

2º CICLO DE ESTUDOS

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

A AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE REPRESENTAÇÃO JURÍDICA POR ENTIDADES ADJUDICANTES À LUZ DA DISCIPLINA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Mariana Vilar Tavares

M

2021



Mariana Vilar Tavares

**A AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE
REPRESENTAÇÃO JURÍDICA POR ENTIDADES
ADJUDICANTES À LUZ DA DISCIPLINA DA
CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada para
obtenção do grau de Mestre em Ciências
Jurídico-Administrativas, sob orientação
do Professor Doutor João Pacheco de
Amorim

Porto

2021

BALANÇA

*Com pesos duvidosos me sujeito
À balança até hoje recusada.
É tempo de saber o que mais vale:
Se julgar, assistir, ou ser julgado
Ponho no prato raso quanto sou,
Matérias, outras não, que me fizeram,
O sonho fugidiço, o desespero
De prender violento ou descuidar
A sombra que me vai medindo os dias;
Ponho a vida tão pouca, o ruim corpo,
Traições naturais e relutâncias,
Ponho o que há de amor, a sua urgência
O gosto de passar entre as estrelas,
A certeza de ser que só teria
Se viesses pesar-me, poesia.*

José Saramago, “Os Poemas Possíveis”, 1966

À minha mãe,

Resumo: O presente estudo compromete-se a abordar a questão da aquisição de serviços de representação jurídica (e outros tipos de serviços jurídicos), por entidades públicas, à luz do Código dos Contratos Públicos. No exercício das suas atribuições, é frequente surgir a necessidade em recorrer à atividade prestada por advogados. Nesta medida, propomo-nos a estudar qual a solução que o legislador português coloca ao dispor das entidades adjudicantes para adquirir este tipo de serviços, e, de um modo crítico, avançar com a nossa opinião quanto à adequação da mesma. Tencionamos, igualmente, traçar uma comparação entre as soluções nacionais com as opções adotadas, tanto pelo legislador comunitário, como também em outros ordenamentos da União Europeia, fazendo uma breve análise de direito comparado. Por fim, visamos refletir sobre qual a solução que consideramos a mais apta a solver este dilema.

Palavras-chave: Contratação Pública, Representação Jurídica, Entidades Adjudicantes, Critérios Materiais, Concorrência

Abstract: This study undertakes to address the issue of the acquisition of legal representation services (and other types of legal services) by public entities, in the light of the Portuguese Public Contracts Code. In the exercise of their duties, there is often the need to resort the activity provided by lawyers. Therefore, we propose to study which solution the Portuguese legislator provides to public entities to acquire this type of service, and, critically, to advance our opinion on it. We also intend to draw a comparison between the national solutions with the options adopted, both by the community legislator, as well as in other European Union legislation, making a brief analysis of the law in comparison. Finally, we aim to reflect which sober solution we consider the most appropriate to settle this question.

Keywords: Public Procurement, Legal Representation, Contracting Entities, Substantive Criteria, Competition

AGRADECIMENTOS

Um primeiro agradecimento é devido ao Professor Doutor João Pacheco de Amorim, por, já durante a licenciatura, me ter proporcionado um primeiro contacto com Contratação Pública, e, posteriormente, em contexto de mestrado, me ter suscitado o gosto pela disciplina e a vontade de enveredar por esta especialização. Foi e é um verdadeiro privilégio ter sido orientada por um profissional de renome e académico de excelência.

Agradeço também aos restantes Professores do Mestrado em Ciências Jurídico-Administrativas, bem como a todos os Professores desta “casa”, que me têm vindo a acompanhar durante estes seis prolíficos anos de percurso académico.

Como não poderia deixar de ser, uma enorme “obrigada” à minha família, em especial, ao Artur e aos meus irmãos, por terem acreditado em mim e por me terem dedicado todo o seu carinho.

Um especial agradecimento à minha mãe, por ser um verdadeiro exemplo de coragem, superação e força, por me ter proporcionado todas as condições para poder crescer e vingar, tanto na vida profissional e como académica, e por ter estado sempre a meu lado.

Presto a minha gratidão às amigas e amigos, de longa data ou dos tempos áureos da faculdade, por me contagiarem com a motivação e o ânimo necessários para conquistar esta etapa.

Ainda, deixo um agradecimento especial aos Colegas de profissão, especialmente, aos/às colegas estagiários/as, pelos momentos de partilha e entreaajuda.

Por último, não poderia deixar de agradecer ao João, pelo apoio incondicional nesta etapa da minha vida.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO	7

CAPÍTULO I – A AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS PELA ENTIDADE ADJUDICANTE

TÍTULO I – A DECISÃO DE CONTRATAR

i) A decisão de contratar: definição e delimitação	8
ii) A necessidade de fundamentação da decisão de contratar	12
iii) Decisão de contratar <i>latu senso</i> : a autorização de despesa e a escolha de procedimento	13

TÍTULO II – A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL

i) A decisão da escolha do procedimento pré-contratual	15
ii) Artigos 5.º e 16.º do CCP: a sujeição à concorrência	16
iii) Critérios para a escolha do procedimento pré-contratual	20

TÍTULO III - EM ESPECIAL, A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO PARA AQUISIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

20

CAPÍTULO II – A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE REPRESENTAÇÃO JURÍDICA

TÍTULO I – A AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS POR ENTIDADES ADJUDICANTES AOS OLHOS DA LEGISLAÇÃO COMUNITÁRIA E NACIONAL

i) A aquisição de serviços jurídicos pelo Estado e demais entidades públicas no quadro normativo nacional	24
ii) A aquisição de serviços jurídicos à luz do Direito Comunitário: o artigo 10.º da Diretiva 2014/24/UE	28

iii) A posição da jurisprudência comunitária: o Acórdão do TJUE de 06 de junho de 2019, no Processo C-264/18, <i>P.M. N.G.d.M., P.V.d.S. vis Ministerraad</i>	32
iv) O reflexo do artigo 10.º, da Diretiva 2014/24/UE, nos ordenamentos jurídicos dos EM: os casos italiano e francês	34
v) A opção do legislador nacional na transposição da Diretiva 2014/24/UE para o direito português	37

TÍTULO III – A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL PARA A AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE REPRESENTAÇÃO JURÍDICA E DE OUTROS SERVIÇOS JURÍDICOS À LUZ DO CCP

i) A natureza <i>intuitu personae</i> dos serviços de representação jurídica e demais serviços jurídicos	39
ii) A escolha do procedimento pré-contratual para a aquisição de serviços de representação jurídica (e outros tipos de serviços jurídicos) - <i>quid iuris?</i>	42
iii) A atual posição da jurisprudência nacional: em especial, a Sentença do TAF de Penafiel, de 28 de dezembro de 2018	52

CONCLUSÃO	55
------------------------	----

BIBLIOGRAFIA	56
---------------------------	----

JURISPRUDÊNCIA	60
-----------------------------	----

ABREVIATURAS

CCP	Códigos dos Contratos Públicos
CDAE	Código de Deontologia dos Advogados Europeus
cfr.	conforme
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
coord.	coordenação
EM	Estado Membro
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados
EUR.	Euros
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LOSJ	Lei da Organização do Sistema Judiciário
MP	Ministério Público
op. cit.	obra citada
org.	organização
p. / pp.	página/páginas
proc.	processo
ss.	seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal de Contas
TCA	Tribunal Central Administrativo
TAF	Tribunais Administrativos e Fiscais
TJUE	Tribunal Judicial da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

As entidades públicas, no exercício das suas atribuições, muitas vezes deparam-se com a necessidade de contratar externamente, na medida em que os seus recursos internos se mostram insuficientes para satisfazer as suas prossecuções. Com efeito, têm que tomar a decisão de contratar. Um desses casos poderá se dar quando exista a necessidade recorrer a serviços jurídicos, seja para constituição de mandato de representação jurídica, seja para prestar aconselhamento jurídico, ou até mesmo para emissão de pareceres. Na eventualidade dos seus recursos internos mostrarem-se insuficientes ou pouco habilitados para assegurar uma resposta cabal à necessidade que se coloca, cabe à entidade pública procurar contratar “fora de casa” os serviços devidos. Ora, aqui se coloca a questão de saber por que meio poderá a entidade adjudicante, à luz da disciplina da contratação pública, adquirir este tipo de prestação de serviços - isto é, qual o procedimento contratual adequado para celebrar um contrato nestes termos?

A Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos, excluiu do seu âmbito de aplicação a aquisição de certos serviços jurídicos, incluindo no elenco da alínea d), do n.º1, do seu artigo 10.º, o patrocínio judiciário e o aconselhamento jurídico. Numa primeira leitura, outros ordenamentos jurídicos da União Europeia perfilharam a mesma solução, contribuindo para uma uniformização das regras aplicáveis no espaço económico único. Também a jurisprudência emanada pelo TJUE vai de encontro com esta opção. Contudo, no caso português, não conseguimos encontrar essa semelhança.

O legislador nacional, aquando da transposição da Diretiva 2014/24/UE, ao contrário do que tem sido a corrente europeia, não promoveu pela adoção daquela solução normativa: na verdade, não estabeleceu nenhum regime, de forma clara, para a aquisição de serviços jurídicos (nomeadamente, de representação jurídica). Posto que, o que temos visto ao longo do tempo é uma construção interpretativa da lei, graças à doutrina e à jurisprudência nacional (esta última mais escassa que a primeira).

Uma vez que esta questão é de grande interesse social e jurídico, é premente encontrar uma solução indubitável, em prol da certeza e da segurança jurídica.

CAPÍTULO I - A AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS PELA ENTIDADE ADJUDICANTE

TÍTULO I - A DECISÃO DE CONTRATAR

i) A decisão de contratar: definição e delimitação

A decisão da entidade adjudicante em celebrar um contrato e, portanto, de desencadear um procedimento de formação contratual, radia, naturalmente, de uma decisão de contratar. Podemos localizar a origem da decisão de contratar no momento em que a entidade adjudicante, perante o apuramento da existência de uma necessidade de interesse público a satisfazer, reconhece a utilidade da contratação externa e opta por esta.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹ defendem que a decisão de contratar “é o ato unilateral pelo qual, constatada a necessidade ou a conveniência de obter no (ou ceder ao) mercado certos bens ou serviços, o órgão competente para comprometer a entidade adjudicante – financeiramente, se houver lugar ao pagamento de um preço, pela entidade adjudicante, ou contratualmente, no caso contrário – decide abrir um procedimento para determinar com quem e em que condições concretas será celebrado o correspondente contrato”. Na mesma linha de pensamento, SÉRVULO CORREIA² define a decisão de contratar como o “ato inicial – que denominamos decisão ou deliberação de contratar – [que] envolve necessariamente a apreciação de um ou mais interesses públicos cuja prossecução represente atribuição do Estado e a identificação do contrato e, dentro deste amplo género, de um contrato com determinada causa-função, como meio mais idóneo para satisfazê-lo”.

Deste modo, podemos desde já avançar a ideia de que a decisão de contratar será o ato primeiro que assinala formalmente o início do procedimento adjudicatório, isto é, o ato propulsor do procedimento de formação de um contrato público. Este ato traduz a assunção pela entidade adjudicatória de que, perante uma necessidade que carece que ser suprida, e à luz do princípio da prossecução do interesse público³, mostra-se perentório recorrer à contratação externa, para aquele efeito.

¹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 777.

² JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 537.

³ Cfr. n.º1, do artigo 169.º e n.º 1, do artigo 266.º, da CRP e artigo 4.º do CPA. “O princípio da prossecução do interesse público (...) tem necessária influência na construção de um regime jurídico para a formação dos contratos públicos que seja apto a concretizar aquele que é um «momento teleológico necessário de qualquer atividade

A decisão de contratar vem prevista no artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos. Numa perspetiva sistemática, é de sublinhar que este normativo apresenta-se como o primeiro artigo do “Capítulo II – Início do procedimento”, o que, desde já, nos permite retirar algumas elações sobre a importância da decisão de contratar como o ato⁴ *espoletador* do processo da formação e adjudicação de um contratos público.

Não obstante figurar como um ato inicial, e recorrendo às palavras de SÉRVULO CORREIA⁵, esta decisão “nasce de algo que a antecede, porque tem de ser preparada”. Com isto pretende-se dizer, e como já foi referido, que a decisão de contratar, apesar de se manifestar como o ato desencadeador do procedimento (de contratação pública), é ela também antecedida de um outro procedimento, digamos, de um *procedimento pré-procedimental*.⁶ Ou seja, esta decisão tem origem numa avaliação, por parte da entidade adjudicante, em que esta identifica, em primeiro lugar, a existência de uma necessidade que carece de ser suprida e, em razão da sua natureza ou das suas características, torna-se conveniente ou preferível procurar *externamente* por uma solução, porquanto os recursos internos da própria entidade mostram-se insuficientes ou inaptos à sua satisfação.

A decisão de contratar, poderá, assim, ser simultaneamente caracterizada como um *ato inicial*, mas igualmente como um *ato final*, na medida que, ao mesmo tempo que se revela como o primeiro momento e o primeiro ato de uma série de atos e diligências tendentes à celebração

administrativa» (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA), que é o da sua sujeição às finalidades postas pela Constituição e pela lei (...)”. RICARDO BRANCO, “A revisão do CCP e os princípios jurídicos gerais em matéria de formação dos contratos públicos”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 293. Ver, igualmente, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 96 a 98.

⁴ Sobre o tema da natureza jurídica (do ato) da decisão de contratar, ver JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, op. cit. pp. 537 e ss. e 656 e ss., PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 452 e ss., MARGARIA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 138 e ss., MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos (Direito Administrativo Geral, III)*, Dom Quixote, 2008, pp. 94 a 95, TIAGO DUARTE, “A decisão de contratar no Códigos dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, org. de Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 147 a 180, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013, pp. 771 e ss., MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, op. cit., pp. 776 e ss., Lourenço Vilhena de Freitas, *Direitos dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 219 a 232; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 360 a 362, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 377 e ss., ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 95 a 97.

⁵ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, op. cit., p. 664.

⁶ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, op. cit., p. 772.

de um contrato, também se apresenta como o resultado da ponderação realizada pela entidade adjudicante, que, após verificar a existência de uma determinada necessidade que tem que ser satisfeita e de atestar que não detém de meios próprios para a suprir cabalmente, decide que é com recurso à contratação que irá assegurar essa mesma necessidade.⁷

É no momento da decisão de contratar que a entidade adjudicante vai delinear a necessidade, definir os objetivos a prosseguir, estabelecer os elementos essenciais do contrato a celebrar e, em virtude dos quais, vai escolher o tipo de contrato e respetivo tipo de procedimento contratual.⁸ Assim sendo, o ato da decisão de contratar é de extrema importância “porquanto influencia a determinação do fim e da causa-função do contrato, que têm de conformar-se com as fronteiras impostas pelas normas que estabelecem as atribuições e competências da entidade adjudicante e com as normas que regulam o *conteúdo possível* dos contratos públicos”⁹.

Tal como expõe DÉBORA MELO FERNANDES¹⁰, “abstratamente identificada a necessidade de interesse público a satisfazer, o órgão competente para a decisão de contratar¹¹ é chamado, na fase de preparação do procedimento, a realizar um progressivo *refinamento* da mesma.¹²” Este refinamento tem sido comumente designado pela doutrina como “teste da necessidade”. Ora, este *refinamento* (ou “teste da necessidade”) passa, em primeiro plano, por certificar a efetividade da necessidade verificada, “através da hierarquização das várias necessidades existentes, em função de uma ponderação das suas premências relativas e dos limites impostos pelo carácter finito dos meios a utilizar”.¹³ Posteriormente, cabe avaliar se a

⁷ Nestes exatos termos, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit. p. 442; no mesmo sentido, MIGUEL ASSIS RAIUMUNDO, *A formação*, op. cit. pp. 771 e 772; ainda, DÉBORA MELO FERNANDES, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos revisto”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2019, pp. 313 e 314.

⁸ “Esta decisão [de contratar] é tomada na sequência (i) da verificação, por parte da entidade adjudicante, da existência de uma necessidade, (ii) da sua completa caracterização e (iii) da identificação do meio/instrumento/etc. adequado à sua satisfação, o qual consistirá no objecto do contrato a celebrar.” – SÉRVULO & ASSOCIADOS, SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL, *Manual de Procedimentos Contratação Pública de Bens e Serviços – do Início do Procedimento À Celebração do Contrato* - disponível em file:///C:/Users/utilizador/Downloads/MANUAL_DE_PROCEDIMENTOS_do_CCP.pdf (última vez acedido a 30/07/2021)

⁹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, op. cit., pp. 725 e 726.

¹⁰ DÉBORA MELO FERNANDES, *A decisão*, op. cit., pp. 316 e 317.

¹¹ O órgão competente para a decisão de contratar é o que for indicado na lei orgânica ou nos estatutos da entidade adjudicante, de acordo com o n.º.2, do artigo 36.º, do CCP. Caso a lei orgânica ou os estatutos forem omissos quanto a este ponto, a lei determina que será o órgão competente para autorizar a despesa gerada pelo contrato, nos termos do n.º1, do mesmo preceito.

¹² JOSÉ DUARTE COIMBRA, “Planeamento da contratação e consultas preliminares ao mercado”, *Atas da conferência - A revisão do Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins (2016), ICJP, Lisboa, pp. 101 e 102.

¹³ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, op. cit., pp. 661 a 665.

mesma necessidade poderá ser satisfeita com recurso aos meios técnicos e humanos próprios da entidade adjudicante, ou até mesmo de outras entidades que integrem a Administração Pública - contratação *in house*¹⁴. Logicamente, e como já temos vindo a referir, a entidade adjudicante, ao tomar a decisão de contratar, está, implicitamente, a excluir a hipótese de recorrer aos meios internos da Administração Pública para suprir a necessidade que se coloca.

Uma nota: mesmo que, no caso concreto, existam recursos suficientes dentro da Administração Pública para satisfazer a necessidade de forma adequada, e, assim sendo, ao abrigo dos princípios da boa administração¹⁵, na sua vertente da eficiência e economicidade, seja preferível que se opte por contratar “dentro de portas”, certo é que não existe a obrigação, por parte da entidade adjudicante, de socorrer-se dos seus próprios meios. Ora, preenchidos os necessários pressupostos, e havendo fundamentação bastante¹⁶ para tal, é admissível à entidade adjudicante optar, mesmo assim, por contratar “fora”, uma vez que “tal opção pode precisamente ancorar-se na promoção da concorrência e consequente busca do «best value for money».”¹⁷

Ultrapassados estes dois crivos, ou, por outras palavras, vencido o “teste da necessidade”, caberá ao órgão competente justificar a decisão de contratar à luz dos critérios de economia, eficiência e eficácia¹⁸, em razão das exigências financeiras e orçamentais¹⁹ que se colocam, bem como provar a idoneidade do contrato em função do interesse público.

