. IDEM, *Ibidem*, pp. 214-215.

⁴¹ Neste sentido, v. IDEM, *ibidem*, pp. 216-217.

⁴² Neste mesmo sentido, v. IDEM, *ibidem*, nota 14.

4.2. A divisão dos contratos em lotes

Ao analisar os considerandos da Diretiva 2004/24/UE fica-se com a clara noção de que o principal instrumento para a promoção das PME é a divisão dos contratos em lotes, de modo a torná-los mais acessíveis a este tipo de empresas⁴³. De acordo com o considerando 78, “as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão”.

A divisão dos contratos em lotes encontra-se prevista no artigo 73.º do nosso CCP que permite que, no âmbito de um mesmo procedimento, sejam feitas adjudicações por lotes, celebrando-se tantos contratos quantas as propostas adjudicadas ou quantos os adjudicatários (cf. artigo 73.º, n.º 2).

A este propósito e na sequência do previsto no *Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos*, a Diretiva indica que essa divisão deverá ter em vista uma melhor adaptação, do ponto de vista quantitativo, à capacidade das PME ou numa base qualitativa, em função dos diferentes setores comerciais e de especializações envolvidos, adaptando mais estreitamente o conteúdo dos contratos individuais aos setores especializados de PME e/ou em função das diferentes fases subsequentes do projeto (cf. considerando 78)⁴⁴.

⁴³ Notando como o *breaking up* de contratos encoraja a participação de empresas mais pequenas, v. Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 3.ª ed., 2014, p. 470.

⁴⁴ A este propósito, notando como, em consequência dos limiares comunitários elevados, “só muito dificilmente é que as PME podem aceder a esses contratos, salvo se se organizarem através de formas de cooperação empresarial”, v. Cláudia VIANA, *Os Princípios...*, cit., p. 72.

A proposta inicial de revisão da Diretiva 2004/18⁴⁵ previa que, quando um contrato público de valor inferior a € 500.000 (e superior, claro, aos limiares de aplicação da diretiva) devesse ser dividido com base em razões objetivas, a entidade adjudicante deveria justificar a sua decisão (de não o fazer) no anúncio ou no convite (cf. artigo 44.º, n.º 1 da proposta de revisão).

A redação final da Diretiva acabou por adotar uma versão mais exigente, uma vez que é aplicável a todos os contratos (sem qualquer limite de valor) mas, em todo o caso, não consagrando um verdadeiro dever geral de dividir os contratos em lotes; o que se exige das entidades adjudicantes é que indiquem as suas razões quando escolham não dividir o objeto do procedimento em lotes (cf. artigo 46.º, n.º 1, § 2.º). Sue ARROWSMITH entende, ainda assim, que esta exigência configura – em face da dificuldade de divisão de certos contratos e dos custos administrativos associados – um encargo desproporcionado para as entidades adjudicantes⁴⁶.

A ausência da previsão de um dever geral de divisão em lotes – como constava da proposta inicial de revisão da Diretiva 2004/18 –, longe de impedir a adoção de regras nacionais com esse propósito⁴⁷, levou à sua expressa previsão, no n.º 4 do artigo 46.º da Diretiva, salvaguardando-se, apenas, a

⁴⁵ Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos com a referência COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD), disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0896>>.

⁴⁶ Cf., da Autora citada, *The Law ...*, cit., p. 470.

⁴⁷ O Código francês – *Code des Marchés Publics* – consagrava (já e antes de qualquer consagração no Direito da União Europeia) um princípio de divisão em lotes (cf. artigo 10.º do referido Código).

necessidade de conformidade com o Direito Europeu⁴⁸. Em todo o caso, as disposições da Diretiva nesta matéria parecem direcionar-se no sentido de os Estados Membros não deverem impedir, através da sua legislação, que as autoridades adjudicantes possam dividir um contrato quando o tenham como conveniente⁴⁹.