¹⁴ Sobre o tema da contratação “in house”, ver, entre outros: BERNARDO AZEVEDO, “Contratação «in house»: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado,” *Estudos de Contratação Pública* I, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 115 e ss; ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações «in house»”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Setembro/Outubro, 2007, pp. 12 a 26; ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011, pp. 336 e ss; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina. Coimbra, 2007, pp.178 e ss; DURVAL TIAGO FERREIRA, *Contratação In House*, Coimbra, 2013, pp. 85 e ss; CLÁUDIA VIANA, “Contratos Públicos «in house»”, *Direito Regional e Local*, 2007, pp. 34 e ss; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, op. cit., pp.148 e ss; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, op. cit., pp.646 e ss;

¹⁵ Cfr. n.º1, do artigo 5.º, do CPA, aplicável em matéria de contratação pública por remissão legal prevista no n.º1, do artigo 1.º-A, do CCP.

¹⁶ São várias as manifestações de imposição legal deste “teste de necessidade” e a especial fundamentação de certos atos. É o caso do n.º 2, do artigo 71.º da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro, que aprova o Orçamento de Estado para 2021, relativamente à aquisição de estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria.

¹⁷ RAQUEL CARVALHO, A exigência de fundamentação na contratação pública como instrumento de salvaguarda da concorrência, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 21, CEDIPRE, 2019 (setembro 2019), p. 64.

¹⁸ Cfr. alínea c), do n.º 3, do artigo 52.º, da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, que aprova a Lei de Enquadramento Orçamental, na sua atual redação conferida pela Lei n.º 41/2020, de 18 de Agosto.

¹⁹ Sobre os requisitos a observar na realização da despesa pública, incluindo a de base contratual, ver JOAQUIM FREITAS DA ROCHA/PEDRO ACÁCIO CRUZ SILVA, “Contratos públicos e controlo jurídico-financeiro: Da necessidade de sintonia comunicativa entre o Direito financeiro e o Direito administrativo”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 14, CEDIPRE, (maio-agosto 2014), pp. 45 a 70.

Relativamente a este último ponto, e uma vez que é um dos desígnios da Administração Pública a prossecução do interesse público, importa a correta identificação e avaliação da necessidade a ser satisfeita, como também a correta reflexão relativa à escolha por uma solução de *contracting out*, uma vez que é o interesse público que vai legitimar o contrato e não o contrário. Como ensina MIGUEL ASSIS RAIMUNDO²⁰ “é sobretudo através da identificação da necessidade que se chega ao interesse público a prosseguir por via de contrato, já que este está vinculado à prossecução desse interesse. Isto traduz-se num verdadeiro dever jurídico de *funcionalização estrita do conteúdo do contrato ao interesse público (...)*.” Por outro lado, poderá a entidade adjudicante igualmente equacionar a possibilidade de incorporação, no procedimento de contratação, de políticas secundárias, nomeadamente, na vertente ambiental, social e de inovação, “numa lógica de *utilização estratégica da contratação pública*”.^{21 22}

ii) A necessidade de fundamentação da decisão de contratar

Noutra perspetiva, e tal como resulta do disposto no n.º 1, do artigo 36.º, do CCP, “o procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual deve ser *fundamentada* e cabe ao órgão competente para autorizar despesa inerente ao contrato, podendo essa decisão estar implícita nesta última.” (itálico nosso).²³ Ora, a decisão de contratar, por assumir um papel legitimador do procedimento e, conseqüentemente, do contrato a celebrar, bem como um papel de proteção do interesse público durante todo o procedimento pré-contratual, deve ser fundamentada, nos termos daquele normativo. Por conseguinte, pode-se concluir que a necessidade de fundamentação da decisão de contratar decorre do facto de esta figurar como uma síntese da ponderação realizada pela entidade adjudicante com vista à identificação da necessidade de interesse público a seu cargo e da melhor forma de a suprir.

Como bem esclarece PEDRO COSTA GONÇALVES, e na mesma linha do que tem vindo a ser defendido, “o âmbito da fundamentação [da decisão de contratar] varia em função das circunstâncias: assim, por ex., nos contratos de valores superiores aos indicados no artigo

²⁰ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, op. cit., p.726

²¹ DÉBORA MELO FERNANDES, *A decisão*, op. cit. p. 318.

²² “O incentivo à inovação tecnológica, a promoção da sustentabilidade e as políticas sociais e ambientais são valores e objetivos de interesse público que o direito da contratação pública também deve proteger, no contexto deste princípio da prossecução do interesse público ou de interesses públicos, no plural”. – Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit. p. 379.

²³ Após a revisão do CCP de 2017, o legislador passou expressamente a exigir que a entidade adjudicante expusesse os pressupostos e os motivos que a levaram à tomada da decisão de contratar.

36.º, n.ºs 3 e 4, a fundamentação baseia-se no estudo prévio; em geral, exige-se que o órgão adjudicante aluda às necessidades verificadas e à adequação do contrato em perspetiva como mecanismo para responder a essas necessidades; ainda em geral, nos contratos que envolvam despesa, exige-se que a fundamentação esclareça, em termos gerais, o cumprimento do princípio da economia, eficiência e eficácia; a fundamentação pode ter de se revelar mais densa em certos casos: por ex., se a lei estabelece que a contratação só se apresenta possível no caso de falta de recursos próprios, o dever de fundamentação exige a demonstração de que a entidade adjudicante não dispõe de recursos próprios”.²⁴

Em suma, “a decisão de contratar não [pode] deixar de ser resultado de um processo decisório racional e consistente que, respondendo adequadamente às questões «devo comprar?», «o que devo comprar?» e «como comprar?», potencie a celebração do *melhor contrato possível*, numa lógica de boa administração e eficiência na gestão de dinheiros públicos.”²⁵

iii) Decisão de contratar *latu senso*: a autorização de despesa e a escolha de procedimento

A decisão de contratar “implica direta ou indiretamente duas decisões subsequentes: a decisão de autorizar despesa e a decisão de se pôr em marcha o respetivo procedimento legal conducente a essa celebração e a sua escolha (artigo 38.º).”²⁶ Neste sentido, parece-nos que, formalmente, a entidade adjudicante poderá coligir estas três decisões num só momento temporal, apesar de, materialmente, apresentarem autonomia entre si. Neste sentido, JOÃO PACHECO DE AMORIM²⁷ defende que, “não obstante o CCP autonomizar os três atos (autorização de despesa, decisão de contratar e decisão de escolha de procedimento), uma vez que o órgão competente é o mesmo, estaremos por vezes perante um *ato contextual*, ou seja, poderá o conteúdo de cada um dos três atos, sem perda da respetiva autonomia, figurar num único texto, apresentando-se formalmente como uma mesma decisão. Note-se que o próprio legislador se apercebeu de algum modo das vantagens práticas numa «economia de atos

²⁴ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit. pp. 453 e 454.

²⁵ DÉBORA MELO FERNANDES, *A decisão*, op. cit. p. 319.

²⁶ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código*, op. cit. p.160.

²⁷ JOÃO PACHECO DE AMORIM / CARLA GRANJO, “As competências decisórias nos procedimentos de contratação pública municipal”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, (Maio-Agosto 2011), CEDIPRE.

expressos e entre si autonomizados», ao prever expressamente no n.º 1 do art.º 36.º a possibilidade de a decisão de autorização de despesa pressupor uma (tácita) decisão de contratar.”

Daqui resulta um aspeto importante: o legislador admite que a decisão de contratar, embora autónoma, pode estar prevista implicitamente na própria decisão de autorização de despesa, revelando, desta forma, uma relação *simbiótica*^{28 29} Assim, “a decisão de contratar não tem que se cingir à manifestação, pelo órgão adjudicante, da necessidade e vontade em obter os bens ou serviços de que necessita e de mandar (explícita ou implicitamente) os serviços respetivos proceder às diligências preliminares ou preparatórias necessárias para desencadear efetivamente um procedimento de adjudicação (...) podendo envolver, contemporânea ou contextualmente, como se viu, e antes de tudo o mais, a autorização para realização da despesa que a celebração do contrato envolva.”³⁰

Todavia, a necessidade da decisão de autorização de contratar não subentende que o contrato a celebrar venha a implicar uma despesa, tal como estabelece o n.º 1, do mesmo preceito. Nestes termos, em que não existe uma decisão de autorização de despesa, a decisão de contratar caberá ao órgão que for competente para o efeito, nos termos da respetiva lei ou estatutos.³¹ Relativamente a este aspeto, e como bem sintetiza TIAGO DUARTE³², “tendo em consideração o disposto no n.º1 do artigo 36.º do CCP, entende-se que, ou bem que existe uma decisão autónoma (que terá de ser exteriorizada, para poder ser conhecida pelos particulares) que possa ser qualificada como decisão de contratar (e onde se encontre uma justificação relativamente aos motivos e pressupostos que estiveram na base daquela tomada de decisão), ou então terá de se assumir que a decisão de contratar se encontra inserida (implícita) na decisão de autorização de despesa (que terá igualmente que ser exteriorizada), o que significa que, nos casos em que não exista decisão de autorização de despesa (n.º 2 do artigo 36 do CCP), não se

²⁸ Expressão de DÉBORA MELO FERNANDES, *A decisão*, op. cit. p. 328.

²⁹ O n.º1, do artigo 36.º, ao prever expressamente a hipótese de a decisão de autorização de despesa pressupor uma decisão de contratar, ainda que tacitamente, leva a crer que o próprio legislador se apercebeu das vantagens práticas numa “economia de atos expressos e entre si autonomizados” - Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM / CARLA GRANJO, “As competências”, op. cit., p.38.

³⁰ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, op. cit. p. 781

³¹ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., pp. 454 e 455, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, op. cit. pp. 780 e 781, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 162 e 163.

³² TIAGO DUARTE, *A decisão*, op. cit., p. 174.

poderá prescindir de um ato administrativo externo que possa ser qualificado como «decisão de contratar»”.

TÍTULO II – A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL

i) A decisão da escolha do procedimento pré-contratual

Quando a entidade adjudicante decide que vai desencadear um procedimento tendente à celebração de um contrato, tem que, inevitavelmente, escolher qual o tipo de procedimento pré-contratual que vai levar a cabo, para esse efeito. Nesta medida, sistematicamente, a decisão de escolha do procedimento de adjudicação surge dentro do procedimento global e complexo da formação de um contrato já em curso.³³

Como já ficou demonstrado, não obstante a decisão de contratar e a decisão de escolha do procedimento, na maioria das vezes, correspondem, *formalmente*, a um único ato, que podemos definir como *plural*, correspondem a duas realidades autónomas entre si, *ao nível material*. Tal como expõe MIGUEL ASSIS RAIMUNDO³⁴, a decisão de contratar “é conceptualmente autónoma daquela outra na qual se escolhe o procedimento pré-contratual aplicável, ainda quando ambas, «documentalmente», constem do mesmo suporte e sejam contemporâneas”.³⁵

A escolha por parte da entidade adjudicante do procedimento pré-contratual a levar a cabo terá de recair num dos tipos de procedimento de adjudicação que se encontram elencados no n.º 1, do artigo 16.º, do CCP. São eles: o ajuste direto (regime simplificado ou regime normal), a consulta prévia, o concurso público (normal ou urgente), o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação, o diálogo concorrencial, e, ainda, a parceria para a inovação.³⁶

³³ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., p. 496.

³⁴ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, op. cit., p. 780.

³⁵ No mesmo sentido, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso*, op. cit., p. 138; DÉBORA MELO FERNANDES, *A decisão*, op. cit., pp. 328 e 329.

³⁶ Para melhor análise dos tipos de procedimento pré-contratuais, ver PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., pp. 497 e ss; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito*, op. cit., pp. 343 e ss; GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 138 a 144.

ii) Artigos 5.º e 16.º do CCP: a sujeição à concorrência

Antes de mais, cabe-nos assinalar uma importante regra que resulta da primeira parte, n.º 1, do artigo 16, do CCP. Ora, aquele normativo elenca os tipos de procedimentos que as entidades adjudicantes podem (e devem) adotar “para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado”.³⁷ Assim, esta disposição levanta a questão fulcral do que em que se traduz as “prestações submetidas à concorrência de mercado”, uma vez que faz depender desta qualificação a aplicação dos referidos procedimentos. Ora, este artigo, *a contrario sensu*, determina que não serão sujeitos a um procedimento pré-contratual, ou por outras palavras, à Parte II do CCP, os contratos cujo objeto não seja suscetível de estar submetido à concorrência.³⁸ Portanto, neste contexto, coloca-se a questão: *mas que tipo de contratos não estarão sujeitos à concorrência de mercado?*

Nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS³⁹, só estão abrangidos na previsão do n.º 1, do artigo 16.º, do CCP, “os contratos em que a administração figure como credora de uma prestação que possa ser efetuada por uma pluralidade de entidades, ou como devedora de uma prestação para a qual possa existir uma pluralidade de interessados; ou seja, aqueles em que o procedimento pré-contratual deve ser funcionalizado aos objetivos de minimização das despesas e/ou de maximização das receitas da administração”.

No mesmo sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ advoga que a delimitação do âmbito da Parte II do CCP “pressupõe que aí se enquadrem todas as situações em que entre os particulares em condições de oferecer os bens ou serviços (os potenciais co-contratantes) se verifique uma concorrência; ou, dito de outra forma, integrar-se-ão na previsão do legislador todos aqueles contratos cujas prestações (pela sua natureza, características ou posição relativa das partes) suscitem entre os potenciais co-contratantes que as oferecem à Administração uma «competição» própria da concorrência de mercado.”⁴⁰

³⁷ Cfr. n.º 1, do artigo 16.º, do CCP.

³⁸ Daí que, *a contrario sensu*, nos termos do artigo 1.º, do CCP, apenas são de qualificar como contratos públicos, portanto, sujeitos aos procedimentos de formação pré-contratual previstos na Parte II, do Código, aqueles cujas prestações tenham índole concorrencial.

³⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito*, op. cit., p. 341

⁴⁰ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Contrato público e domínio público – Os contratos sobre o domínio público à luz do Código dos Contratos Públicos e da nova legislação sobre o domínio público”, *Estudos de Contratação Pública – I*, org. Pedro Costa Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, p. 848.

Para o efeito, cumpre trazer à colação o regime previsto no n.º 1, do artigo 5.º, que, em conjunto com os artigos 5.º-A e 5.º-B, todos do CCP, estabelecem o regime da contratação excluída⁴¹. Ora, este normativo “delimita (pela positiva) o alcance dos procedimentos pré-contratuais de direito público, na medida em que esclarece qual é a *raison d’être* primária do Direito de Contratação Pública: a promoção da concorrência de mercado.”⁴² De acordo com o disposto neste artigo, “a Parte II não é aplicável à formação de contratos cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua formação.”⁴³ Pelo, e tal como assinala MIGUEL ASSIS RAIMUNDO⁴⁴, tratam-se de situações em que “uma vez definida a necessidade da satisfazer por via de contrato, estejam já definidas, também, as partes do contrato, sem que possa existir interposição da concorrência, que poderia ter como consequência a não satisfação do interesse que se visa prosseguir”.

Concomitantemente, devemos fazer uma leitura paralela deste normativo com o disposto no n.º 2, do artigo 16.º⁴⁵, uma vez que este enumera, mesmo que de forma meramente exemplificativa, os tipos de prestações que tipicamente se consideram submetidas à concorrência de mercado e, portanto, sujeitos à Parte II do CCP. Nesta medida, “se, por um lado, a lei reconhece que os procedimentos de contratação pública não têm vocação para aplicação à formação dos contratos cujas prestações são insuscetíveis de serem submetidas à concorrência, também adverte, por outro lado, que considera que certos *tipos contratuais* apresentam tal vocação concorrencial, pelo que pressupõem, pelo menos em princípio, a sua sujeição a algum procedimento de contratação pública.”⁴⁶ Assim sendo, o legislador, pretendeu, com este elenco, do n.º 2, do artigo 16.º, do CCP, colocar algumas prestações, tipicamente de natureza concorrencial, “sob suspeita”. Evidentemente que com isto com se criou uma

⁴¹ Sobre esta temática. ver MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “As «Exceções» da Contratação Pública e da Concorrência”, *Contratação Pública e Concorrência*, org. de Cláudia Trabuço e Vera Eiró, Almedina, 2013, pp. 117 e ss.

⁴² PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume I, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 137.

⁴³ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos contratos públicos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 100.

⁴⁴ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação*, op. cit., p. 637.

⁴⁵ “Para os efeitos do disposto no número anterior, consideram-se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza: a) Empreitada de obras públicas; b) Concessão de obras públicas; c) Concessão de serviços públicos; d) Locação ou aquisição de bens móveis; e) Aquisição de serviços; f) Sociedade.”

⁴⁶ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito*, op. cit. p. 140.

presunção ilidível de aplicação dos procedimentos de contratação pública para qualquer contrato que se enquadre nos tipos de prestações previstos neste normativo.

Vejamos: tal como sustenta PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ⁴⁷, “com a redação adotada para o n.º 1 do artigo 5.º, a lei é clara ao demonstrar que se não basta a verificação de que a prestação *não está sujeita à concorrência de mercado*, exige, além disso, que ela não seja sequer *suscetível de estar submetida* à concorrência de mercado – independentemente da concorrência concreta que se verifique em cada momento. Isto é, ainda que se verifique num dado momento que não existe concorrência para a realização de uma determinada prestação, requer-se, além disso, demonstrar que *nunca, em caso algum*, essa concorrência poderia vir a existir; que portanto, ela não pode existir e é *insuscetível* de vir a existir no futuro.”⁴⁸ Todavia, mesmo que a prestação em causa seja *suscetível* e *subsumível* ao regime de contratação pública, por estar sujeita à concorrência, fica excluída da aplicação daquele regime se se encontrar preenchida uma das exceções referidas na parte final do n.º 1, do artigo 5.º. Assim, o CCP estabelece uma ressalva a esta regra, porquanto, em certas situações, apesar de, abstratamente, a prestação se mostrar passível de sujeição à concorrência de mercado, “*em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua formação*”,⁴⁹ é admissível que assim deixe de ser considerada.⁵⁰ Desta forma, são excluídos do âmbito de incidência do CCP os contratos que, apesar de possuírem um interesse concorrencial, por proporcionarem um benefício económico, não podem ser submetidos à concorrência de mercado, em razão, da sua (i) natureza, (ii) das suas características, (iii) da posição relativa das partes ou (iv) do contexto da sua formação.^{51 52} Conclui-se, portanto, que, para que se verifique uma determinada prestação não se encontra sujeita à concorrência, é necessário realizar uma “análise casuística do próprio objeto do

⁴⁷ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito*, op. cit., pp. 138 e 139.

⁴⁸ No mesmo sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito*, op. cit., p. 341.