Apesar desta abertura à (e promoção da) divisão em lotes, a Diretiva prevê a possibilidade de as entidades adjudicantes estabelecerem um limite máximo de lotes de que um operador económico pode ser adjudicatário, sem que esteja prevista a obrigação de expor as razões para a fixação de tal limitação (cf. artigo 46.º, n.º 2, § 2.º). No entanto, as entidades adjudicantes devem indicar nos documentos concursais as regras e os critérios (objetivos e não discriminatórios) a aplicar na decisão de adjudicação dos vários lotes (quando essa adjudicação conjunta ultrapasse o tal limite máximo previamente fixado). Naturalmente que a fixação de um limite máximo de adjudicações possíveis visa, entre outros objetivos – como garantir a concorrencialidade de futuros procedimentos, dimi-

⁴⁸ Notando como esta ressalva “parece dever ser entendida no sentido de que a obrigatoriedade de divisão em lotes não pode significar que fiquem postos em causa os objetivos das diretivas de contribuir para a construção do mercado interno: é fácil equacionar situações em que uma obrigação genérica de divisão em lotes, particularmente se houvesse limites máximos ao valor de cada um, poderia reduzir o valor de cada lote de tal modo que limitasse significativamente o interesse de qualquer agente económico de outro Estado em responder a procedimentos nesse Estado Membro”, cf. Miguel Assis RAIMUNDO, «Primeira análise...», cit.. Indo mais longe e avançando mesmo que regras no sentido da imposição de um dever de divisão de contratos podem configurar uma restrição ao comércio contrária às liberdades de circulação, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 471.

⁴⁹ Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 470-471.

nuindo a dependência da entidade adjudicante face aos seus fornecedores⁵⁰ –, assegurar uma dispersão dos contratos por vários agentes económicos, retomando, assim e afinal, aquele que é o foco das alterações relativas à divisão em lotes⁵¹.

4.3. O documento europeu único de contratação pública

Um instrumento que poderá revelar-se de elevada importância no acesso das PME a contratos com interesse transfronteiriço é o Documento Europeu Único de Contratação Pública (“DEUCP”).

Como é reconhecido no considerando 84 da Diretiva, “muitos operadores económicos, e nomeadamente as PME, consideram que um dos maiores obstáculos à sua participação nos contratos públicos é a carga administrativa decorrente da necessidade de apresentar um número substancial de certificados ou outros documentos relacionados com critérios de exclusão e seleção”. Por essa razão, o n.º 1 do artigo 59.º da Diretiva prevê a obrigação de as entidades adjudicantes aceitarem que, no momento de apresentação de propostas ou de candidaturas, os concorrentes ou candidatos apresentem “uma declaração sob compromisso de honra atualizada, como elemento de prova preliminar, em substituição dos certificados emitidos por autoridades públicas ou por terceiros”, o que confirma que o candidato/concorrente: (i) não se encontra sob um motivo de exclusão nos termos do artigo 57.º da Diretiva; (ii) cumpre com os critérios de seleção nos termos do artigo 58.º (habilitação, capacidade económica e financeira e capacidade técnica e profissional); (iii) cumpre com os cri-

⁵⁰ Notando essa necessidade, v. IDEM, *ibidem*, p. 1299.

⁵¹ Neste sentido, Miguel Assis RAIMUNDO, «Primeira análise...», cit..

térios de qualificação (em procedimentos limitados por essa fase prévia, nos termos do artigo 65.º).

A redução de requisitos administrativos aquando da apresentação das propostas/candidaturas não impede que as entidades adjudicantes requeiram, quando for caso disso, a apresentação dos documentos que o DEUCP pretende evitar. Nos termos do n.º 4 do artigo 59.º, a entidade adjudicante pode solicitar aos concorrentes/candidatos “a apresentação da totalidade ou de parte dos documentos comprovativos, a qualquer momento do procedimento, se entender que tal é necessário para assegurar a correta tramitação do procedimento”⁵².

No texto da proposta de Diretiva, o DEUCP tomava a impressiva designação de “passaporte europeu para a contratação pública”⁵³, o que transmitia bem a ideia de aposta na facilitação de acesso aos concursos públicos europeus, com a adoção de um instrumento uniforme para comprovação de requisitos que, de outra forma, seriam comprovados através de documentação variada e cuja emissão se encontra dispersa pelas várias entidades públicas responsáveis pela respetiva emissão. Trata-se de um aligeiramento de exigências documentais

⁵² Outras normas relevantes e demonstradoras da objetivo de aligeirar os ónus documentais dos concorrentes e adjudicatários são as previstas no n.º 5 do artigo 59.º da Diretiva; aí se estabelece, por exemplo, a proibição de uma entidade adjudicante exigir nova apresentação de documentos dos concorrentes que já tenham o tenham feito perante si em procedimentos anteriores ou de documentos que constem de bases de dados oficiais. Discutindo como esta previsão pode originar a obrigação da entidade adjudicante reter os documentos apresentados (nomeadamente o DEUCP), v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1308-1310.

⁵³ Cf. artigo 59.º da já referida Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos com a referência COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD).

que aprofunda a “interpenetração-integração das economias dos (...) Estados-Membros” tornando cada vez mais “natural (...) que as movimentações dos operadores económicos de origem europeia se alarguem e intensifiquem”⁵⁴.

4.4. A transferência de pagamentos para subcontratados

A subcontratação constitui uma das mais frequentes formas de cooperação entre empresas e, no caso das PME, representa “a modalidade de participação mais frequente nos contratos públicos de valor económico elevado”⁵⁵.

A Diretiva 2014/24/UE quebra com a opção das Diretivas de 2004 de não adotar qualquer regulamentação específica a propósito dos subcontratados; de facto, as anteriores Diretivas apenas previam a possibilidade de as entidades adjudicantes solicitarem ao proponente que indicasse “qual a parte do contrato que tenciona subcontratar com terceiros, bem como quais os subcontratantes propostos”, ressaltando-se, logo de seguida, que essa “indicação não interfere na questão da responsabilidade do operador económico principal”⁵⁶.

⁵⁴ Cf., embora a propósito de outras regras de Direito da União Europeia (também promotoras da livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais), Jorge Coutinho de ABREU, «Aspectos do Direito Económico...», cit., pp. 718-719.

⁵⁵ Cf. Cláudia VIANA, *Os Princípios...*, cit., p. 69. A propósito da existência, no direito da contratação pública dos EUA, de uma “obrigação legal que impende sobre as grandes empresas de subcontratar pelo menos uma parte da execução dos contratos que sejam adjudicados a pequenas e médias empresas (PME)”, v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 166-167.

⁵⁶ Cf. artigo 15.º da Diretiva 2004/18/CE e artigo 37.º da Diretiva 2004/17/CE, disposições com tradução no artigo 288.º onde

Na nova Diretiva, o considerando 78 refere-se, logo e a par da questão da divisão em lotes, à possibilidade conferida aos Estados-Membros de preverem “mecanismos de pagamento direto aos subcontratantes” (cf. § 3.º do referido considerando)⁵⁷. Essa possibilidade encontra-se regulamentada nos números 3 e 7 do artigo 71.º que determinam o seguinte:

- os Estados-Membros podem estipular que, *a pedido do subcontratante e caso a natureza do contrato o permita*, a en-

se prevê a manutenção da responsabilidade de cocontratante principal, independentemente da subcontratação. Previa-se ainda, no que respeitava aos contratos de concessão de obras públicas que a entidade adjudicante pudesse “impor ao concessionário das obras públicas que confie a terceiros a execução de contratos que representem uma percentagem mínima de 30% do valor global das obras que são objecto da concessão, prevendo simultaneamente a possibilidade de os candidatos aumentarem essa percentagem” – cf. alínea a) do artigo 60.º da Diretiva 2004/18/CE. Este silêncio do Direito da União Europeia foi, aliás, notado pelo Parlamento Europeu na sua Resolução B7-0285/2011, onde era solicitado à Comissão Europeia que, no âmbito dos trabalhos de revisão das Diretivas da contratação pública, avaliasse especificamente se seriam necessárias mais regras para a adjudicação de subcontratos, procurando evitar que as PME tivessem, na qualidade de subcontratadas, condições menos favoráveis que os contratantes principais do contraente público – sobre o tema, v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas*:..., cit., nota 265.