⁴⁹ Redação do art. 5.º, n.º 1, CCP.

⁵⁰ Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, op. cit., p. 145.

⁵¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., pp. 286 e 287.

⁵² De salientar que, não obstante a exclusão de certas prestações da aplicação da Parte II, do CCP, é importante não olvidar o disposto no n.º 1, do artigo 5.º-B, do mesmo diploma, que determina a sujeição destas aos princípios gerais da atividade administrativa, bem como, com as devidas alteações em razão da natureza do contrato, aos princípios gerais da contratação pública, previstos no n.º1, do artigo 1.º-A, também do CCP. Para aprofundar mais sobre esta matéria, ver PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit. pp. 339 e ss, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A revisão do Código dos Contratos Públicos – Avanço ou retrocesso na promoção da concorrência?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 125, 2017.

contrato e da densidade das condições contratuais inscritas no caderno de encargos”.⁵³ Pelo que, deste modo, podemos concluir que, “a identificação do tipo de contrato constitui, por isso, um dos critérios basilares para o recorte da condição negativa de aplicabilidade do regime de contratação pública prevista no n.º 1 do artigo 5.º do CCP.”⁵⁴

Por outro lado, do n.º 1 do artigo 16.º do CCP, “estabelece o princípio da tipicidade procedimental que contém uma dupla vertente de unicidade; para proceder à contratação pública, as entidades adjudicantes têm de adotar apenas um procedimento e, por outro lado, só podem adotar um dos tipos de procedimento previstos do preceito, com exclusão de qualquer outro.”⁵⁵ Neste sentido, “o princípio da tipicidade procedimental obsta à criação, pelas entidades adjudicantes, de espécies procedimentais novas ou regimes mistos, não sendo admitida a introdução de subprocedimentos ou de fases não previstas na tramitação estabelecida no CCP, por a tal obstar o princípio do formalismo procedimental ou da adequação formal da tramitação.”⁵⁶

Posto isto, e concluindo que, *in casu*, a prestação cujo contrato se pretende realizar é suscetível e subsumível à concorrência de mercado, terá a entidade adjudicante, tal como anteriormente referimos, de optar por um dos tipos de procedimento legalmente previstos, porquanto tal procedimento pré-contratual ficará sujeito à Parte II do CCP. Todavia, não estamos perante uma liberdade de conformação do procedimento de adjudicação⁵⁷, uma vez que a entidade terá que respeitar as regras previstas no Código, nomeadamente, nos seus artigos 17.º e a 33.º. Do mesmo modo, e sem prescindir, é de ter em atenção que, com alguma frequência, são definidas regras especiais de contratação pública em legislação avulsa, como, por exemplo, nos diplomas de execução do orçamento de Estado, de periodicidade anual.

⁵³ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito*, op. cit., p.142.

⁵⁴ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito*, op. cit., p.140.

⁵⁵ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código*, op. cit., p. 95.

⁵⁶ Acórdão do STA, de 26/01/2017, Proc. n.º 01213/16, Relator Teresa de Sousa.

⁵⁷ Noutra perspetiva, a entidade adjudicante encontra-se restringida pela prática de tarefas que lhe são incumbidas, nomeadamente, a prossecução da eficiência e sustentabilidade na satisfação das necessidades sentidas pela Administração Pública, uma vez que seria pouco eficiente e eficaz adotar procedimentos morosos e dispendiosos para adjudicar os respetivos contratos; e, ainda, pelo respeito pelos princípios gerais de contratação pública, nomeadamente, o princípio da concorrência, porquanto, tal como salienta PEDRO COSTA GONÇALVES, “o objetivo igualitário do princípio da concorrência não consiste em igualizar os concorrentes ou os seus poderes de oferta, mas apenas em igualizar as respetivas condições de participação” – PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Direito Público e Regulação, n.º 8, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 435; ainda, neste domínio, ver MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso*, op. cit., p. 386; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, op. cit., p. 712.

iii) Critérios para a escolha do procedimento pré-contratual

A escolha do procedimento pré-concursal é determinada em função de quatro critérios, a saber: do valor estimado do contrato; de critérios materiais; do tipo de contrato e da entidade adjudicante.⁵⁸ Neste domínio, pode-se definir o artigo 18.º, do CCP, como um dos artigos mais importantes na fase de escolha do procedimento, porquanto a adoção pela entidade adjudicante de um tipo de procedimento pré-contratual é uma questão meritória, já que, “(i) representa uma tentativa de equilíbrio entre o interesse público e a concorrência” e (ii) a opção adotada pode configurar, *ab initio*, o afastamento de uma pluralidade de interessados em outorgar contratos públicos.”⁵⁹

De ressaltar, ainda, a imposição normativa consagrada no artigo 38.º, do CCP, ao exigir à entidade adjudicante que justifique a escolha do procedimento, que deve ser escrutinada à luz dos princípios fundamentais da contratação pública. Uma vez que a escolha do procedimento pré-contratual pode pôr em causa os princípios gerais da contratação pública, nomeadamente, o princípio da igualdade de tratamento, o princípio da transparência e o princípio da concorrência, é de extrema importância que esta decisão seja devidamente fundamentada. Como refere MARIA JOÃO ESTORNINHO, “trata-se de saber quais as regras que a entidade adjudicante está obrigada a observar, a fim de garantir que a escolha daquele com qual vai celebrar o contrato é a mais adequada da perspetiva da prossecução do interesse público, garantindo-se também a observância de princípios tais como o da imparcialidade ou o da concorrência”.⁶⁰

TÍTULO III - EM ESPECIAL, A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO PARA AQUISIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Já referimos que entidade adjudicante inicia o procedimento concursal, com vista à celebração de um contrato, quando reconhece a existência de uma necessidade de interesse público que carece de ser suprida. Em função da necessidade concreta que se impõe, a entidade vai definir, em primeiro lugar, o objeto do contrato que visa celebrar. Será, então, em função

⁵⁸ Sobre os procedimentos pré-contratuais, ver JOÃO FILIPE GRAÇA, “A escolha dos procedimentos pré-contratuais no Código dos Contratos Públicos revisto”, *Comentários*, op. cit., pp. 343 e ss. Ver, ainda. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso*, op. cit., pp. 377 a 393.

⁵⁹ JOÃO FILIPE GRAÇA, “A escolha”, op. cit., p. 351.

⁶⁰ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso*, op. cit., p. 386. No mesmo sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, op. cit., pp. 780 e ss.

do objeto que outras decisões que também lhe cabem, como o valor (estimado) do contrato⁶¹ e a escolha do procedimento, vão ser tomadas. Portanto, entendendo que é indispensável, no caso concreto, a aquisição de serviços, a entidade adjudicante irá moldar o procedimento pré-contratual, e, por sua vez, o próprio contrato⁶², em razão daquele objeto. Estando em causa a aquisição de prestação de serviços, a entidade adjudicante terá que ter em consideração alguns aspetos para a adoção do procedimento pré-contratual adequado.

Determina o artigo 18.º, que, sem prejuízo do disposto nos Capítulos III (escolha do procedimento em função de critérios materiais) e IV (outras regras de escolha do procedimento), do Título I, da Parte II, a escolha dos procedimentos de ajuste direto, de consulta prévia, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação deve ser feita tendo por base o valor do contrato a celebrar, nos termos do disposto nos artigos 19.º a 22.º, bem como dos n.ºs 2 e 3, do artigo 32.º, todos do CCP.

Nesta medida, é possível avançar que um dos elementos primários a ser definido, no âmbito da tomada da decisão de contratar, será o valor (estimado) do contrato. Isto porque é em função do valor do mesmo que a entidade adjudicante irá optar por um dos procedimentos pré-contratuais. Vejamos: (i) só é possível recorrer ao *ajuste direto*, para aquisição de serviços, caso o contrato seja de valor inferior a EUR. 20.000,00, nos termos da alínea d), do n.º 1, do artigo 20.º; (ii) no caso da *consulta prévia*, o limite para aquisição deste objeto contratual, será EUR. 75.000,00, de acordo com alínea c), do n.º 1, do artigo 20.º; (iii) relativamente aos procedimentos de *concurso público* e de *concurso limitado por prévia qualificação* dependerá se houver lugar ou não à publicação do concurso no JOUE, na medida em que, se houver, o contrato poderá assumir qualquer valor, se não, a entidade só poderá adotar este tipo de procedimentos quando o valor do contrato seja abaixo dos limiares europeus⁶³, nos termos das alíneas a) e b), do n.º 1, do artigo 20.º, todos do CCP.

⁶¹ Apesar de o normativo fazer referência a *valor do contrato*, crê-se que, e tal como defende PEDRO COSTA GONÇALVES, tornou-se claro após a revisão de 2017 que o que está em causa será, na verdade, o *valor estimado do contrato*. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., p. 512. Sobre este tema, ver, ainda TIAGO MASCARENHAS, “Os dois valores do contrato público : uma proposta de interpretação do artigo 17.º do CCP após a revisão de 2017”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 20, CEDRIPRE, (abril 2019), pp. 61 a 90, PEDRO MATIAS PEREIRA/RUI MESQUITA GUIMARÃES, “O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português”, *Revista de Contratos Públicos*, ano 3, n.º 5, Belo Horizonte (março-agosto 2014), pp. 157 a 177, disponível online em <https://www.telles.pt/xms/files/migrated/2015/03/valor-do-contrato-no-CCP-portugueU0302s.pdf> (última vez acedido a 19/08/2021).

⁶² O artigo 450.º, do CCP, define contrato de aquisição de serviços como “o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço.”

⁶³ Os Regulamentos Delegados (UE) n.º 2019/1827, 2019/1828, 2019/1829 e 2019/1830, aprovados pela Comissão Europeia no dia 30 de outubro de 2019, procederam à alteração das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE,

Não obstante, o Capítulo III, do Título II, do CCP, estabelece em que circunstâncias a entidade adjudicante poderá proceder à escolha do procedimento pré-contratual, *independentemente do valor do contrato*, “sem prejuízo das exceções expressamente previstas” (artigo 23.º, do CCP). Cabe, então, analisar o disposto no artigo 24.º, que estabelece as regras da escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos. Segundo este normativo, a entidade adjudicante pode recorrer ao *ajuste direto*⁶⁴, qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, bem como o seu valor, no caso de (i) ausência de candidaturas ou propostas em procedimentos de concurso (“concursos desertos”); (ii) exclusão de todas as propostas em anterior procedimento de concurso ou concurso limitado por prévia qualificação; (iii) motivos de urgência imperiosa; (iv) se trate de contratos para permitir a prestação de serviços de telecomunicações; e, ainda, (v) as prestações do contrato só podem ser efetuadas por uma determinada entidade.

Por outro lado, para além dos casos previstos no artigo 24.º, a entidade adjudicante pode ainda recorrer ao *ajuste direto*⁶⁵ para a aquisição de serviços, independentemente do valor do contrato, nos casos previstos no artigo 27.º, do CCP.⁶⁶ Ora, “sem prejuízo do disposto no artigo 24.º, no caso de contratos de aquisição de serviços, pode adotar-se o ajuste direto quando”: (i) se pretende adquirir serviços similares a serviços contratados previamente; (ii) seja impossível definir critérios de comparação das propostas, em função da sua natureza; (iii) se pretende adquirir serviços relativos a contratos sobre imóveis; (iv) se trate da aquisição de serviços de arbitragem, conciliação ou mediação; (v) se pretenda adquirir serviços de investigação e desenvolvimento; (vi) se vise a aquisição de serviços na sequência de um concurso de conceção; (vii) se trate de serviços adquiridos ao abrigo de acordos-quadro; e, por fim, (viii) se trate de serviços adquiridos em condições especialmente vantajosas.

2014/25/UE e 2014/81/UE, em matéria de limiares de contratação pública, a fim de dar cumprimento ao Protocolo que altera o Acordo sobre Contratos Públicos celebrado no quadro da Organização Mundial do Comércio. Foram revistos os limiares europeus para efeitos de publicitação obrigatória de anúncio no JOUE, tendo os novos limiares entrado em vigor no dia 1 de Janeiro de 2020, levando a uma atualização os montantes dos limiares europeus referidos no artigo 474.º, do CCP. Relativamente aos montantes previstos para a aquisição de serviços, o montante estabelecido é de EUR.139.000,00 e EUR.214.000,00, consoante o contrato seja adjudicado pelo Estado ou por outras entidades adjudicantes (cfr. alíneas b) e c), do n.º3, do artigo 474.º, do CCP).

⁶⁴ É de salientar uma das mais recentes alterações introduzidas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio ao CCP, nomeadamente, a revogação do artigo 27.º-A, que estatuiu a obrigatoriedade, nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, de adoção do procedimento de consulta prévia, mesmo que reunidos os pressupostos para a adoção do procedimento de ajuste direto, se o recurso a mais de uma entidade fosse possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção desse procedimento.

⁶⁵ Ver nota de rodapé 55.

⁶⁶ Para aprofundar sobre o tema, ver MÁRIO ESTVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA “*Concursos*”, op. cit., pp. 766 e ss.

Neste contexto, cabe, ainda, referir, a solução normativa plasmada no artigo 6.º-A⁶⁷, do CCP, para a *aquisição de serviços sociais e de outros serviços específicos*. O n.º 1, do mencionado artigo, estatui que a Parte II, do Código, não se aplica à formação de contratos públicos que tenham por objeto a aquisição de serviços sociais ou outros serviços específicos, mencionados no Anexo IV. Tratam-se, portanto, de contratos cujo objeto é a aquisição de serviços de saúde, serviços sociais, bem como outros serviços conexos, como, por exemplo, serviços hospitalares, de ação social, serviços de assistência ao domicílio, entre outros. Todavia, no caso de o valor de cada contrato ultrapassar os EUR. 750.000,00⁶⁸ (limiar previsto na alínea f), do n.º 3, do artigo 474.º, do CCP), estabelece a última parte daquele normativo que será aplicável a Parte II, com as devidas adaptações, nos termos do regime especial previsto nos artigos 250.º-A a 250.º-C. Por outras palavras, estes contratos ficarão sujeitos a um *regime simplificado de contratação*.⁶⁹

⁶⁷ Este artigo surge com a versão do CCP de 2017, aderindo, na sua integralidade, ao novo regime especial previsto na Diretiva 2014/24/UE, nomeadamente, nos seus artigos 74.º a 77.º. Ao contrário do que estabelecia a versão originária do CCP, que excluía os serviços sociais e outros serviços específicos, atualmente este tipo de serviços passam a estar previstos num artigo e sujeitos a um regime especial, ainda que ligeiro.

⁶⁸ No caso de se tratar de contratos celebrados por entidades que operem nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, nos termos do artigo 7.º, o limiar será de EUR. 1.000.000,00, de acordo com a alínea c), do n.º 4, do artigo 474.º, todos do CCP.

⁶⁹ Para aprofundar mais sobre este tema, ver DOMINGOS SOARES FARINHO, “Serviços sociais e outros serviços específicos: o Leopardo e o Ornitorrinco entre os três setores de atividade económica”, *Comentários*, op. cit., pp. 407 e ss. Ainda, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., pp. 326 e ss.

CAPÍTULO II – A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE REPRESENTAÇÃO JURÍDICA

TÍTULO I – A AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS POR ENTIDADES ADJUDICANTES AOS OLHOS DA LEGISLAÇÃO COMUNITÁRIA E NACIONAL

i) A aquisição de serviços jurídicos pelo Estado e demais entidades públicas no quadro normativo nacional

Encontra-se constitucionalmente previsto que “todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade”.⁷⁰ Nesta esteira, “o patrocínio judiciário consiste na representação e assistência técnica das partes por profissionais de foro que conduzem técnico-juridicamente o processo, mediante a prática de atos processuais adequados e respeitando as regras legais”⁷¹. É aos advogados que a lei confere estes poderes de representação, nos termos do n.º 1 e 3, do artigo 66.º, do EOA. Segundo o n.º 1, do artigo 12.º, da LOSJ, “o patrocínio forense por advogado constitui um elemento essencial na administração da justiça e é admissível em qualquer processo, não podendo ser impedido perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada.”

O patrocínio judiciário, é, em determinados casos, obrigatório. Uma dessas situações será perante os tribunais administrativos. Segundo o n.º 1, do artigo 11.º, do CPTA, sob a epígrafe *Patrocínio judiciário e representação em juízo*, “nos tribunais administrativos é obrigatória a constituição de mandatário, nos termos previstos no Código do Processo Civil, podendo as entidades públicas fazer-se patrocinar em todos os processos por advogado, solicitador ou licenciado em direito ou em solicitadoria com funções de apoio jurídico, sem prejuízo da possibilidade de representação do Estado pelo Ministério Público.”⁷². Assim, na eventualidade das referidas entidades figurarem como partes no âmbito de um processo

⁷⁰ Cfr. n.º 2, do artigo 20.º, da CRP. O artigo 20.º, da CRP consagra o princípio do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva. Sobre este aspeto, ver: GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra (2007), pp. 408 e 409; GUILHERME DA FONSECA, “A defesa dos direitos (Princípio geral da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 344, Lisboa (1985); PAULO BEZERRA, “O acesso aos direitos e à justiça: um direito fundamental”, *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 81, Coimbra (2005); MÁRIO RAPOSO, “O acesso ao Direito e a Ordem dos Advogados”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 37, (maio 1977).

⁷¹ Parecer nº 18/PP/2020-C, Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Coimbra, Relator António Sá Gonçalves.

⁷² Redação conferida pela alteração introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro.

administrativo, e verificando-se a inexistência ou insuficiência dos seus recursos internos para fazer cumprir a imposição resultante do n.º 1, do artigo 11.º, do CPTA, a lei permite que recorram à contratação externa, em particular, à contratação de serviços prestados por advogados, contanto que os requisitos que compõe o “teste da necessidade” se mostrem preenchidos.

No entanto, há que assinalar o novo paradigma operado pela entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 149/2017, de 6 de dezembro, que aprova a orgânica do Centro de Competências Jurídicas do Estado, comumente designado por «JurisAPP».

O «JurisAPP»⁷³ é o serviço central da administração direta do Estado que presta consultoria, assessoria e aconselhamento jurídicos a todos os membros do Governo, bem como assegura a representação⁷⁴ do Conselho de Ministros, do Primeiro-Ministro e de qualquer outro membro do Governo organicamente integrado na Presidência do Conselho de Ministros ou que beneficie dos respetivos serviços partilhados em juízo⁷⁵. Nesta medida, havendo necessidade por parte do Estado em fazer-se representar no âmbito de um processo administrativo, deve valer-se, em primeiro lugar, dos serviços jurídicos disponibilizados pelo «JurisAPP», apenas podendo recorrer ao MP⁷⁶ ou a outros profissionais nos casos em que este “centro de competências especializado” não tenha atribuição.⁷⁷

⁷³ O «JurisAPP» foi criado com base no Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros (CEJUR), que, subsequentemente, veio a substituir.