⁵⁷ Outra medida importante a respeito da subcontratação vem referida no considerando 105 e é depois materializada dos números 5 a 6 do artigo 71.º, consistindo no maior controlo e responsabilização do subcontratado perante a entidade adjudicante, incluindo a verificação, por esta última, da existência de motivos de exclusão em relação aos subcontratados (trata-se aqui dos mesmos motivos de exclusão aplicáveis aos cocontratantes principais nos termos do artigo 57.º da Diretiva, verificados em sede de apresentação de documentos de habilitação).

tidade adjudicante transfira os pagamentos devidos diretamente para o subcontratante pelos serviços, fornecimentos ou obras prestados ao contratante principal; acrescentando-se que estas medidas devem prever os mecanismos adequados a que o cocontratante principal se oponha a pagamentos indevidos (cf. n.º 3 do artigo 71.º);

- os Estados-Membros podem, no âmbito da legislação nacional, ir ainda mais longe quanto aos pagamentos diretos aos subcontratantes, indicando-se, a título de exemplo, a possibilidade de esses pagamentos serem feitos sem que os subcontratantes o tenham de solicitar (cf. n.º 7 do artigo 71.º).

É uma considerável alteração do Direito da União Europeia nesta matéria, demonstrativo da maior atenção dada à subcontratação e às dificuldades pelas quais muitos subcontratados passam quando se trata de serem atempadamente pagos pelas obras, serviços ou fornecimentos que efetivamente executaram ou forneceram.

Na nossa ordem jurídica interna, o CCP alterou o regime vigente nesta matéria. Com efeito, de acordo com o artigo 267.º do Regime Jurídico da Empreitada de Obras Públicas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 Março, doravante “RJEOP”), o contraente público tinha o poder de proceder ao pagamento direto ao subcontratado, com vista ao suprimento de eventuais faltas do empreiteiro para com ele, de modo a que isso não perturbasse a normal execução dos trabalhos. De acordo com aquele anterior regime, os subcontratados podiam reclamar junto do contraente público o pagamento de verbas em atraso que fossem devidas pelo cocontratante principal, podendo o contraente público exercer o direito de retenção de quantias do mesmo montante devidas por si

ao empreiteiro (cf. artigo 267.º, n.º 1)⁵⁸. Estas quantias eram, depois, pagas diretamente pelo contraente público ao subcontratado, caso o cocontratante principal, notificado para o efeito, não comprovasse ter procedido à liquidação das mesmas nos 15 dias imediatos à receção de tal notificação (cf. artigo 267.º, n.º 2).

No CCP não se encontra previsto idêntico mecanismo, solução que, além de seguir, como víamos, o silêncio das Diretivas de 2004 a este propósito, terá tido como objetivo afastar o contraente público dos conflitos que muitas vezes – e ainda mais em alturas de crise – se geram entre subcontratados e cocontratante principal, pois, tal como resultava do RJEOP, o contraente público detinha um amplo poder para dirimir esses conflitos⁵⁹.

Assim, de acordo com o regime atualmente em vigor no nosso país, é absolutamente claro que o subcontratado não tem qualquer vínculo contratual com o contraente público. Na realidade, o que existe são dois contratos de natureza di-

⁵⁸ Nas palavras do nosso Supremo Tribunal Administrativo, “a acção directa pressupõe o vencimento de ambas as prestações por parte de ambos os devedores, ou seja, o débito do empreiteiro para com a subempreiteira e o débito do dono da obra para com o empreiteiro” – cf. Acórdão de 31.05.2005, processo n.º 585/05.

⁵⁹ Como já tivemos ocasião de notar “Apesar de ser um mecanismo aparentemente simples, a verdade é que levantava (e continua a levantar) inúmeros problemas práticos de relacionamento contratual entre as partes na empreitada, uma vez que colocava em relação direta o dono de obra e um subempreiteiro que ele não escolheu (e a cuja escolha só se podia opor se o empreiteiro não tivesse condições – alvará, designadamente – para a execução da obra, nos termos do artigo 266.º, n.º 6 do RJEOP)”; cf. a nossa anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 22.05.2014, processo n.º 08837/12, *Revista dos Contratos Públicos*, 8 (2014) [no prelo].

ferente: (i) um, de natureza pública, celebrado entre a entidade adjudicante e o adjudicatário; e (ii) outro, de natureza privada, celebrado entre este último e o subcontratado. Na verdade, e como refere a doutrina a propósito do contrato de subempreitada – mas cujos fundamentos se aplicam inteiramente aos restantes tipos de subcontratos –, este “cria apenas uma relação obrigacional entre o empreiteiro originário e o subempreiteiro, relação a que é estranha o comitente, que não adquire direitos contra o subempreiteiro, nem contrai obrigações com este”⁶⁰.

As alterações trazidas pela nova Diretiva parecem modificar, de alguma forma, esta estrutura jurídica em que o contratante principal, não tendo qualquer relação direta com o subcontratante, não poderia, por exemplo, exercer poderes de direção do contrato de forma direta sobre o subcontratado, uma vez que este não tinha quaisquer obrigações para com aquele. Do mesmo modo, o contraente público não tinha qualquer obrigação para com o subcontratado, não podendo, por isso, deduzir os montantes que fossem devidos ao cocontratante principal em consequência de ter efetuado ao subcontratado o pagamento que lhe fosse devido pelo cocontratante principal⁶¹.

⁶⁰ Cf. Adriano Vaz SERRA, «Empreitada», *Boletim do Ministério da Justiça*, 145 (1965), pp. 116 e 117.

⁶¹ Apesar de aquele expediente não estar previsto no CCP, as entidades adjudicantes eram livres de o prever nos contratos que firmassem; no limite, mesmo que isso não estivesse previsto, seria possível equacionar uma medida desse género de forma contratualizada com o cocontratante principal: no caso de este consentir no pagamento ao subcontratado e consequente faturação pelo cocontratante principal do valor devido pelo contraente público deduzido do valor pago por este ao subcontratado, a obrigação do contraente público perante o cocontratante principal seria extinta (no montan-

Na nova Diretiva e nos termos do n.º 1 do seu artigo 71.º, cabe às autoridades nacionais de cada Estado-Membro assegurar o cumprimento por parte dos subcontratados dos princípios da contratação (previstos no n.º 1 do artigo 18.º) e também das “obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral” (cf. n.º 2 do artigo 18.º, por remissão do n.º 1 do artigo 71.º). Trata-se de alterações suscetíveis de fazer surgir um verdadeiro poder-dever de fiscalização do subcontratado por parte do contraente público, alterando, assim e de sobremaneira, a anterior posição de quase alheamento dos contraentes públicos em face dos subcontratantes.

5. Reflexão final

A regulação trazida pelas normas do Direito da União Europeia que visam a promoção das PME são, nos termos acima analisados, uma resposta ao défice de participação deste tipo de empresas no mercado dos contratos públicos.

A particular atenção conferida a este tipo de empresas representa, a par de outros pontos – como a incorporação, no texto da diretiva, de regras que acolhem a jurisprudência do TJUE sobre a modificação de contratos –, uma demonstração da fase de maturidade deste direito europeu dos contratos públicos, assegurado que está o objetivo inicial da construção de um mercado único europeu em matéria de contratação pública.

te da diferença) [cf. alíneas a) e b) do artigo 770.º do Código Civil, aplicável subsidiariamente *ex vi* artigo 280.º, n.º 3, *in fine*, do CCP].

No caso da promoção das PME, a especial ponderação que elas mereceram do legislador europeu resulta, a nosso ver, do reconhecimento do potencial económico que elas detêm ao nível da criação de riqueza e de emprego; potencial que, muito justamente, as diretivas procuram aproveitar tornando os contratos públicos mais acessíveis às PME.

No entanto, os instrumentos jurídicos adotados estão ainda bastante longe de verdadeiras reservas de contratação para este tipo de empresas, o que constitui um mecanismo com provas dadas noutros ordenamentos jurídicos, *maxime*, nos Estados Unidos da América. Ora, não parecem existir, na União Europeia, razões determinantes para rejeitar soluções que permitissem destacar uma parte do mercado da contratação pública para este tipo de empresas, quando os desafios económicos que se colocam na generalidade dos países europeus – nomeadamente no que tange à diminuição da taxa de desemprego (e, sobretudo, das inauditas taxas de desemprego jovem) – são tão ingentes e já se encontra estabelecida a importância da contratação pública como instrumento de realização desse tipo de políticas económicas.

Referências Bibliográficas

- ABREU, Jorge Coutinho de, «Aspectos do Direito Económico da União Europeia (apontamentos a propósito do diálogo U.E. – MERCOSUL)», *Boletim da Faculdade de Direito*, 74 (1998) 705-728.
- ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 3.^a ed., 2014.