⁷⁴ Ao nível da representação em juízo, o «JurisAPP» tem competência para representar os membros do Governo nos processos relacionados com o exercício das suas funções; contudo, só representa o Primeiro-Ministro, o Conselho de Ministros ou qualquer membro do Governo integrado na Presidência do Conselho de Ministros ou que beneficie dos serviços partilhados desta, no âmbito de processos arbitrais.

⁷⁵ Artigos 1.º e 2.º, do Decreto-Lei n.º 149/2017, de 6 de dezembro.

⁷⁶ A Constituição da República Portuguesa determina, no n.º 1, do seu artigo 219.º, que compete ao Ministério Público representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar. Ver, nesta matéria, ALEXANDRA LEITÃO, “A Representação do Estado pelo Ministério Público nos Tribunais Administrativos”, *Revista Julgar*, n.º 20, Coimbra Editora, Coimbra (2013); SÉRVULO CORREIA, “A Representação das Pessoas Coletivas Públicas na Arbitragem Administrativa”, *Estudos de Direito de Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, (2015).

⁷⁷ Verifica-se, portanto, um “esvaziar-se” das competências atribuídas ao MP, no âmbito de representação e defesa dos interesses do Estado. Neste âmbito, destacamos a alteração introduzida no n.º 4, do artigo 25.º, do CPTA, pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, que passou a determinar, nos casos em que “seja demandado o Estado, ou na mesma ação sejam demandados diversos ministérios, a citação é dirigida *unicamente* ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua tramitação aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo.” (itálico nosso). Assim, tal como estabelece este normativo, quando seja demandado o Estado, a citação é, assim, dirigida unicamente ao «JurisAPP», a quem competirá decidir, em função da concreta configuração do caso, se a representação do Estado será assegurada pelo MP ou por outro profissional, expressamente designado para o efeito. Neste particular, ver: MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro”, *E-Pública Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 6 , nº 3 (dezembro 2019), disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v6n3a03.html> (última vez acedido em 28/08/2021) e Acórdãos do TCA Norte,

Para além destes desígnios, o artigo 18.º, do mencionado Decreto-Lei, vem estabelecer uma limitação à contratação externa de serviços jurídicos por organismos integrados na Administração direta e indireta do Estado. Segundo o n.º 1 deste normativo, a contratação externa de serviços jurídico pelas referidas entidades públicas só é possível se, cumulativamente, (i) os recursos humanos, tanto da própria entidade bem como os do «JurisAPP» forem inexistentes ou, *in casu*, se mostrarem insuficientes; e (ii) o recurso à contratação externa se apresentar como a modalidade mais apta à prossecução do interesse público. Consequentemente, a contratação deste tipo de serviços estará dependente de parecer prévio, obrigatório e vinculativo, a emitir pelo diretor do «JurisAPP», nos termos do n.º 2 e 3, do artigo 18.º, em que ateste o preenchimento daqueles pressupostos. Ressalva-se o disposto no n.º 4, do mesmo artigo, que introduz uma exceção: não fica dependente da emissão de parecer prévio (i) *a contratação de serviços jurídicos externos cujo objeto seja o patrocínio judiciário*, (ii) a contratação externa de serviços jurídicos por parte do sector empresarial do Estado e (iii) a contratação externa de serviços jurídicos pelos serviços periféricos externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Sem prescindir, relativamente às duas primeiras hipóteses, a contratação deve ser comunicada, no prazo de 10 dias, ao diretor do «JurisAPP», que procede ao respetivo registo.

Em suma, através da criação deste “centro de competência especializado” permitiu ao Governo centralizar o *outsourcing* jurídico dos serviços públicos, na medida em que as entidades públicas passaram a ter de pedir um parecer prévio antes de avançarem com a contratação externa de serviços jurídicos, e, no caso da aquisição de serviços de patrocínio judiciário, de comunicar ao «JurisAPP», na pessoa do seu diretor, o contrato que visam celebrar, para que seja objeto de registo.

Se esta opção legislativa denuncia, por um lado, uma restrição ao recurso da contratação externa de serviços jurídicos, por outro, revela um propósito de intensificar a necessidade de fundamentação da sua escolha, por parte da entidade pública, já que se trata de um campo assente na prossecução do interesse público. Portanto, “a Administração Pública (AP) não pode – *de per se* – decidir externalizar o serviço, deverá demonstrar, de forma clara e inequívoca, essa necessidade. O ónus de fundamentação do recuso a entidade externa – *outsourcing* – para

de 09/04/2021, Proc. n.º 00240/20.6BEPNF-S1, Relator Luís Miguéis Garcia, do TCA Norte, de 03/07/2020, Proc. n.º 00902/19.2BEPNF-S1, Relator Helena Canelas, TCA Sul, de 21/01/2021, Proc. n.º 221/20.0BELSB-S1, Relator Ricardo Ferreira Leite.

a satisfação de determinada necessidade (no caso, serviços jurídicos) deverá ser objetivo e densificado, revestindo uma fundamentação de natureza qualificada.”⁷⁸

Esta *fundamentação especialmente qualificada*⁷⁹ para a contratação de serviços jurídicos encontra-se igualmente patente nas disposições das sucessivas Leis do Orçamento de Estado que, por norma, todos dos anos contém preceitos que regulam a aquisição de serviços jurídicos pelas entidades públicas. Ora, a Lei n.º 75-B/2020, de 31 de Dezembro, que aprova o Orçamento do Estado para 2021, no n.º 1, do seu artigo 71.º, estabelece que “os estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria, bem como quaisquer trabalhos especializados e a representação judiciária e mandato forense, devem ser realizados por via dos recursos próprios das entidades contratantes.” Ainda, o n.º 2 estipula que “a decisão de contratar a aquisição de serviços cujo objeto sejam estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria ou outros trabalhos especializados, (...) apenas pode ser tomada (...), em situações excepcionais devidamente fundamentadas, e desde que demonstrada a impossibilidade de satisfação das necessidades por via de recursos próprios da entidade contratante e após autorização do membro do Governo da área setorial.” Além do mais, este normativo faz referência à obrigatoriedade do recurso aos serviços disponibilizados pelo «JurisAPP», bem como da necessidade de emissão do parecer prévio, nos termos já expostos, para a aquisição de serviços jurídicos⁸⁰ (excluindo deste elenco o patrocínio judiciário, nos termos do n.º 4, do artigo 18.º, do Decreto-Lei n.º 149/2017, de 6 de dezembro, como já vimos).⁸¹

Nesta medida, torna-se evidente a enorme relevância que a fundamentação da decisão de recorrer à contratação de serviços desta natureza assume. Parece-nos que, apesar do que dispõe o CPA (nomeadamente no seu artigo 152.º), existe, em matéria de aquisição de serviços

⁷⁸ FERNANDO PEDROSO, “As vantagens do ajuste direto e os respetivos perigos – Em especial, os serviços de assessoria jurídica e representação judiciária”, *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 28, AEDREL, (2020), p. 64.

⁷⁹ O n.º 1, do artigo 36.º, do CCP, determina expressamente que a decisão de contratar deve ser fundamentada. Ora, esta exigência não se trata uma inovação do legislador, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, tal como advoga RAQUEL CARVALHO, uma vez que a necessidade de fundamentação já é contemporânea do ato administrativo subjacente à decisão de contratar, tal como dispõe o artigo 152.º, do CPA – RAQUEL CARVALHO, “A exigência de fundamentação”, op. cit. p. 64.; no mesmo sentido, FERNANDO PEDROSO, “As vantagens”, op. cit., nota de rodapé n.º 7, pp. 64 e 65. No entanto, esta opção legislativa torna clara a importância da fundamentação do ato de decisão de contratar externamente, porquanto pressupõe a existência de interesses públicos a satisfazer.

⁸⁰ Cfr. n.ºs 3 e 4, do artigo 71.º, da LOE 2021.

⁸¹ É de sublinhar que, relativamente ao setor local, esta imposição de recurso aos serviços da «JurisAPP» não é aplicável, de acordo com o disposto no artigo 73.º, da LOE 2021, por inexistência de redação idêntica. Todavia, não fica dispensado o dever de fundamentação da decisão de contratar externamente, ao invés de recorrer aos recursos internos.

jurídicos, um “ônus” de fundamentação reforçado, sendo que o legislador adotou uma posição mais comedida no que toca à contratação de patrocínio judiciário.

ii) A aquisição de serviços jurídicos à luz do Direito Comunitário: o artigo 10.º da Diretiva 2014/24/UE

Em 2014 operou-se uma reforma, ao nível europeu, no âmbito do direito da contratação pública, com a aprovação de três novas diretivas que vieram regular as matérias das concessões e dos contratos públicos – a Diretiva 2013/23/UE relativa às concessões de obras públicas e de serviços, a Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos (contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços) e, por último, a Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam em setores especiais (água, da energia, dos transportes e dos serviços postais).

A Diretiva 2014/24/UE, sobre a qual nos iremos debruçar, delimita o seu próprio campo de aplicação nos termos previstos no seu Capítulo I. Em particular, de acordo com os seus artigos 1.º e 4.º, a Diretiva aplica-se à aquisição, mediante contrato público, de serviços, por uma ou mais autoridades adjudicantes, a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente de se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público, e cujo valor seja igual ou superior a Eur.135.000,00⁸², se adjudicado pelas autoridades governamentais centrais, ou Eur.209.000,00, por autoridades adjudicantes subcentrais, ou, ainda, Eur.750.000,00, no caso de se tratar de da aquisição de serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no Anexo XIV.

Todavia, a Diretiva estabeleceu algumas exceções à sua aplicação.

No Considerando 25, a Diretiva reconhece que “alguns serviços jurídicos são efetuados por prestadores de serviços designados por um tribunal de um Estado-Membro, *implicam a atuação de advogados em representação de clientes numa ação judicial*, são obrigatoriamente prestados por notários ou estão ligados ao exercício da autoridade pública. *Tais serviços*

⁸² Através do Regulamento Delegado (EU) 2019/1827 (referente aos contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas), do Regulamento Delegado (EU) 2019/1828 (Referente aos contratos públicos de empreitada de obras públicas, de fornecimentos de bens, de prestação de serviços e de concursos de conceção), e do Regulamento Delegado (UE) 2019/1829 (referente aos contratos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais), todos da Comissão Europeia, datados de 30 de outubro de 2019, foram alterados os referidos limiares europeus, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2020.

jurídicos, habitualmente prestados por pessoas ou organismos designados ou selecionados de um modo que não pode estar sujeito a regras de contratação pública, como por exemplo no caso da designação dos Procuradores-Gerais em determinados Estados-Membros. Esses serviços jurídicos deverão por conseguinte ficar excluídos do âmbito de aplicação da presente diretiva.” (itálico nosso).

Portanto, o legislador comunitário foi claro no que toca à exclusão da aquisição por entidades públicas de certos serviços jurídicos do âmbito de aplicação da Diretiva⁸³, uma vez que, na maior parte das vezes, trata-se de serviços prestados por pessoas ou organismos selecionados de uma forma que não pode estar sujeita às regras de contratação pública, principalmente, às regras de concorrência.

Neste sentido, estabeleceu na alínea d), do artigo 10.º da Diretiva, que certos serviços jurídicos se encontram excluídos do seu âmbito de aplicação. Nos termos desta alínea, ficam excluídos (i) a representação de um cliente por um advogado⁸⁴; (ii) o aconselhamento jurídico⁸⁵; bem como (iii) os serviços de certificação e autenticação de documentos, (iv) os serviços jurídicos prestados por administradores, tutores ou outros prestadores designados pelo Tribunal do Estado-Membro ou pela sua lei nacional, e ainda (v) os serviços jurídicos que estejam ligados à autoridade pública. Assim sendo, “(...) os desígnios do legislador comunitário se afiguram particularmente claros: tendo este concluído pela inviabilidade de submeter determinados

⁸³ A Diretiva 2014/21/UE veio estabelecer, nesta matéria, uma novidade, comparando com a solução legislativa adotada pela revogada Diretiva 2004/18/CE. Nos termos do artigo 21.º da Diretiva 2004/18/CE, os contratos que tivessem por objeto os serviços referidos no anexo II B (no qual se incluía os serviços jurídicos) apenas estariam parcialmente submetidos à aplicação da Diretiva, nomeadamente, ao disposto no seu artigo 23.º e ao n.º 4, do seu artigo 35.º. O legislador comunitário pretendia, portanto, que as entidades adjudicantes não se sentissem legitimadas a adotar procedimento fechados, ao nível da concorrência, mas antes pelo contrário, que adotassem procedimentos abertos, de forma a garantir a transparência e eliminar formas de discriminação. Todavia, o legislador já reconhecia as particularidades que este tipo de serviços comportam e que justificavam a forma especial com que a entidade adjudicante apreciava as propostas. Salientamos, nesta matéria, a posição defendida pelo TJUE, no ponto n.º 43 do Acórdão Strong v. Município de Sintra (de 17-03-2011 – Processo C-95/10), onde afirmou que “(...) nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, os contratos relativos a serviços constantes do anexo II B da Diretiva 2004/18 têm uma natureza específica (acórdão Comissão/Irlanda, já referido, n.º 25). Assim, pelo menos alguns desses serviços têm características particulares que justificam que a entidade adjudicante considere, de modo personalizado e específico, as propostas individuais dos candidatos. É o caso, por exemplo, dos «serviços jurídicos», (...)”.

⁸⁴ “(...) numa arbitragem ou conciliação realizada num Estado-Membro ou num país terceiro ou perante uma instância internacional de arbitragem ou conciliação, ou em processos judiciais perante os tribunais ou autoridades públicas de um Estado-Membro ou de um país terceiro ou perante tribunais ou instituições internacionais.” – Cfr. subalínea i), da alínea d), do artigo 10.º, da Diretiva 2014/24/UE.

⁸⁵ “(...) apenas se prestado em preparação de qualquer dos processos referidos na subalínea i) da presente alínea, ou quando haja indícios concretos e uma grande probabilidade de a questão à qual o aconselhamento diz respeito se tornar o objeto desses processos, desde que o aconselhamento seja prestado por um advogado, na aceção do artigo 1.º da Diretiva 77/249/CEE” – Cfr. subalínea ii), da alínea d), do artigo 10.º, da Diretiva 2014/24/UE.

serviços jurídicos (onde se incluem os serviços de representação jurídica, isto é, a representação da entidade adjudicante em juízo) a um procedimento regulado pelas normas previstas na diretiva de contratação pública – ora em função das suas características, ora pela diversidade de regulamentação nacional em seu redor –, optou por determinadas a sua exclusão.”⁸⁶

Acresce ainda que se encontram excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva os serviços de arbitragem e conciliação, nos termos da alínea c), do seu artigo 10.º e do Considerando 24.

Dúvidas não restam que foi (e é a) intenção do legislador da União Europeia em excluir a contratação de certos serviços jurídicos, por entidades adjudicantes, do âmbito de aplicação da Diretiva, uma vez que se traduzem em serviços dotado de uma *natureza pessoalíssima*, e que, portanto, em função da confiança pessoal que implicam, não se encontram sujeitos à concorrência, mesmo que assumam um interesse transfronteiriço certo, em abstrato, uma vez que a forma de escolha dos profissionais para prestarem este tipo de serviços não é compatível com as regras do mercado.⁸⁷

Acresce ainda o facto de que o legislador comunitário decidiu distinguir os serviços jurídicos mencionados nas alíneas c) e d), do artigo 10.º, daqueles constantes no Anexo XIV (a que se refere o artigo 74.º, da Diretiva), que são submetidos a um procedimento contratual abreviado, desde que assumam um valor ou superior a Eur. 750.000,00, montante a partir do qual já se reconhece que possa existir um interesse transfronteiriço certo. Deste modo, a adjudicação de contratos relativos aos serviços enumerados no Anexo XIV faz-se fora do âmbito de aplicação da Diretiva, a menos que o seu valor seja igual ou superior do montante previsto na alínea d), do artigo 4.º (Eur.750.000,00), situação em que se irá aplicar o regime simplificado resultante do Capítulo I, do Título III, da Diretiva (artigos 74.º a 77.º).

O Anexo XIV inclui também na sua listagem os serviços jurídicos que não sejam expressamente excluídos pelas alíneas c) e d), artigo 10.º, da Diretiva. Neste sentido, estabelece

⁸⁶ JOSÉ PINTO DE ALMEIDA/RICARDO MAIA MAGALHÃES/ANA FILIPA URBANO, “Um caso de ajuste direto por razões materiais que o tribunal sufragou: em especial, a aquisição de serviços de representação jurídica”, *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 22, Braga, (Abril-Junho 2019), p. 37.

⁸⁷ Neste sentido, JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNANDÉZ SANCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública*, (agosto 2016), pp. 26 e ss., disponível em https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojeto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf (última vez acedido em 31/08/2021).

o Considerando 116 que “(...) determinados serviços jurídicos dizem exclusivamente respeito a questões de mero direito nacional, sendo em geral oferecidos apenas por operadores localizados no Estado-Membro em causa e tendo por isso também uma dimensão transfronteira limitada. Por conseguinte, os referidos serviços apenas deverão ser abrangidos pelo regime simplificado a partir de um limiar de 750.000 EUR. Os grandes contratos de serviços jurídicos superiores a este limiar podem revestir-se de interesse para vários operadores económicos, designadamente gabinetes jurídicos internacionais, também a nível transfronteiras, em particular quando envolvam questões jurídicas que decorram ou surjam no contexto do direito da União ou do direito internacional, ou que impliquem mais de um país.” Trata-se de serviços jurídicos de *natureza pessoal mitigada*, na medida em que “aconselham a dispensa de concorrência, mas não são incompatíveis com a sua abertura ao mercado no caso de contratos dotados de um valor suficientemente elevado para despertar um «interesse transfronteiriço certo.»”

Nesta medida, a estratégia do legislador comunitário, em matéria de regulação da aquisição de serviços jurídicos, passou pela adoção de regras certas, clara e “matematicamente delimitáveis”. Por um lado, fixou, nas alíneas c) e d), do artigo 10.º, da Diretiva 2014/24/UE, o elenco de contratos dotados de uma *natureza pessoalíssima* que dispensam sempre, independentemente do respetivo valor, a adoção de um procedimento concorrencial, entre os quais se encontram os serviços de arbitragem e conciliação, os serviços de patrocínio judiciário ou de assessoria e aconselhamento que sejam diretamente conexos com estes. Por outro lado, estabeleceu um limiar quantitativo certo para o segundo conjunto de contratos que, tendo uma *natureza pessoal mitigada*, preconizam a dispensa de concorrência, mas não são incompatíveis com a sua abertura ao mercado, no caso de contratos que assumam de um valor suficientemente elevado para despertar um interesse transfronteiriço - o limiar de Eur.750.000,00, previsto na alínea d), do artigo 4.º, da Diretiva 2014/24/UE.⁸⁸

Portanto, e relativamente à contratação de serviços jurídicos, “conclui-se que o legislador comunitário exclui, sem sombra de dúvida, os serviços jurídicos constantes da alínea d) do art. 10.º (v.g. patrocínio judiciário, aconselhamento jurídico no âmbito desses mesmos

⁸⁸ Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alterações no âmbito de aplicação do regime de Contratação Pública à luz do anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Atas da Conferência - A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins, Edição ICJP/CIDP, Lisboa (2016), disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf (última vez acedido a 30/08/2021).

processos, certificação e autenticação de documentos que devam ser efetuados por notários) daqueles constantes do Anexo XIV, mas deixando uma margem de manobra aos Estados-Membros para internamente definirem as regras de regulação destes contratos”.⁸⁹ Assim, o Direito da União Europeia apartou de si a função de regular a formação deste tipo de contratos, e deixou nas mãos dos legisladores nacionais a liberdade para estabelecer os termos da respetiva formação.

iii) A posição da jurisprudência comunitária: o Acórdão do TJUE de 06 de junho de 2019, no Processo C-264/18, *P.M. N.G.d.M., P.V.d.S. vs Ministerraad*

Numa posição mais recente, o TJUE pronunciou-se, no âmbito de um reenvio prejudicial, relativamente à validade da exclusão dos serviços de arbitragem, de conciliação e de determinados serviços jurídicos do âmbito de aplicação da Diretiva, pelas alíneas c) e d), do seu artigo 10.º. O Processo C-264/18 teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º, do TFUE⁹⁰, pelo Tribunal Constitucional da Bélgica (“Grondwettelijk Hof”), por decisão de 29 de março de 2018 e que deu entrada no TJUE a 13 de abril de 2018, no processo P.M., N.G.d.M., P. Vd.S. contra o Conselho de Ministros Belga (“Ministerraad”).

Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio, a respeito da exclusão, pela legislação belga que transpõe as disposições da Diretiva 2014/24/UE, de determinados serviços jurídicos dos procedimentos de contratação pública. De acordo com a Lei dos Contratos Públicos belga (“Loi relative aux marchés publics”), de 17 de junho de 2016 e publicada pelo *Moniteur belge*, a 14 julho do mesmo ano, nomeadamente, o seu artigo 28.º, o legislador belga reproduziu, fielmente, a opção normativa que resulta do artigo 10.º da Diretiva 2014/24/UE. Vieram, então, os recorrentes do processo principal interpor no órgão jurisdicional de reenvio belga, o Tribunal Constitucional, um recurso de anulação das referidas disposições da Lei dos contratos públicos, na medida em que alegam que as mesmas criam uma diferença de tratamento que não é suscetível de ser justificada, porquanto as regras de contratação pública são aplicáveis à adjudicação daqueles tipos de serviços. O Tribunal Constitucional belga entendeu que, no caso, se colocava a questão de saber se a exclusão daqueles serviços violava

⁸⁹ FERNANDO PEDROSO, “As vantagens”, op. cit. p.68.

⁹⁰ Sobre o mecanismo do reenvio prejudicial, ver FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina (2007), pp. 65 a 132 (e bibliografia aí citada).

os objetivos prosseguidos pelo legislados da UE, aquando da adoção da Diretiva 2014/24/UE, relativas à plena concorrência, à livre prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento, previstos nos artigos 49.º e 56.º, do TFUE, e ainda, se os princípios da subsidiariedade e da igualdade de tratamento não deveriam ter conduzido a uma harmonização das regras do direito comunitário relativamente a estes serviços.

Perante este pedido, o TJUE (Quinta Secção), em 6 de junho de 2019, proferiu uma decisão. Em primeira linha, em relação ao princípio da subsidiariedade, entendeu que, de acordo com o n.º 3, do artigo 5.º, do TUE, a União só intervém nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, e se, e na medida em que, os objetivos da ação não poderem ser suficientemente realizados pelos EM e puderem, assim, ser mais bem alcançados pela União. Pelo que, o legislador da União, ao ter excluído da aplicação da Diretiva 2014/24/UE, os serviços referidos nas alíneas c) e d), do seu 10.º, é porque entendeu que caberia aos legisladores nacionais determinar se os mesmos deveriam estar ou não sujeitos às regras de contratação pública. Por outro lado, no que concerne aos artigos 49.º e 56.º, do TFUE, o facto de a Diretiva não impor aos EM que sujeitem aqueles serviços às regras de contratação pública, não viola as liberdades garantidas pelos Tratados.

Por último, no que diz respeito ao princípio da igualdade de tratamento, este exige que “situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente, e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento for objetivamente justificado”⁹¹. Ora, é à luz deste princípio geral de direito da UE que o TJUE considera que se deve analisar as alíneas c) e d), do artigo 10.º, da Diretiva. No que especialmente respeita aos serviços jurídicos, indicados na alínea d), do artigo 10.º, o TJUE elucida que o legislador comunitário, ao elaborar a Diretiva, tomou em consideração que estes tipos de serviços são habitualmente prestados por organismos ou pessoas designados ou selecionados de um modo que não pode estar sujeito às regras de contratação pública, em determinados EM, pelo que justificava a sua exclusão do âmbito da referida diretiva⁹². Não obstante, salienta que nem todos os tipos de serviços jurídicos se encontram abrangidos por aquela exclusão, mas tão-só e apenas aqueles que só podem ser concebidos “no contexto de uma relação *intuitu personae*”⁹³, como é o caso dos serviços de representação jurídica, prestados por um advogado, perante uma instância internacional de arbitragem ou conciliação, perante os tribunais ou autoridade públicas dos EM ou de um país

⁹¹ Considerando 28 do Acórdão do TJUE (Quinta Secção), de 6 de junho de 2019, Processo C-264/18.

⁹² Considerando 34 do Acórdão do TJUE (Quinta Secção), de 6 de junho de 2019, Processo C-264/18.

⁹³ Considerando 35 do Acórdão do TJUE (Quinta Secção), de 6 de junho de 2019, Processo C-264/18.

terceiro, bem como perante tribunais ou instituições internacionais e ainda, o aconselhamento jurídico prestado em preparação de qualquer um desses processos.

Traduz-se de numa relação caracterizada pela livre escolha pelo cliente do seu defensor, uma vez que implica uma relação de *confiança* que une ambas as partes, resultando, portanto, a dificuldade de descrever objetivamente a qualidade que se espera dos serviços a prestar.⁹⁴ Por outro lado, a *confidencialidade* subjacente a esta relação entre advogado e cliente “poderia ser ameaçada pela obrigação, imposta à entidade adjudicante, de especificar os requisitos de adjudicação desse contrato, bem como a publicidade que deve ser dada a esses requisitos”.⁹⁵

Assim, defendeu o TJUE que “à luz das suas características objetivas, os serviços indicados no artigo 10.º, alínea d), i) e ii), da Diretiva 2014/24/UE não são comparáveis aos outros serviços incluídos no âmbito de aplicação desta diretiva. Atendendo a esta diferença objetiva, foi igualmente sem violar o princípio da igualdade de tratamento que o legislador da União pode, no âmbito do seu poder de apreciação, excluir estes serviços do âmbito de aplicação da referida diretiva.”⁹⁶

Desta forma, e apesar de o TJUE não ter providenciado por uma solução interpretativa precisa e definitiva, uma vez que transfere para os EM a tarefa de regular a matéria da aquisição de serviços jurídicos nos seus ordenamentos jurídicos, certo é que nos oferece um ponto de vista bastante claro de qual foi (e é) o raciocínio tomado em consideração pelo legislador comunitário, nesta matéria.

iv) O reflexo do artigo 10.º, da Diretiva 2014/24/UE, nos ordenamentos jurídicos dos EM: os casos italiano e francês

A entrada em vigor das novas diretivas relativas à contratação pública obrigou os legisladores nacionais dos EM a adaptarem os seus diplomas legais aos preceitos introduzidos pelo legislador comunitário. Todavia, verificou-se que a transposição da Diretiva 2014/24/UE, nomeadamente, em matéria de aquisição de serviços jurídicos não foi realizada da mesma forma por todos.

⁹⁴ Considerando 36 do Acórdão do TJUE (Quinta Secção), de 6 de junho de 2019, Processo C-264/18.

⁹⁵ Considerando 37 do Acórdão do TJUE (Quinta Secção), de 6 de junho de 2019, Processo C-264/18.

⁹⁶ Considerando 38 do Acórdão do TJUE (Quinta Secção), de 6 de junho de 2019, Processo C-264/18.

No caso italiano, o legislador estipulou um normativo de conteúdo muito semelhante ao artigo 10.º da Diretiva 2014/24/UE: nesta linha, o artigo 17.º do “Codice dei contratti pubblici”, sob a epígrafe “Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi”, no seu elenco de serviços excluídos do âmbito de aplicação do Código, inclui, na sua alínea d), os serviços representação legal por um advogado, o aconselhamento jurídico nos mesmos termos que a Diretiva, os serviços de conciliação e arbitragem, entre outros. Acresce que, tal como expõe MARCO CERUTI⁹⁷, o Acórdão proferido pelo TJUE, referido anteriormente, sobre a exclusão de certos serviços jurídicos da disciplina de contratação pública, teve um grande impacto na ordem jurídica italiana, na medida em que veio confirmar a prevalência do elemento *intuitu personae* da relação que se estabelece profissional e cliente, tal como já se encontra subjacente no próprio Código Nacional de Contratos Públicos italiano (“Codice dei contratti pubblici”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 50, de 18.04.2016). Todavia, muito embora, no direito italiano, a aquisição de serviços jurídicos por entidade adjudicantes não fique sujeita a um procedimento regulado pelo Código de Contratos Públicos italiano, sempre ficará adstrita ao respeito pelos princípios chave de contratação pública (e de direito administrativo)⁹⁸, como, a título de exemplo, os princípios de transparência e publicidade, eficiência e eficácia na prossecução do interesse público, previstos no artigo 4.º, desse Código (sob a epígrafe “Principi relativi all’affidamento di contratti pubblici esclusi”).⁹⁹ Acresce ainda que, à semelhança da opção perfilhada na Diretiva, o legislador italiano estabeleceu, também, um conjunto de serviços sociais e outros tipos de serviços que apenas se encontram excluídos do âmbito de aplicação do Código apenas se apresentarem um valor inferior a Eur. 750.000,00, entre os quais se inclui outros serviços jurídicos que não sejam os já excluídos pelo artigo 17.º do Código dos Contratos Públicos italiano.¹⁰⁰

⁹⁷ MARCO CERUTI, “Exclusion of Certain Legal Services from Directive 2014/24/EU – Annotation on the judgment of the Court of Justice on the European Union (Fifth Chamber) of 6 June 2019 in Case C-264/18 *P.M. and Others v Ministerraad*”, *EPPPL*, N.º 3, 2019, p. 197 e ss.

⁹⁸ Tal como resulta da Deliberação n.º 907, de 24 de outubro de 2018, emitida pela «ANAC», nomeadamente, da diretriz n.º 12, a aquisição de serviços jurídicos não poderá gozar de uma liberdade total, uma vez que se deve verificar a aplicação das princípios básicas de direito administrativo. A «ANAC» (“Autorità Nazionale Anticorruzione”, em português Autoridade Nacional para a Anticorrupção), é uma entidade administrativa independente italiana que se dedica a ação de prevenção de corrupção em toda a atividade administrativa, nomeadamente, no âmbito da contratação pública. Ver artigo 213.º, do Código de Contratos Públicos italiano.

⁹⁹ “At the end of the day, the exclusion of Certain Legal Services from Directive 2014/24/UE does not mean that they can be managed feely by public authorities, even when involving activities connected with the exercise of official authority. It seems really hard to claim that the legal assignment (even single) escapes from the rules on public contracts”- MARCO CERUTI, “Exclusion”, op. cit., p. 201.

¹⁰⁰ Ver alínea d), do n.º1, do artigo 35.º e Anexo IX do Código de Contratos Públicos italiano.

Já no que toca ao exemplo francês¹⁰¹, o legislador, inicialmente, optou por uma solução diferente, quanto a esta matéria. Ora, nos termos dos revogados artigos L2123-1, 2.º e R2123-1, 4.º, do Código da Contratação Pública francês (“Code de la commande publique”, que entrou em vigor a 1 de abril de 2019), os contratos tendentes à aquisição de certos serviços jurídicos (representação legal de um cliente por advogado no contexto de um processo jurisdicional, perante autoridades públicas ou das instituições internacionais, ou diante de qualquer forma alternativa de resolução de litígios; serviços de consultoria fornecida por um advogado com vista à preparação de qualquer procedimento que se mencionou ou quando houvesse uma grande probabilidade de que a questão da consulta jurídica desencadeasse um daqueles procedimentos) ficariam sujeitos, no mínimo, a um “procedimento adequado”¹⁰², a definir casuisticamente pela entidade adjudicante, independentemente do seu valor. Isto é, de acordo com o revogado artigo R.2123-8, do Código da Contratação Pública francês, a aquisição deste tipo de serviços ficaria sempre dependente da adoção de um procedimento simplificado, sujeito a um regime particular, na medida em que só se aplicariam apenas algumas disposições do Código. Nesta medida, o direito francês ia além da opção adotada pelo legislador comunitário, uma vez que impunha uma solução mais restritiva. Acontece que esta opção de transposição praticada pelo legislador francês foi alvo de muitas críticas, principalmente, nesta matéria, pela Conselho Nacional dos Advogados. Daqui, resultou um projeto de lei, apresentado pelo Senado, que procurou atenuar a denominada “supertransposição”¹⁰³ da Diretiva 2014/24/UE no direito francês, sendo um dos seus objetivos o alinhamento do direito nacional com o direito da UE em matéria de exclusão de certos serviços jurídicos.¹⁰⁴ Desta feita, os serviços jurídicos, anteriormente elencados no revogado artigo R.2123-1, 4.º, passaram a constar da nova redação do artigo L.2512-5, 8.º, que enumera quais os serviços que se encontram excluídos do âmbito

¹⁰¹ Sobre o tema, ver VINCENT NEVEUX, “Marchés publics de services juridiques: l’avocat este en dehors du champ de la concurrence”, *Revue de L’Union Européenne*, n.º 365, (fevereiro 2020), pp. 127 e ss.

¹⁰² De acordo com o artigo R.2123-4, do Código da Contratação Pública francês, o “procédure adoptée” será um procedimento pelo qual a entidade adjudicante define livremente os termos e as modalidades de adjudicação dos contratos, com respeito aos princípios gerais da disciplina pública e das disposições às quais se encontra sujeita pelo disposto no artigo R.2123-8.

¹⁰³ Um relatório de informação elaborado pelo Senado francês, a 28 de junho de 2018, avançou que “en France, on parle alors de «surtransposition» pour designer ce différentiel proprement de créer une distorsion concurrentielle qui porte préjudice aux opérateurs économiques français.” – Sénateur René Danesi, Rapport d’Information n.º 614, (session ordinaire de 2017-2018), p. 9, disponível em <https://www.senat.fr/rap/r17-614/r17-6141.pdf> (última vez acedido em 05/09/2021).

¹⁰⁴ Tal como salienta VINCENT NEVEUX, “(...) le Conseil d’État a considéré que la spécificité de ces services juridiques (principe du libre de choix de l’avocat et importance de l’intuitu personae) peut autoriser une dérogation aux principes fondamentaux de la comande publique sans se heurter à aucun obstacle constitutionnel.” – VICENTE NEVEUX, “Marchés”, op. cit., p. 129.

de aplicação do Código da Contratação Pública francês, indo, assim, de encontro com a solução plasmada na Diretiva 2014/24/UE, nomeadamente, no seu artigo 10.º.

v) A opção do legislador nacional na transposição da Diretiva 2014/24/UE para o direito português

Após terem sido aprovadas as três novas Diretivas europeias sobre contratação pública, tal como aconteceu nos restantes EM, impôs-se a sua transposição para o direito português. Foi com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que o legislador nacional concretizou essa mesma transposição, que, consequentemente, fomentou a nona alteração¹⁰⁵ ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

À aprovação do referido Decreto-Lei antecedeu um “anteprojeto de revisão do CCP”, publicitado pelo Governo em 2016, para efeitos de consulta pública. Deste anteprojeto emergiu a proposta, entre muitas alterações, da nova redação do artigo 27.º, que passava a dispor “sem prejuízo do disposto no artigo 24.º, no caso de contratos de aquisição de serviços, pode adotar-se consulta prévia ou o ajuste direto quando: [...] b) a natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual, *tais como a representação da entidade adjudicante em juízo*, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, nos termos do disposto no artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida” (itálico nosso). Nesta medida, na redação do artigo 27.º passava expressamente a constar uma referência direta aos serviços de representação jurídica, sendo que, tal significaria

¹⁰⁵ O legislador nacional, perante a imposição de transpor as novas Diretivas, optou, entre a elaboração de um novo Código ou alterar o Código vigente, pela última. Na opinião de MARIA JOÃO ESTORNINHO, “infelizmente, o Anteprojeto de agosto de 2016 não revela essa coragem [de criação de um novo Código] e, por isso, para além da deficiente transposição de várias disposições das Diretivas, padece do problema de fundo que acima se referiu e que se prende com a opção de manutenção da versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos, a qual compromete irremediavelmente a tarefa de transposição efetiva das Diretivas.”- MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Uma oportunidade perdida... Breve apreciação crítica do anteprojeto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Atas da Conferência - A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins, Edição ICJP/CIDP, Lisboa (2016), disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf), op. cit., p. 18.

que a aquisição de serviços de representação jurídica seria possível através do recurso ao procedimento de ajuste direto (e consulta prévia).

A solução apresentada pelo legislador nacional, no que respeita à regulação da aquisição de serviços jurídicos, “não foi totalmente fiel aos reais propósitos do legislador europeu”¹⁰⁶, porquanto, desta forma, estaria a ir além do que o direito da União Europeia impunha, já que a Diretiva 2014/24/UE excluía do seu âmbito de aplicação a contratação de serviços de patrocínio judiciário e outros serviços de *natureza pessoalíssima*. Ao referir expressamente os serviços de “representação da entidade adjudicante em juízo” no âmbito do artigo 27.º - artigo este que serve de “válvula de escape” às entidades adjudicantes para a adoção de um procedimento não concorrencial nos casos em que a natureza pessoal dos serviços a adquirir impeça a formulação de um critério de adjudicação adequado -, significaria, na prática que, para o direito nacional, a aquisição deste tipo de serviços ficaria sempre sujeita à adoção de um procedimento pré-contratual.

Uma vez ter-se mostrado uma opção bastante criticada, o legislador abandonou esta redação na versão definitiva do artigo 27.º, eliminando a referência específica da “representação da entidade adjudicante em juízo”. Tal como defende JORGE ANDRADE DA SILVA, “(...) efetivamente, não se vê justificação para essa especificação”.¹⁰⁷ No entanto, apesar de tal alteração mostrar-se necessária, não foi suficiente para garantir a segurança e certeza jurídica, no âmbito desta questão. Isto porque, a opção legislativa de eliminar da redação do artigo 27.º a menção expressa da representação jurídica recebeu diferentes interpretações. Ora, para alguns autores, o facto de o legislador ter deixado cair essa previsão não mais representou do que uma “mera operação semântica” na medida em que “a referência aos serviços de representação jurídica no texto da norma se incluía enquanto simples adágio”.¹⁰⁸ Pelo contrário, outra facção doutrinária defendeu que esta supressão, na verdade, quis traduzir a intenção do legislador em afastar os serviços de patrocínio judiciário do regime previsto no artigo 27.º e excluí-los do

¹⁰⁶ JOSÉ PINTO DE ALMEIDA/RICARDO MAIA MAGALHÃES/ANA FILIPA URBANO, “Um caso de ajuste direto”, op. cit., p. 38.

¹⁰⁷ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código*, op. cit. p. 122.

¹⁰⁸ JOSÉ PINTO DE ALMEIDA/RICARDO MAIA MAGALHÃES/ANA FILIPA URBANO, “Um caso de ajuste direto”, op. cit. p. 38. No mesmo sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Uma oportunidade perdida”, op. cit., p. 19.

âmbito da sua aplicação, indo de encontro com o espírito plasmado da Diretiva 2014/24/UE (nomeadamente, na alínea d), do seu artigo 10.º).¹⁰⁹

Assim sendo, conclui-se que o legislador nacional não diligenciou por uma solução jurídica precisa e clara quanto ao regime aplicável à aquisição de serviços jurídicos, em geral, e de representação jurídica, em particular, ao contrário da opção desenhada pelo legislador comunitário e que foram igualmente adotadas por outros ordenamentos jurídicos da União. Esta dissemelhança também se encontra patente nas diferenças entre o elenco do Anexo IX, do CCP, e do Anexo XIV, da Diretiva. Enquanto que o legislador comunitário incluiu na listagem do seu Anexo XIV os serviços jurídicos *de natureza pessoal mitigada* (isto é, todos aqueles que não se incluíam na alínea d), do artigo 10.º, da Diretiva, nos termos já expostos), o nosso legislador decidiu não incluir no elenco do Anexo IX qualquer menção a este tipo de serviços, logo, não fazem parte do grupo de serviços sociais e outros serviços específicos cuja aquisição fica excluída do âmbito de aplicação do CCP, a menos que o seu valor seja igual ou superior a Eur. 750.000,00, situação em que ficarão sujeitos a um regime de contratação simplificado, nos termos do artigo 6-ºA, do CCP.

Isto posto, podemos concluir que o legislador nacional perdeu uma boa oportunidade, em sede de revisão, para estabelecer uma regulação desambiguada nesta matéria.

TÍTULO II – A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL PARA A AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE REPRESENTAÇÃO JURÍDICA E DE OUTROS SERVIÇOS JURÍDICOS À LUZ DO CCP

i) A natureza *intuitu personae* dos serviços de representação jurídica e demais serviços jurídicos

Antes de tudo, cabe-nos definir e delimitar a atividade de advocacia. São atos próprios do advogado o exercício do mandato forense e a consulta jurídica (ou aconselhamento jurídico), nos termos do n.º 5, do artigo 1.º¹¹⁰, artigos 2.º¹¹¹ e 3.º¹¹², da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto,

¹⁰⁹ Defendem esta perspetiva PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., p. 335, 548 a 551; FERNANDO PEDROSO, “As vantagens”, op. cit. p. 69 e 70.

¹¹⁰ “(...) são atos próprios dos advogados (...): a) O exercício do mandato forense; b) A consulta jurídica.”

¹¹¹ “Considera-se mandato forense o mandato judicial conferido para ser exercido em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz.”

¹¹² “Considera-se consulta jurídica a atividade de aconselhamento jurídico que consiste na interpretação e aplicação de normas jurídicas mediante solicitação de terceiro.”

que aprova a Lei dos Atos Próprios dos Advogados. Como já foi referido em momento anterior, o patrocínio judiciário assume-se como a representação e assistência técnica das partes por profissionais, nomeadamente, por advogados, quando estejam perante o tribunal (judicial ou arbitral), no decurso de um processo e mediante a prática de atos processuais. Já a consulta jurídica consiste na interpretação e aplicação de normas jurídicas, mediante solicitação de terceiro, a uma ou várias situações concretas. Nesta medida, a atividade de advocacia consiste na prestação de serviços que exigem um elevado teor técnico e intelectual, que apenas é alcançado com a adequada educação e formação.

No nosso ordenamento jurídico, o exercício do patrocínio judiciário é reservado aos advogados. Nos termos do n.º 1, do artigo 66.º, do EOA, “sem prejuízo do disposto no artigo 205.º, só os advogados com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional, praticar atos próprios da advocacia, nos termos definidos na Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto [Lei dos Atos Próprios dos Advogados].”.¹¹³ Por conseguinte, e uma vez que exige uma *especial aptidão técnica*, tal como sustentam JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, os serviços de advocacia “constituem justamente o exemplo ideal de um tipo de atividade económica que se revela pouco consentâneo com um apelo genérico à concorrência de mercado e com uma abertura indiscriminada à livre competição de todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração”.¹¹⁴

Esta *especial aptidão técnica* revela-se em várias vertentes na profissão da advocacia. Desde já, no domínio e conhecimento das fontes de Direito, bem como na capacidade de identificação e aplicação das soluções constantes nas referidas fontes às pretensões de quem procura os seus serviços.¹¹⁵ Nesta medida, “a especial aptidão que é requerida aos prestadores deste tipo de serviços restringe em muito o âmbito potencial dos operadores económicos que podem entrar em concorrência no contexto de um procedimento pré-contratual”.¹¹⁶ Todavia, por muito significativa que seja esta restrição, não podemos afirmar que estamos perante uma

¹¹³ O artigo 205.º, do EOA, regula a prestação ocasional de serviços profissionais de advocacia em Portugal por advogados da União Europeia.

¹¹⁴ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação pública de serviços de assessoria jurídica”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora (2010), p. 380.

¹¹⁵ Estes motivos justificam que o acesso à profissão da advocacia, e consequente inscrição na Ordem dos Advogados, dependa, excetuando alguns casos pontuais, da conclusão de um estágio com aprovação na prova de agregação, nos termos do EOA.

¹¹⁶ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p.380.

situação desprovida de interesse concorrencial, uma vez que existe um conjunto relevante de operadores económicos a quem pode interessar a adjudicação de um contrato com este objeto.

Para além da *especial aptidão técnica*, a prestação de serviços de representação jurídica está intrinsecamente associada aos princípios da confiança e confidencialidade, que moldam a prestação da atividade jurídica e que são impostos, ao nível deontológico, pelo próprio Estatuto.

De acordo com o disposto no n.º 1, do artigo 97.º, do EOA, “a relação de confiança que se deve estabelecer entre o cliente e o Advogado é recíproca”. É, por conseguinte, requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade de o cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. E, no sentido de preservar e garantir a confiança e a confidencialidade, propriedades inerentes à relação advogado-cliente, estabelece o n.º 1, do artigo 98.º, do EOA, que “o advogado não pode aceitar o patrocínio ou a prestação de quaisquer serviços profissionais se para tal não tiver sido livremente mandatado pelo cliente, ou por outro advogado, em representação do cliente, ou se não tiver sido nomeado para o efeito, por entidade legalmente competente.”. Ainda, no mesmo sentido, dispõe o ponto 3.1.1., do CDAE que “o advogado não pode aceitar o patrocínio se para tal não tiver sido mandatado pelo seu cliente.” Assim sendo, pode-se concluir que ao cliente não deve ser imposto um advogado, uma vez que a sua escolha deve basear-se num sentimento de confiança personalizado, relativamente a um profissional em particular.

Por outro lado, também se mostra essencial para o exercício da advocacia o respeito pela independência, reconhecida legal e deontologicamente. Nesta medida, o beneficiário do serviço fica impedido de impor ao profissional a forma de exercício da sua atividade. Tal como determina o artigo 89.º, do EOA, “o advogado, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstenendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros.”¹¹⁷

Nesta medida, impende sobre o advogado uma obrigação de meios, e não de resultados, na medida em que é da responsabilidade do próprio apenas e tão-só diligenciar da forma mais

¹¹⁷ No mesmo sentido, ver ponto 2.1. do CDAE.

satisfatória possível em prol da defesa dos seus clientes, consoante os seus conhecimentos, trabalho, esforço, prudência, habilidade e dedicação.¹¹⁸

Portanto, e pelo exposto, dúvidas não restam que estamos perante um tipo de serviço profundamente marcado pelo *intuitu personae*¹¹⁹, como já temos vindo a defender. E, graças a essa qualidade, os serviços de advocacia apresentam-se como o exemplo ideal de um tipo de atividade económica que se revela pouco compatível com o apelo genérico à concorrência de mercado.¹²⁰

ii) A escolha do procedimento pré-contratual para a aquisição de serviços de representação jurídica (e outros tipos de serviços jurídicos) - *quid iuris*?

O legislador nacional, quanto à regulação da aquisição de serviços jurídicos (mais concretamente, de serviços de representação jurídica), não foi contundente, provocando, assim, várias dúvidas e incertezas nesta matéria, o que contrasta manifestamente com o que acontece nos ordenamentos jurídicos de outros EM, tal como demonstrado. O que, desde já, criticamos, na medida em que a aquisição deste tipo de serviços revela-se uma necessidade recorrente das entidades adjudicantes no exercício quotidiano das suas atribuições. Uma vez que o nosso legislador não previu, no CCP português, nenhuma menção relativa aos serviços jurídicos, cabe, então, proceder a uma interpretação das normas que compõe a disciplina de contratação pública em vigor, à luz dos princípios que a orienta, para que, deste modo, seja possível alcançar uma solução procedimental para a aquisição deste tipo de serviços.

Havendo, portanto, a necessidade por parte da entidade adjudicante, em adquirir serviços jurídicos, por via de contratação externa, compete à mesma, em primeira mão, certificar se se trata ou não de um contrato excluído a aplicação do CCP, por alguma das modalidades previstas, e, posteriormente, concluindo pela sua aplicação, selecionar, de entre o leque de procedimento pré-contratuais que o CCP prevê e regulamenta, - nomeadamente, no n.º 1, do artigo 16.º, do CCP -, qual o que melhor se adequa à sua pretensão, nos termos já expostos.

¹¹⁸ Veja-se o disposto nos n.º 1 e 4.º, do artigo 81.º, do EOA.

¹¹⁹ “(...) a doutrina designa por contrato *intuitu personae*, vale dizer, [como] contrato celebrado em razão da pessoa do contraente, que influi decisivamente para tal celebração. É em função das características pessoais e profissionais do prestador do serviço que o mesmo é contratado pela empresa para despenhar atividades de considerável complexidade técnica e de correspondente responsabilidade.” – Acórdão do STA, 16/01/2014, Proc. n.º 9242/06.4TBOER.L1. S1, Relator Álvaro Rodrigues.

¹²⁰ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p.380.

Também, como já vimos, apesar de a escolha do procedimento pré-contratual dever ser feita, em regra, tendo por base o valor do contrato que se visa celebrar, nos termos do artigo 18.º, do CCP, esta poderá ser realizada, ao invés, em função de outros critérios, nomeadamente, de critérios materiais. Isto porque, em certos casos, o legislador considerou ser razoável que a entidade adjudicante recorra ao procedimento de ajuste direto quando o objeto do contrato a celebrar implique especificidades que, de outro modo, não seriam asseguradas caso o critério adotado fosse o do valor. Assim, o legislador reconhece que “existem razões materiais de interesse geral que justificam a restrição à concorrência mesmo quando o valor do benefício económico resultante do contrato a celebrar seja mais vultuoso.”¹²¹ Portanto, nestes casos, ocorre uma derrogação da preferência pela escolha de um procedimento concursal aberto, em detrimento de um procedimento, ao nível da concorrência, mais fechado.

Com efeito, “alguns dos contratos de aquisição de serviços que as entidades adjudicantes necessitam de celebrar para o correto exercício das suas funções não parecem coadunar-se com a adoção de um procedimento concorrencial aberto para a escolha do prestador.”¹²² Pelo que, e como igualmente já foi avançado em momento anterior, o n.º 1, do artigo 27.º, do CCP, elenca, nas suas várias alíneas, quais as situações em que a entidade adjudicante poderá optar por um procedimento de ajuste direto¹²³ para a aquisição de serviços. Neste quadro, dispõe a alínea b), do referido n.º 1, do artigo 27.º, do CCP, que “[pode adotar-se o ajuste direto quando:] a natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, nos termos do disposto no artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida”. Ou seja, quando a entidade adjudicante decide contratar serviços de carácter marcadamente intelectual, pode optar pelo recurso do ajuste direto, nos termos desta alínea, na medida em que, nestes

¹²¹ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p. 379. Acrescem, ainda, os autores que “os princípios e valores materiais que são tutelados pela adoção do procedimento de ajuste direto compensam e suplantam, pela sua relevância para o interesse público, as desvantagens que podem decorrer da ameaça resultante da restrição à concorrência – mesmo, insista-se, quando o valor do benefício económico que se subtrai à concorrência, é elevado.”

¹²² PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Estudos*, op. cit., p. 461.

¹²³ Ver nota 64 quanto à revogação do artigo 27.º-A, do CCP (consulta prévia).

casos, a escolha do prestador vai assentar nas qualidades técnicas próprias daquele (máxime na sua experiência ou nas suas características subjetivas).¹²⁴

Neste sentido, e sintetizando, o legislador fez depender a aplicação desta alínea ao preenchimento de certos requisitos cumulativos, a saber: i) que a natureza das prestações não permita a fixação de atribuições qualitativas necessárias à construção de um critério de adjudicação; ii) que não se afigure adequada a fixação única de atributos quantitativos; e, ainda, iii) que o valor do contrato a celebrar não ultrapasse o limite previsto na alínea b), do n.º 1, do artigo 20.º, por via do disposto no n.º 3, do artigo 27.º, todos do CCP.¹²⁵

Pois bem, desde já, adianta-se que, na nossa opinião, a tese que pugna pela admissibilidade da entidade adjudicante em recorrer ao mecanismo previsto na alínea b), do n.º 1, do artigo 27.º, do CCP, para proceder à aquisição de serviços jurídicos (de representação jurídica, em particular) através do procedimento de ajuste direto¹²⁶ mostra-se perfeitamente defensável.

Para tal, primeiramente, há que atender ao disposto no artigo 74.º, do CCP, relativamente à fixação dos atributos das propostas e construção dos critérios de adjudicação. O referido artigo, sob a epígrafe “*Critérios de adjudicação*”, determina, no seu n.º 1, que, quando a entidade adjudicante pretende iniciar um procedimento de formação de um contrato, no âmbito da tomada da decisão de contratar, tem que fixar um critério de adjudicação.¹²⁷

¹²⁴ Neste sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Estudos*, op. cit. 461.

¹²⁵ “Só pode ser adotado o ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 quando o respetivo preço base seja inferior aos valores resultantes da aplicação da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º” – cfr. n.º 3, do artigo 27.º, do CCP (Eur.135.000 ou Eur.209.000, dependendo se a entidade adjudicante for o Estado ou outra entidade). JOSÉ PINTO DE ALMEIDA/RICARDO MAIA MAGALHÃES/ANA FILIPA URBANO apontam para o facto de que “a remissão em apreço permite limitar a opção pelo ajuste direto às situações em que o valor do contrato permite arredar o denominado *interesse transfronteiriço certo* do contrato, ou seja, aos contratos cujo valor não obrigaria a que fosse publicado anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*.” - JOSÉ PINTO DE ALMEIDA/RICARDO MAIA MAGALHÃES/ANA FILIPA URBANO, “Um caso de ajuste direto”, op. cit., p. 42.

¹²⁶ Afasta-se, desde já, a possibilidade de aplicação do disposto na subalínea ii), da alínea e), do n.º1, do artigo 24.º, do CCP, que estipula “[adota-se o ajuste direto quando] (...) As prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões: (...) ii) Não exista concorrência por motivos técnicos.” Isto porque, apesar da tecnicidade própria da atividade de advocacia, não parece concebível a hipótese de apenas existir um único prestador tecnicamente apto para executar um dado contrato. Pelo que, “a especificidade técnica do objeto contratual não constitui uma razão de peso suficiente para fundamentar a compressão do princípio da concorrência através do recurso ao procedimento de ajuste direto”, por esta via. Neste sentido, JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p. 383. Ver, também, o Acórdão n.º 39/2010, de 03/11/2010, 1.ªS/SS – Proc. n.ºs 1175 a 1178/2010.

¹²⁷ Certo é que ordem jurídica portuguesa demonstra uma preferência pela escolha de procedimentos tendencialmente mais concorrências (ou que potenciem a concorrência), isto é, abertos a todos os operadores económicos. Todavia, para tal, é necessário que a entidade adjudicante demonstre que é viável e exequível o recurso a este tipo de procedimentos, no caso em concreto, atendendo ao objeto do contrato que visa celebrar. Isto porque, existem prestações cuja natureza não é compatível com a elaboração de critérios de adjudicação, de forma

Acresce ainda que a fixação deste critério de adjudicação “é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa”, sendo que, para tal, deve recorrer i) ou a um critério *multifator*, isto é, um critério misto, assente numa combinação de critérios qualitativos e quantitativos; ii) ou a um critério *monofator*, densificado apenas em função do preço (critério quantitativo).

Ora, não nos parece razoável sujeitar a escolha do prestador de serviços jurídicos ao critério do preço mais baixo, uma vez que, neste caso, a intenção da entidade adjudicante não é tanto optar pelo proponente com o melhor preço, mas sim por aquele em quem deposita a sua confiança e em quem reconhece a necessária aptidão técnica e intelectual para a execução do serviço contratualizado.

Vejamos: a entidade adjudicante quando recorre à fixação do critério de adjudicação apenas tendo por base um critério quantitativo, pressupõe que os interesses públicos subjacentes ao contrato estão assegurados *através da definição clara, precisa e objetiva dos restantes aspetos da execução do contrato*. No entanto “a definição de todos esses patamares mínimos relevantes não é viável na formação da generalidade dos contratos de aquisição de serviços jurídicos”, na medida em que “tais serviços reclamam desde logo, necessariamente, o respeito pela autonomia técnica e pela independência do prestador do serviço.”¹²⁸ Neste sentido, há que ter em consideração que a entidade adjudicante encontra-se desprovida de poder de definição da metodologia ou da estratégia que o prestador do serviço terá que adotar para proceder à prestação do mesmo. Apesar de estarmos perante uma obrigação de meios, e não de resultados, não quer com isto dizer que o prestador dos serviços jurídicos tenha que se vincular a certos atos, procedimentos, e métodos de trabalho, previamente definidos pelos contratante.¹²⁹ Portanto, e uma vez que o advogado não pode aceitar de qualquer modo que seja alvo de algum tipo de intromissão no exercício da sua atividade, pelo cliente, não se afigura plausível a

a permitir a comparação entre as diversas propostas que venham a ser apresentadas. Daí que a fixação de um critério de adjudicação constituía uma *decisão-chave* a praticar pela entidade adjudicante quando pretende dar início a um procedimento pré-contratual. Neste sentido, ver decisão proferida pelo TC, no Acórdão n.º 15/2013, de 15/05/2013 - 1ª S/SS (Processo n.º 217/2013). Segundo este tribunal, “O recurso ao ajuste direto para a aquisição de serviços jurídicos, de elevado valor, tem de estar inequivocamente justificada, fundamentada e demonstrada, em termos de afastar, em concreto e não em abstrato, a viabilidade de qualquer outra solução concorrencial (cfr. art.º 27.º, n.º 1, al. b) do CCP). A realização de um ajuste direto sem demonstração inequívoca de que a natureza das respetivas prestações contratuais são suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na al. a) do n.º 1 do art.º 74.º do CCP e de que a definição quantitativa de outros atributos é desadequada a essa fixação, tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida, viola o disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 27.º do CCP.”

¹²⁸ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p.387.

¹²⁹ Nas obrigações de meios, o devedor se obriga apenas a tentar adequadamente esse resultado, obriga-se apenas a praticar os atos adequados à obtenção do resultado pretendido.

elaboração de um caderno de encargos para este tipo de serviços, uma vez que a própria atividade de advocacia não permite que sejam definidos os aspetos da sua execução por outrem que não o próprio advogado. Pelo que não compete à entidade adjudicante essa definição, já que a execução da prestação está na autonomia e na disponibilidade apenas do prestador do serviço.¹³⁰ Desta forma, torna-se evidente que “no caso dos serviços de advocacia, é terminantemente vedado ao advogado aceitar qualquer forma de ingerência e de interferência que tenda a influenciar a sua ação.”¹³¹

Por conseguinte, “por mais amplo que fosse o leque de aspetos quantitativos da execução do contrato que a entidade adjudicante convocasse para avaliar, comparar e diferenciar as propostas (...) em caso algum se poderia dispensar a apreciação de elementos intangíveis, isto é, de natureza qualitativa, como critérios de classificação e ordenação de propostas.”¹³²

Nesta medida, a entidade adjudicante, ao recorrer a um critério de adjudicação *multifator*, com vista à avaliação de elementos qualitativos, teria que proceder à definição de certos fatores/subfactores. Todavia, os mesmos “não podem dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”¹³³, o que limita de forma considerável a definição dos elementos sujeitos a avaliação. Por seu turno, quando se adquire serviços jurídicos, “são exatamente os elementos de facto relativos aos concorrentes que a entidade adjudicante pretende apreciar para escolher o seu co-contratante: é, de facto, sobre esses elementos que invariavelmente recai o juízo que qualquer adquirente de serviços jurídicos realiza quando pretende escolher o prestador a quem recorrerá para obter tutela das suas pretensões jurídicas.” Uma vez que é a *especial aptidão técnica* que constitui o critério essencial da decisão do prestador de serviços jurídicos, a adoção de um critério de adjudicação *multifator* desvirtuaria a real intenção da entidade adjudicante.

¹³⁰ Estabelece o n.º1, do artigo 81.º, que “o advogado exercita a defesa dos direitos e interesses que lhe sejam confiados sempre com plena autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável”, e, o n.º4, que “São nulas as estipulações contratuais, bem como quaisquer orientações ou instruções da entidade contratante, que restrinjam a isenção e a independência do advogado ou que, de algum modo, violem os princípios deontológicos da profissão” Ainda, de acordo com o n.º 3, do artigo 73.º, do EOA, sob a epígrafe *Exercício da atividade em regime de subordinação*, “São igualmente nulas quaisquer orientações ou instruções da entidade empregadora que restrinjam a isenção e independência do advogado ou que, de algum modo, violem os princípios deontológicos da profissão.” É, portanto, manifesto a necessidade de assegurar a independência no exercício da atividade de advocacia. Neste sentido, ALFREDO GASPARELLO, *Estatuto da Ordem dos Advogados e Legislação Complementar Anotado*, Jornal do Fundão Editora (1985), p. 81.

¹³¹ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p.388.

¹³² JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p.389.

¹³³ Cfr. n.º 3, do artigo 75.º, do CCP.

Além do mais, a avaliação da *especial aptidão técnica do prestador* não pode ser apreciada tendo em consideração apenas e tão-só elementos objetivamente mensuráveis, como o currículo ou as suas habilitações académicas. A verdade é que a avaliação deste elemento resulta, diretamente, da relação de confiança subjetiva que existe entre contratante e prestador. “Em concreto, esta falta de mensurabilidade objetiva radica naquela que poderia definir-se como a característica distinta e basilar da prestação de serviços de advocacia: a circunstância de se basear numa relação de estrita confiança subjetiva entre prestador e beneficiário desses serviços”¹³⁴. Ora, e tal como já vimos, resulta expressamente do EOA, nomeadamente do n.º 1, do seu artigo 92.º, que é fulcral que a relação que se estabelece entre advogado-cliente se funde na confiança e na confidencialidade, sem a qual, não pode sequer subsistir.¹³⁵

Se tal não fosse suficiente, acresce ainda que o advogado está expressamente proibido pelo EOA em aceitar prestar os seus serviços quando verifique que a escolha pelo beneficiário não foi realizada de forma livre e espontânea. Estipula o n.º 1, do artigo 98.º que “o advogado não pode aceitar o patrocínio ou a prestação de quaisquer serviços profissionais se para tal não tiver sido livremente mandatado pelo cliente (...)”. O advogado é obrigado pelo dever estatutário e deontológico em fazer cessar a relação contratual de prestação de serviços jurídicos sempre que verifique ter sido quebrada a relação de confiança. Isto porque, o advogado também tem o dever de não aceitar iniciar uma prestação de serviços se considerar que o beneficiário foi condicionado na sua escolha, constituindo uma infração disciplinar em contrário. Neste sentido, veja-se o disposto no n.º 2, do artigo 67.º, do EOA: “o mandato forense não pode ser objeto, por qualquer forma, de medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante”.¹³⁶

¹³⁴ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p. 96.

¹³⁵ Ao beneficiário da prestação de serviços jurídicos não pode ser imposto um prestador, uma vez que a sua escolha tem que ser pessoal e subjetiva, consoante a confiança que sente em relação ao advogado, bem como nas suas aptidões técnicas para exercer o cargo. Ou seja, e por outras palavras, a relação não pode sequer iniciar-se, no momento da adjudicação, o contratante não depositar plena e cabal confiança no prestador do serviço. Neste sentido, JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ sustentam que “à luz das disposições constitucionais, legais e deontológicas que regulam este tipo de atividade económica, não pode proceder-se à prestação de serviços de advocacia se o respetivo beneficiário não é totalmente livre na escolha do seu prestador e se se encontra, por algum meio ou medida jurídico-pública ou jurídico-privada, condicionado a selecionar um co-contratante em que não deposita a sua plena confiança”. - JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p. 398.

¹³⁶ “Em suma, tendo em conta o condicionamento que impõe à prestação deste tipo de serviços, pode concluir-se que a ordem jurídica proíbe a imposição da adoção de um procedimento pré-contratual que possa concluir na seleção de um prestador sobre o qual não recai a plena confiança dos titulares dos órgãos da entidade adjudicante competentes para a decisão de contratar”. - JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p. 399.

É, portanto, nosso entendimento que, no que concerne à aquisição de serviços jurídicos, não se mostra plausível recorrer ao critério de adjudicação a que alude o artigo 74.º, pela própria natureza da prestação, e, assim sendo, o recurso a procedimentos “abertos” apresenta-se uma solução pouco viável para a aquisição deste tipo de contratos. Por sua vez, os procedimentos pré-contratuais “fechados” mostram-se mais compatíveis com este tipo de serviços, na medida em que não é necessário a definição de um critério de adjudicação, nos moldes já expostos.

Nesta medida, tal como avança PEDRO COSTA GONÇALVES¹³⁷, “o ajuste direto é legítimo – porventura, necessário – nesse caso [aquisição de serviços jurídicos], uma vez que a natureza das respetivas prestações, nomeadamente inerentes a serviços de natureza intelectual, não permite a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, nos termos do disposto no artigo 74.º e ainda porque a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seria desadequado a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida.”

Perante “esta incompatibilidade intrínseca entre o regime geral de formação de contratos públicos e a natureza da relação contratual de prestação de serviços jurídicos, o regime de contratação pública só oferece um tipo de procedimento pré-contratual que permite a seleção individual, pela entidade adjudicante dos operadores económicos a quem pretende convidar para estabelecer uma relação contratual: o procedimento de ajuste direto.”¹³⁸ Posto que, atendendo às características *suis generis* inerentes aos serviços jurídicos, os requisitos resultantes da alínea b), do n.º 1, do artigo 21.º, do CCP, necessários para a aplicação do procedimento de ajuste direto, mostram-se preenchidos.

Desta feita, postulamos pela possibilidade de ser adotado o ajuste direto por recurso a critérios materiais para a aquisição de serviços jurídicos, ao abrigo do referido normativo.¹³⁹

¹³⁷ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., p. 550.

¹³⁸ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p. 403.

¹³⁹ Nos termos da Sentença proferida pelo Tribunal de Contas, n.º 39/2010, 3 de Novembro- 1.ª S/SS, Proc. n.ºs 1175 a 1178/2010, “não existe óbice legal à contratação pública de serviços jurídicos com convite apenas um prestador em quem se deposite confiança técnica e profissional, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, relativamente a processos ou procedimentos pendentes, bem como a processos ou a procedimentos a instaurar em que esteja em causa a tutela urgente do interesse público, e não seja possível, em prazo útil, proceder à avaliação técnica do seu prestador através de parâmetros objetivos.” Assim, o TC, apesar de aderir a esta solução, pugna uma posição mais restritiva, uma vez que exige mais requisitos para o recurso ao ajuste direto nestes casos. No mesmo sentido, ver Acórdão n.º 15/2013 – 15/05/2013 - 1ª S/SS (Processo n.º 217/2013).

Não obstante, e sem prescindir o que já foi referido até agora, cabe-nos assinalar que existem outras soluções avançadas pela doutrina nacional, nomeadamente para a aquisição de serviços de representação jurídica (serviços de *natureza personalíssima*).

Nesta medida, para além da solução resultante da aplicação da alínea b), do n.º 1, do artigo 27.º, do CCP, existe uma outra proposta, mais ambiciosa, contudo, não desprovida de fundamento. Ora, e de certo modo alicerçando-se na atual posição assumida pelo legislador comunitário na Diretiva 2014/24/UE, os autores defensores desta tese advogam que os serviços de patrocínio judiciário (reitere-se, apenas os de representação jurídica, e não outros tipos de serviços jurídicos), podem subsumir-se ao instituto da contratação excluída, prevista no artigo 5.º, do CCP, e, portanto, a sua contratação ficar isenta da aplicação da Parte II do Código. Para esta corrente doutrinária, os atributos que caracterizam os serviços de representação jurídica, nomeadamente, a *especial aptidão intelectual e técnica*, bem como a relação de confiança recíproca que nasce e se constrói em redor da prestação do serviço, justificam que a sua aquisição não seja submetida às regras da concorrência. Muito embora, em abstrato, acarrete um interesse concorrencial, este tipo de serviço, pela sua natureza, em concreto, não pode ficar sujeito a regras concorrenciais. Assim sendo, “esta posição dogmática mostra-se mais flexível e conduz a um resultado em tudo mais similar à literalidade adjacente às normas comunitárias, amparando uma perfeita exclusão destes serviços do âmbito de aplicação da parte II do CCP.”¹⁴⁰ De todo o modo, cumpre relembrar, ainda, que a celebração de contratos que caiam no âmbito de aplicação do artigo 5.º fica sujeita aos princípios gerais da atividade administrativa, bem como, com as devidas adaptações, aos princípios gerais da contratação pública, nos termos do artigo 5.º-B, ambos do CCP.¹⁴¹

Ora, nesta linha de pensamento, PEDRO COSTA GONÇALVES¹⁴² equaciona a possibilidade de que “estamos perante um caso de impossibilidade de seleção de propostas, e, tudo indica, num tipo de contratação que se poderia até considerar excluída nos termos do artigo 5.º, n.º 1: contratos cujo objeto abrange prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas

¹⁴⁰ JOSÉ PINTO DE ALMEIDA/RICARDO MAIA MAGALHÃES/ANA FILIPA URBANO, “Um caso de ajuste direto”, op. cit., p. 39.

¹⁴¹ O n.º 1, do artigo 5.º-B, do CCP, estabelece que “a celebração dos contratos a que se referem os artigos 5.º e 5.º-A fica sujeita aos princípios gerais da atividade administrativa, bem como, com as devidas adaptações face à natureza do contrato, aos princípios gerais da contratação pública previstos no n.º 1 do artigo 1.º-A, devendo sempre ser feita menção à norma que fundamenta a não aplicação da parte ii ao contrato em causa.”

¹⁴² PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., p. 550.

características.” De igual modo, FERNANDO PEDROSO¹⁴³ sustenta que “tais serviços [de representação jurídica] subsumem-se na previsão do art.5.º, n.º1, do CCP, uma vez que estamos perante um objeto (representação de cliente em juízo) que abrange prestações que não são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza”. Acresce, ainda, que, “pesa embora o legislador não o tenha dito de forma expressa, o intérprete não deve cingir-se à letra da lei e deve interpretar a norma – sobretudo – em coerência com o Direito da União Europeia, em especial, com respeito pelo Primado do Direito Europeu.” Ainda, neste sentido, GONÇALO GUERRA TAVARES¹⁴⁴ reitera que “compreendemos bem a solução seguida pela Diretiva para os casos em que está em causa o mandato judicial. Na verdade, entendemos – como já entendíamos à luz da redação inicial deste preceito – que a Parte II do Código não deveria sequer ser aplicável quando se trata de contratação de mandato judicial, dado nomeadamente o disposto no artigo 67.º, n.º 2, do EOA aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro. É que, como decorre da referida norma, o mandato é uma relação de confiança, não podendo ser objeto, por qualquer forma, de medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante.” De igual modo, o mesmo Autor evidencia que esta solução não é novidade no ordenamento jurídico português, uma vez que “a contratação de serviços jurídicos para representação em processos judiciais é precisamente uma das situações que o legislador do regime jurídico dos contratos públicos na Região Autónoma dos Açores – segundo o disposto na Diretiva 2014/24/UE – entendeu excluir do respetivo âmbito de aplicação, conforme resulta da alínea f) do n.º2 do artigo 5.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A.”¹⁴⁵

Esta corrente doutrinária perfilha muitos dos argumentos que têm sido utilizados no âmbito do Direito da UE, tanto pelo legislador comunitário, como também pelos vários autores da comunidade europeia. De facto, mesmo que assumam um interesse transfronteiriço certo, em abstrato, a forma de escolha dos profissionais *sui generis* não se mostra compatível com as regras do mercado. Estamos perante uma relação *intuitu personae*, caracterizada pela livre escolha pelo cliente do seu defensor, e, ainda, pela relação de confiança que une ambas as

¹⁴³ FERNANDO PEDROSO, “As vantagens”, op. cit., pp. 69 e 70.

¹⁴⁴ GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário*, op. cit., pp. 176 e 177. Ver ainda, GONÇALO GUERRA TAVARES/ NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos - Âmbito da sua Aplicação*, Vol. I, Almedina, Coimbra (2009), p.108

¹⁴⁵ Sobre o assunto, ver PEDRO MELO/ PAULO LINHARES DIAS, *Comentário ao Regime Jurídico dos Contratos Públicos da Região Autónoma dos Açores*, Almedina, Coimbra (2016), pp. 27 a 29.

partes, sendo que é a própria natureza da relação que justifica, para estes autores, a sua exclusão do âmbito de aplicação do CCP, nomeadamente, da Parte II.

No plano da aquisição de outros tipos de serviços jurídicos, de *natureza pessoal mitigada*, (assessoria jurídica, consultoria, elaboração de emissão de pareceres, ...), a maioria da doutrina e jurisprudência concorda com a aplicação da exceção prevista na alínea b), do n.º 1, do artigo 27.º, nos termos já expostos. Neste sentido, JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹⁴⁶ defendem que “é justamente a adoção do procedimento de ajuste direto que assegura que tal abertura concorrencial não porá em perigo a natureza da relação de confiança inerente à prestação de serviços de assessoria jurídica: isto porque, no âmbito de um ajuste direto, só são convidados os operadores a quem a entidade adjudicante efetivamente reconhece a qualidade e aptidão para a execução do contrato com o nível de qualidade pretendido”.¹⁴⁷ Contudo, em sentido diverso surge FERNANDO PEDROSO¹⁴⁸, ao pleitear uma opinião mais conservadora, na medida em sugere o recurso ao procedimento de concurso limitado por prévia qualificação para a aquisição deste tipo de serviços de *natureza pessoal mitigada*. Para este autor, esta tipologia de serviços jurídicos deve ficar sujeita ao regime geral dos procedimentos de formação dos contratos, pois considera que suscitam um interesse contratual certo aos operadores económicos internos. Ao contrário do que acontece com a representação jurídica, na aquisição de outros tipos de serviços (de *natureza pessoal mitigada*) não está em causa “a natureza intrínseca da pessoa que irá prestar os serviços, ou ainda se os irá praticar ao mais baixo preço; o que está em causa é se essa mesma pessoa reúne os requisitos necessário para a prática dos mesmos e ainda se esses atributos se adequam ao valor estabelecido.”¹⁴⁹

Contudo, e apesar de aceitarmos o recurso ao ajuste direto para a contratação de serviços jurídicos de *natureza pessoal mitigada*, por via da alínea b), do n.º1, do artigo 27.º, não podemos desconsiderar a relevância que o dever de fundamentação assume, neste enquadramento. Na verdade, e atendendo aos contornos deste tipo de serviços, já não nos encontramos perante um plano em que a *especial aptidão técnica e intelectual* é tão acentuada como no caso da

¹⁴⁶ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação”, op. cit., p.404.

¹⁴⁷ No mesmo sentido, JOSÉ PINTO DE ALMEIDA/RICARDO MAIA MAGALHÃES/ANA FILIPA URBANO, “Um caso de ajuste direto”, op. cit., p. 40; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito*, op. cit., pp. 548 e ss.

¹⁴⁸ FERNANDO PEDROSO, “As vantagens”, op. cit., pp. 71 e ss.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, surge a Sentença emanada pelo Tribunal de Contas, n.º1/2015-3.ª Secção PL, Proc. n.º 03JFR/2014, na qual defende que o procedimento pré-contratual apropriado para a aquisição de serviços de prestação de serviços de consultoria, patrocínio judiciário, emissão de pareceres e estudos em atos, procedimentos ou processos jurisdicionais a ocorrer, no futuro, será o concurso limitado por prévia qualificação.

representação jurídica.¹⁵⁰ Ao invés, e desde logo por serem considerados de “*natureza pessoal mitigada*”, são um tipo de serviços jurídicos que não se encontram tão dependentes das qualidades e características pessoais do prestador, nem os elementos da confiança e a confidencialidade exprimem um peso tão relevante, e, portanto, apresentam uma menor natureza *intuitu personae*. Nesta medida, apesar de a contratação deste tipo de serviços jurídicos ser possível através do procedimento de ajuste direto, com fundamento em critérios materiais, mostra-se imprescindível que a respetiva decisão de contratar seja composta por uma fundamentação reforçada, sob pena de não se encontrarem reunidos os pressupostos que decorrem da alínea b), do n.º1, do artigo 27.º, do CCP.¹⁵¹ Aliás, esta exigência de fundamentação acrescida decorre, especialmente, da obrigatoriedade de emissão de parecer prévio favorável, por parte do diretor da «JurisAPP», para a aquisição de serviços jurídicos (de *natureza pessoal mitigada*).¹⁵² Pelo que, é manifesta a importância que o dever de fundamentação adquire na demonstração do preenchimento dos critérios materiais aquando da decisão de contratar externamente serviços jurídicos por via de ajuste direto.

iii) A atual posição da jurisprudência nacional: em especial, a Sentença do TAF de Penafiel, de 28 de dezembro de 2018

Recentemente, a jurisdição administrativa portuguesa foi chamada a decidir, não só, mas também, sobre a questão aqui em debate, isto é, se uma entidade adjudicante (neste caso em concreto, um município) pode recorrer ao ajuste direto para aquisição de serviços de representação jurídica, com base em critério materiais, ao abrigo da alínea b), do n.º1, do artigo

¹⁵⁰ O Tribunal de Contas, no Acórdão n.º 39/2010, de 03/11/2010, 1.ª S/SS – Proc. n.ºs 1175 a 1178/2010, foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade de um ajuste direto realizado por uma instituição pública a uma sociedade de advogados para aquisição de serviços de assessoria jurídica. Aponta o mencionado acórdão que “em inúmeras situações em que a avaliação da aptidão técnica do prestador seria adequada e em que a questão da confiança subjetiva no prestador se podia equacionar, o legislador afastou expressamente a possibilidade de essa avaliação ser feita de forma puramente subjetiva e de fundar uma atribuição direta. No caso concreto, analisava-se uma “matéria de simples assessoria, nalguns casos de natureza corrente, para a qual uma qualificação técnica pode trazer confiança suficiente” e que não tinha ficado demonstrado “que no caso concreto a confiança técnica não fosse avaliável por elementos curriculares, que, de resto, precisamente se invocaram para a concreta escolha feita.” Nesta medida, considerou-se que a situação de traduzia numa “contratação de serviços por ajuste direto, com violação do disposto no artigo 27.º, n.º 1, alínea b), n.º 3 e n.º 4, do Código dos Contratos Públicos, dada a natureza dos serviços envolvidos e a insuficiente fundamentação e demonstração da verificação dos pressupostos legais para o recurso a essa modalidade de adjudicação.”

¹⁵¹ Neste sentido, ver o Acórdão do TC, n.º 15/2013, de 15/05/2013, 1ª S/SS, Proc. n.º 217/2013.

¹⁵² Tal como já foi possível demonstrar, nos termos do Decreto-Lei.º 149/2017, de 6 de dezembro, nomeadamente, no n.º 4, do artigo 18.º, não fica dependente da emissão de parecer prévio a contratação de serviços jurídicos externos cujo objeto seja o patrocínio judiciário.

27.º, do CCP. No âmbito do processo n.º 454/18.9BEPNF, o TAF de Penafiel, viu-se compelido a pronunciar-se, principalmente, sobre a (falta) de fundamentação e, ainda, sobre a (i)legalidade, da decisão do município em contratar serviços de representação jurídica, por ajuste direto, a uma sociedade de advogados, cujo processo judicial já corria termos em segunda instância.

Quanto à questão da fundamentação, uma vez que estamos perante a contratação de serviços jurídicos por uma entidade adjudicante, tal como já vimos, esta terá que ser reforçada, na medida em que se trata de uma exceção à regra geral de adoção de procedimento concorrenciais “abertos”, nos termos do disposto no artigo 36.º, do CCP. Nesta medida, o Tribunal olhou para a Lei de Orçamento do Estado em vigor à data da decisão (Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro) e entendeu que esta entidade adjudicante (município) poderia proceder à contratação externa de serviços de representação jurídica por uma entidade especializada para o efeito. Assim, de acordo com o n.º 5, do artigo 61.º, da LOE 2018, o legislador exige ao município que comprove a situação de exceção que levou à tomada daquela decisão de contratar externamente¹⁵³, bem como apresente uma fundamentação cabal.

No que concerne ao recurso do procedimento de ajuste direto, com base em critérios materiais, para a aquisição de serviços de patrocínio judiciário, a sentença reforça, antes de mais, o carácter excecional e casuístico do mecanismo resultante da alínea b), do n.º1, do artigo 27.º, do CCP.¹⁵⁴ No caso em apreço, o Tribunal considerou (e bem) que “se justificava a necessidade de recorrer ao procedimento de ajuste direto”, na medida que se encontravam “preenchidos os requisitos para a escolha do procedimento de ajuste direto, nos termos do art.27.º, n.º1, al. b), do CCP.”¹⁵⁵ Todavia, reforçou que, para a análise sobre a aplicabilidade ou

¹⁵³ Uma vez que as entidades públicas, incluindo os municípios, estão adstritos à obrigatoriedade de, em primeira mão, contratarem *in house*, isto é, com recurso aos seus meios internos, tal como já foi referido.

¹⁵⁴ “Por força do referido princípio da concorrência, à luz do qual a opção regra deverá recair sempre pela escolha de um procedimento que promova a concorrência, os critérios que constam do art. 27.º do CCP (e designadamente o que nestes autos se coloca em crise) assumem natureza excecional, ou pelo menos especial, e como tal devem ficar reservados para situações particulares, apreciadas casuisticamente e tendo por base as suas características em concreto”.

¹⁵⁵ Este Tribunal considerou que, antes de mais, se encontravam preenchidos os requisitos necessários para aplicação desta exceção, nomeadamente: o preço base fixado respeitava os limiares impostos pelo n.º 3, do artigo 27.º, alínea b), do n.º 1, do artigo 20.º e alíneas b) e c), do n.º 3, do artigo 474.º, todos do CCP; a impossibilidade de recurso a um critério exclusivamente quantitativo, na medida que “os serviços pretendidos exigiam um nível acrescido de criatividade intelectual e especiais conhecimentos no âmbito jurídico e de contenciosos” e, por isto, “não é admissível que se imponha à entidade demandada a contratação dos profissionais que ofereçam o menor preço”; e, por último, na medida em que a prestação implicaria uma capacidade negocial, não permitira estabelecer qualquer espécie de prestação contratual, porquanto “se o especial enfoque da contratação está na negociação, não se antevê que qualidades podiam ser impostas.”

não daquele normativo, há que ter em consideração “a natureza das respetivas prestações a adquirir, e não as características subjetivas da entidade adjudicante” uma vez que “o ponto de partida da análise terá que ser sempre as prestações a que os serviços a adquirir dizem respeito, e não as características subjetivas do prestador do serviços”. Ora, aqui, o Tribunal enfatiza a ideia de que temos que atender sempre à especificidade da situação concreta e não para a realidade considerada de modo genérico e abstrato para perceber se a mesma tem cabimento ou não na alínea b), do n.º 1, do artigo 27.º, do CCP. Relativamente à questão em litígio, considerou que “a especificidade da situação – pela natureza do processo, dos serviços pretendidos em concreto, e ainda pela circunstância de se tratar de um processo já pendente – faz com que as prestações a adquirir assumam natureza *sui generis*, de tal ordem que não é possível estabelecer especificações contratuais suficientemente precisas para definir atributos qualitativos das propostas”.

De todo o modo, o Tribunal venceu de forma inequívoca que não acompanha a posição que pugna pela exclusão da aquisição deste tipo de serviços do âmbito da aplicação do CCP, na medida em que declarou que “os contratos de aquisição de serviços jurídicos não foram excluídos do CCP [e com a exclusão das diretivas não se confunde a exclusão do CCP]”, o que potenciou o requerimento pela contrainteressada do reenvio prejudicial para o TJUE. Face a este pedido, o Tribunal indeferiu o mesmo, considerando que não estaríamos perante uma questão prejudicial à decisão do objeto¹⁵⁶. A contrainteressada, seguidamente, apresentou recurso desta decisão, alegando, em suma, que saber se os serviços jurídicos de representação judiciária e mandato forense deveriam estar, ou estão, excluídos do âmbito material de aplicação do CCP, face ao primado do Direito Comunitário, é de enorme relevância social e jurídica e de importância considerável para o combate à incerteza e insegurança jurídica que se sente neste âmbito.

Posto que, resta-nos aguardar pelo desfecho desta interposição. Quanto a nós, consideramos de maior interesse que esta questão fosse submetida à apreciação do TJUE para que conseguíssemos alcançar, por fim, a uma solução expressa e indubitável.

¹⁵⁶ Segundo FERNANDO PEDROSO, “andou mal o tribunal que indeferiu os termos em que veio a ser requerido o reenvio prejudicial, porquanto estamos perante um contrato excluído das diretivas comunitárias, por via da alínea d) do art. 10.º da Diretiva 2014/24/UE, que exclui, de forma inequívoca e expressa, os contratos públicos de representação de um cliente por advogado, bem com o aconselhamento jurídico prestado em preparação de qualquer desses processos (judiciais) (...)” – FERNANDO PEDROSO, “As vantagens”, op. cit., p. 77.

CONCLUSÃO

Chegados ao fim do presente estudo, podemos concluir que ainda temos um longo percurso a calcorrear no que respeita à consagração de uma solução axiomática para o tema em análise. Apesar de a utilização de critérios materiais para a escolha de procedimentos de ajuste direto ter feito correr rios de tinta, permitindo amplos debates dentro da doutrina e da jurisprudência nacionais, em boa verdade, a escolha do procedimento adequado para a aquisição de serviços de representação jurídica (e outros tipos de serviços jurídicos) não tem recebido a merecida atenção. Desde já, a falta de (re)conhecimento deste tema merece a nossa crítica, já que a aquisição de serviços jurídicos, por entidades públicas, é uma necessidade recorrente e quotidiana das mesmas.

Acreditamos que a falta de clareza e precisão que existe relativamente a esta questão poderia ter sido facilmente superada aquando da transposição da Diretiva 2014/24/UE para o ordenamento nacional. No entanto, o legislador português preferiu não perfilhar uma posição no que toca à aquisição deste tipo de serviços, o que exigiu, por parte da doutrina, um trabalho de análise crítica, de forma a conseguir-se apurar uma proposta juridicamente competente para a resolução desta problemática. Acontece que, as opiniões não têm sido totalmente unânimes, porquanto os autores foram avançando algumas posições distintas. Todavia, conseguimos perceber alguns pontos de contacto e depreender qual tem prevalecido. A doutrina maioritária tem defendido que a entidade adjudicante poderá adquirir serviços jurídicos (representação jurídica, aconselhamento jurídico, elaboração de pareceres, ...) recorrendo ao ajuste direto, utilizando critérios materiais, ao abrigo da alínea b), do n.º1, do artigo 27.º do CCP.

Todavia, não consideramos que o legislador português esteja adormecido no que toca a esta questão, na medida em que, em 2018, operou uma alteração do paradigma normativo com a criação do Centro de Competências Jurídicas do Estado. Também, nas sucessivas leis que aprovam o Orçamento do Estado, a aquisição de serviços jurídicos por parte das entidades públicas tem merecido tratamento. Contudo, apesar destas tentativas, não nos parece que esteja a conseguir sedimentar uma solução clara e precisa, nomeadamente, porque não assume uma posição na matéria. Neste sentido, consideramos, que, forçosamente, teremos que esperar que a jurisprudência nacional desconstrua a questão aqui em debate e que se pronuncie sobre a solução adequada a dar à mesma, tal como já o fez anteriormente, ou, em *ultima ratio*, pela pronúncia do TJUE. Concluindo, esperamos que este trabalho tenha auxiliado na desvenda desta questão e que estejamos cada vez mais próximos de uma solução jurídica suficiente.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRA LEITÃO, “A Representação do Estado pelo Ministério Público nos Tribunais Administrativos”, *REVISTA JULGAR*, n.º 20, Coimbra Editora, 2013.

ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2014.

ALFREDO GASPAR, *Estatuto da Ordem dos Advogados e Legislação Complementar Anotado*, Jornal do Fundão Editora, 1985.

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Contrato público e domínio público – Os contratos sobre o domínio público à luz do Código dos Contratos Públicos e da nova legislação sobre o domínio público”, *Estudos de Contratação Pública – I*, org. Pedro Costa Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008.

DÉBORA MELO FERNANDES, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos revisto”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2019.

DOMINGOS SOARES FARINHO, “Serviços sociais e outros serviços específicos: o Leopardo e o Ornitorrinco entre os três setores de atividade económica”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2019.

FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007.

FERNANDO PEDROSO, “As vantagens do ajuste direto e os respetivos perigos – Em especial, os serviços de assessoria jurídica e representação judiciária”, *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 28, AEDREL, 2020.

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2019.

GONÇALO GUERRA TAVARES/ NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos - Âmbito da sua Aplicação*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2009.

JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação pública de serviços de assessoria jurídica”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010.

JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNANDÉZ SANCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública*, 2016.

JOÃO FILIPE GRAÇA, “A escolha dos procedimentos pré-contratuais no Código dos Contratos Públicos revisto”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3.^a edição, AAFDL, Lisboa, 2019.

JOÃO PACHECO DE AMORIM / CARLA GRANJO, *As competências decisórias nos procedimentos de contratação pública municipal*, (2011), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, CEDIPRE, 2011.

JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010.

JOSÉ DUARTE COIMBRA, “Planeamento da contratação e consultas preliminares ao mercado”, *Atas da Conferência - A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins, Edição ICJP/CIDP, Lisboa (2016).

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.

JOSÉ PINTO DE ALMEIDA/RICARDO MAIA MAGALHÃES/ANA FILIPA URBANO, “Um caso de ajuste direto por razões materiais que o tribunal sufragou: em especial, a aquisição de serviços de representação jurídica”, *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 22, 2019.

LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direitos dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, Lisboa, 2015.

MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADI DE MATOS, *Contratos Públicos (Direito Administrativo Geral, III)*, Dom Quixote, 2008.

MARCO CERUTI, “Exclusion of Certain Legal Services from Directive 2014/24/EU – Annotation on the judgment of the Court of Justice on the European Union (Fifth Chamber) of 6 June 2019 in Case C-264/18 *P.M. and Others v Ministerraad*”, *EPPPL*, N.º 3, 2019.

MARGARIA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1999.

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012.

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2006.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro”, *E-Pública Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 6, n.º 3, 2019.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “As «Exceções» da Contratação Pública e da Concorrência”, *Contratação Pública e Concorrência*, org. de Cláudia Trabuço e Vera Eiró, Almedina, Coimbra, 2013.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013.

PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020.

PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, *Direito Público e Regulação*, n.º 8, Coimbra Editora, 2013.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A revisão do Código dos Contratos Públicos – Avanço ou retrocesso na promoção da concorrência?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 125, 2017.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alterações no âmbito de aplicação do regime de Contratação Pública à luz do anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Atas da Conferência - A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins, Edição ICJP/CIDP, Lisboa, 2016.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume I, AAFDL, Lisboa, 2020.

PEDRO MATIAS PEREIRA/RUI MESQUITA GUIMARÃES, “O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português”, *Revista de Contratos Públicos*, ano 3, n.º 5, Belo Horizonte, 2014.

PEDRO MELO/ PAULO LINHARES DIAS, *Comentário ao Regime Jurídico dos Contratos Públicos da Região Autónoma dos Açores*, Almedina, Coimbra, 2016.

RAQUEL CARVALHO, “A exigência de fundamentação na contratação pública como instrumento de salvaguarda da concorrência”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 21, CEDIPRE, 2019.

RICARDO BRANCO, “A revisão do CCP e os princípios jurídicos gerais em matéria de formação dos contratos públicos”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2019.

SÉRVULO & ASSOCIADOS, SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL, *Manual de Procedimentos Contratação Pública de Bens e Serviços – do Início do Procedimento À Celebração do Contrato*.

SÉRVULO CORREIA, “A Representação das Pessoas Coletivas Públicas na Arbitragem Administrativa”, *Estudos de Direito de Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, 2015.

TIAGO DUARTE, “A decisão de contratar no Códigos dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, org. de Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, 2008.

TIAGO MASCARENHAS, “Os dois valores do contrato público: uma proposta de interpretação do artigo 17.º do CCP após a revisão de 2017”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 20, CEDRIPRE, 2019.

VINCENT NEVEUX, “Marchés publics de services juridiques: l’avocat este n dehors du champ de la concurrence”, *Revue de L’Union Européenne*, n.º 365, 2020.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Administrativo e Fiscal de Penafiel

- Sentença do TAF de Penafiel, de 27/12/2018, Proc. n.º 454/18.9BEPNF

Tribunal Central Administrativo Norte

- Acórdão do TCA Norte, de 03/07/2020, Proc. n.º 00902/19.2BEPNF-S1
- Acórdão do TCA Norte, de 09/04/2021, Proc. n.º 00240/20.6BEPNF-S1

Tribunal Central Administrativo Sul

- Acórdão TCA Sul, de 21/01/2021, Proc. n.º 221/20.0BELSB-S1

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão do STA, de 26/01/2017, Proc. n.º 01213/16

Tribuna de Contas

- Sentença Tribunal de Contas n.º 39/2010, 1.ª S/SS, Proc. n.ºs 1175 a 1178/2010
- Sentença Tribunal de Contas n.º 1/2015, 3.ª Secção PL, Proc. n.º 03JFR/2014
- Acórdão Tribunal de Contas n.º 15/2013, 1.ª Secção SS, Proc. n.º 217/2013

Tribunal Judicial da União Europeia

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 06/06/2019, 5.ª secção, Proc. n.º C-264/18