- CAMPOS, Diogo Duarte de / MACHADO, Carla, «Condições de participação em procedimento concursal (Ac. no proc. n.º 1327/09 do TCA-N)», *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, 2 (Maio-Agosto 2011) 135-163.
- ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português*, Coimbra: Almedina, 2006.
- «A transposição das Directivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 58 (Julho/Agosto, 2006) 10-20.
- *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, 2.ª reimpr., Coimbra: Almedina, 2014.
- GOMES, Pedro Cerqueira, «The innovative Innovation Partnerships under the new EU directives», *Public Procurement Law Review*, 4 (2014) 211-218.
- «Contratação pública e inovação – O diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», in Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO – Patrícia VALCARCEL FERNÁNDEZ, ed., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, 2014, 521-551.
- GONÇALVES, Pedro Costa, «Gestão de contratos públicos em tempo de crise», in IDEM, coord., *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 5-49.
- «A regulação do mercado da contratação pública», *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, 3/3 (mar./ago. 2013) 201-208.
- *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MARTINS, Lício Lopes, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014.
- PEREIRA, Pedro Matias / FRANCO, João Soares, «A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise», *Revista dos Contratos Públicos*, Coimbra, 5 (2012) 143-165.
- / GUIMARÃES, Rui Mesquita, «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português», *Revista dos Contratos Públicos*, Belo Horizonte, 5 (2014) 157-177.

- «Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 22.05.2014, processo n.º 08837/12», *Revista dos Contratos Públicos*, 8 (2014) [no prelo].
- PHILLIPS, Wendy / CALDWELL, Nigel / CALLENDER, Guy, «Public procurement – a pillar of good governance?», in Louise KNIGHT, coord., *Public Procurement: internacional cases and commentary*, Nova Iorque: Routledge, 2007, 138-148.
- PIRES, Miguel Lucas, «Os Projectos de alteração das Directivas comunitárias relativas aos contratos públicos em geral e aos contratos de concessão em particular», *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, 2 (2013) 155-176.
- RAIMUNDO, Miguel Assis, «Primeira análise das novas directivas (Parte I)», *Revista dos Contratos Públicos*, Coimbra, 9 [no prelo].
- RODRIGUES, Nuno Cunha, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra: Almedina, 2013.
- ROLFSTAM, Max, «Good Rules or Bad Rules in Public Procurement of Innovation: But is it Really the (Right) Question?», *Halduskultuur – Administrative Culture*, 13, [109-129], disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176732>.
- SERRA, Adriano Vaz, «Empreitada», *Boletim do Ministério da Justiça*, 145 (1965).
- VIANA, Cláudia, *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- «A Globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional», in Pedro Costa GONÇALVES, coord., *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 23-49.
- «A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública», in Pedro Costa GONÇALVES, coord., *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 153-196.

Sumário: O artigo foca-se nas alterações previstas nas novas Diretivas da contratação pública a respeito da promoção das PME no mercado dos contratos públicos. Analisa-se, em primeiro lugar, a dimensão e a estrutura do mercado dos contratos públicos europeus, considerando, em seguida, a evolução do Direito Europeu dos contratos públicos quanto à facilitação e incentivo da participação das PME nos referidos mercados, finalizando o artigo com a análise das disposições das novas Diretivas que visam a consecução desses objetivos.

Palavras-chave: mercado dos contratos públicos; Diretiva 2014/24; Diretiva 2014/25; PME – Pequenas e Médicas Empresas; parceria para a inovação; divisão em lotes; Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP); transferência de pagamentos para subcontratados.

The promotion of small and medium-sized enterprises (SMEs) in public procurement. The new directives

Abstract: The text focuses on the changes set out in the new public procurement Directives concerning the promotion of SMEs in the public procurement market. Firstly, we analyze the size and the structure of the European Union public procurement markets to then consider the development of the European Law regarding the facilitation and incentive to the participation of SMEs in the said markets. We conclude the text with an analysis of the provisions of the new Directives that aim to attain such goals.

Keywords: public procurement market; Directive 2014/24; Directive 2014/25; *SME's* – Small and Medium-Sized Enterprises; innovation partnership; dividing contracts into lots; European Single Procurement Document (ESPD); transfer of payments directly to the subcontractor.

Pedro Matias Pereira

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra