

ASSUNTO:	Código dos Contratos Públicos. Artigo 113.º.
Parecer n.º:	INF_DSAJAL_CG_8896/2021
Data:	14-07-2021

Pelos serviços da Câmara Municipal foi solicitado parecer sobre três questões relativas ao Código dos Contratos Públicos (CCP)¹. Por questões de metodologia iremos responder autonomamente a cada uma das questões colocadas.

Cumpre, assim, informar:

A - “[qual] o modo correto de contabilizar os acumulados dos últimos três anos, respeitantes aos procedimentos de Ajuste Direto Regime Simplificado, Ajuste Direto e Consulta prévia, previstos no n.º 2 do artigo 113.º do código dos contratos Públicos.

Desta forma, tendo este município sido confrontado com a existência de um entendimento de que, os procedimentos de Ajuste Direto Regime Simplificado, Ajuste Direto e Consulta prévia, previstos nas alíneas c) e d) do artigos 19.º e c) e d) do 20.º do CCP, são todos procedimentos fechados, deverá ser feita uma contabilização global de todos eles, consoante se trate da aquisição de bens e serviços, ou empreitadas, e nesse sentido há a documentação do IGAP de uma formação realizada em março de 2018 onde na página 72 é vertido este entendimento (cfr. documento da formação do IGAP que se anexa).

E, um outro entendimento que diz que a contabilização trienal deve ser feita por cada tipo de procedimento, ou seja, os limites de cada um deles não são somados na totalidade, são autónomos e

¹ Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, na redação conferida pela Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro, retificada e republicada pela Declaração de Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro, sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio e pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro, pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19 de março, e pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

independentes, consoante se trate da aquisição de bens e serviços, ou empreitadas, o que significa que um fornecedor que esteja impedido de ser convidado para uma consulta prévia, porque já atingiu o limite legal previsto para esse procedimento, pode ser convidado para um ajuste direto, e, nesse sentido vem o orientação técnica do IMPIC 01/CCP/2018, ponto 7, a orientação técnica da DAJ de 01/09/2019 e um parecer da CCDRc de 12/06/2018 (DAJ 166/18), que também se juntam.

O que se pretende é que fique claro qual destes entendimentos sobre o modo de contabilização dos acumulados previstos no n.º 2 do art.º 113.º do CCP, deve o município seguir de forma a não existirem dúvidas na sua aplicação."

A escolha das entidades convidadas a apresentar proposta nos procedimentos de consulta prévia ou de ajuste direto cabe ao órgão competente para a decisão de contratar – de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 113.º do CCP.²

O n.º 2 do artigo 113.º do CCP determina que *"Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas."*³

O Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P. (IMPIC), enquanto organismo responsável pelo acompanhamento e monitorização dos contratos públicos e respetiva regulação (cf. artigo 454.º-A do CCP), emitiu em 2/02/2018 a "Orientação técnica nº 01/CCP/2018: Escolha das entidades a convidar nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia (artigo 113.º do CCP)"⁴, sobre a pergunta *"As adjudicações por ajuste direto somam às da consulta prévia para efeitos de contabilização dos limites previstos no n.º 2 do artigo 113.º?"*

"7 - As adjudicações por ajuste direto somam às da consulta prévia para efeitos de contabilização dos limites previstos no n.º 2 do artigo 113.º?"

² Sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 128.º do CCP.

³ A norma do artigo 113.º/2 do CCP não foi alterada pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, vigorando desde 1 de janeiro de 2018.

⁴ Que se encontra disponível para consulta em: https://www.impic.pt/impic/assets/misc/pdf/OrientacaoTecnicaIMPIC_01CCP2018.pdf

Não. Uma vez que os procedimentos são autónomos, dispondo cada um deles de limiares próprios, não deve ser efetuada a contabilização conjunta dos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia. Pode suceder que um fornecedor já não pode ser convidado para um ajuste direto, por ter atingido os respetivos limites, mas pode ainda ser convidado para uma consulta prévia."

Em junho de 2018 a CCDR-Centro emitiu parecer⁵ sobre esta matéria, no qual se responde à pergunta "Para efeitos de limites, dever-se-á considerar a acumulação de ajustes diretos com a consulta prévia?" de modo convergente com o defendido pelo IMPIC:

Resulta, ainda, da nova redação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP que **devem ser somadas as adjudicações de contratos de locação e aquisição de bens móveis às adjudicações de contratos de aquisição de serviços efetuadas à mesma entidade na sequência do mesmo tipo de procedimento (ajuste direto ou consulta prévia)**. Pois na letra da lei "2- Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado (...) na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto (...) nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso", ou seja, consoante se trate de consulta prévia ou de ajuste direto (sublinhado nosso).

(...)

Salientamos, porém, que **a soma dessas adjudicações deve ser feita por tipo de procedimento (ajuste direto ou consulta prévia)**. Não devem ser somadas as adjudicações na sequência de ajuste direto às adjudicações na sequência de consulta prévia. Neste contexto, parece-nos que o legislador tornou ainda mais restritivo o regime de escolha de entidades a apresentar proposta.

Em síntese, entendemos que:

- Para efeitos de limites, devem-se considerar as adjudicações de contratos efetuadas por ajuste direto ou consulta prévia a partir de 1 de janeiro de 2018;
- Portanto, para efeito de contabilização de limites, não deverá considerar-se o histórico de adjudicações anteriores àquela data;
- **Para efeitos de limites, não devem ser acumuladas adjudicações de contratos por ajustes diretos e consultas prévias;**
- Por conseguinte, para efeito de contabilização de limites, deve-se proceder à segregação por tipo de procedimento."

⁵ Parecer DAJ 166/18 de 12 de junho de 2018, disponibilizado pela CCDR-Centro em http://www.ccdrc.pt/index.php?option=com_docman&view=download&alias=4383-parecer-daj-166-18-12-06-2018-1&Itemid=848

Por outro lado, a Direção-Geral da Administração da Justiça (DGAJ) emitiu uma orientação técnica (em 1 de setembro de 2019)⁶ sobre "Escolha das entidades a convidar nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia (artigo 113.º do CCP)" (através da sua Divisão de Contratação Pública e Equipamentos)⁷, em cujo ponto 6 e em resposta à pergunta "Podem ser convidadas entidades que já foram adjudicatárias em anteriores procedimentos?" esclarece o seguinte:"

"Podem ser convidadas entidades que já foram adjudicatárias em anteriores procedimentos?"

O n.º 2 do artigo 113.º do CCP estabelece limites máximos a partir dos quais determinadas entidades (fornecedores) deixam de poder ser convidados a apresentar proposta num procedimento de ajuste direto ou de consulta prévia **tendo em conta o seu passado contratual (recente) com o objetivo de impedir que as relações contratuais perdurem com as mesmas entidades.**

Há, portanto, que se atender aos seguintes pontos:

O disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, é aplicável não só ao procedimento de ajuste direto, mas também ao procedimento de consulta prévia, criado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, cujos valores-limite são os previstos nas alíneas c) e d) dos artigos 19.º e 20.º do CCP.

Então:

- No procedimento de ajuste direto o limite é de € 20.000, no caso de aquisição de bens e serviços, e de € 30.000, no caso de empreitadas de obras públicas.
- No procedimento de consulta prévia o limite é de € 75.000, no caso de aquisição de bens e serviços, e € 150.000, no caso de empreitadas de obras públicas.

Portanto, não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração

⁶ Que se encontra disponível para consulta em: https://dgaj.justica.gov.pt/Portals/26/1-SOBRE%20A%20DGAJ/Concursos%20p%C3%BAblicos/Orienta%C3%A7%C3%B5es%20t%C3%A9cnicas/Orienta%C3%A7%C3%A3o%20T%C3%A9cnica_113%20n2%20CCP.pdf?ver=2019-09-23-090124-737

⁷ Nessa orientação técnica, a DGAJ refere que "Estes dois procedimentos [ajuste direto e consulta prévia] são procedimentos fechados o que significa que não são totalmente abertos à concorrência, no entanto essa liberdade de escolha não é discricionária uma vez que o órgão deve fundamentar porque escolhe uma entidade em detrimento de outra."

de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas.

Por outro lado, por ter sido eliminado do normativo o pressuposto qualitativo “prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar”, **deixou de ser relevante o objeto em concreto do contrato, passando a relevar apenas a identidade do operador económico a quem a entidade adjudicante tenha adjudicado**, no triénio previsto na lei. Portanto, a contabilização deve ser feita apenas em função da entidade e não em função da identidade das prestações (por referência ao Código CPV).

(...)

Desta feita, e como já adiantámos, **é nosso entendimento que, para o cálculo do “preço contratual acumulado” previsto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP apenas se devem somar os preços de contratos celebrados (i) na sequência de procedimentos da mesma natureza e (ii) que digam respeito ao mesmo tipo de contratos**, de acordo com as categorias estabelecidas nos artigos 19.º e 20.º do CCP (i.e., contratos de empreitada versus contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços).

Em suma:

- As **adjudicações por ajuste direto não somam às adjudicações por consulta prévia para efeitos de contabilização dos limites previstos, na medida em que são procedimentos distintos e autónomos, com limiares próprios;**
- As adjudicações por ajuste direto para o fornecimento de bens ou a prestação de serviços não cumulam com as adjudicações por ajuste direto para a execução de uma empreitada;
- As adjudicações por consulta prévia para o fornecimento de bens ou a prestação de serviços não cumulam com as adjudicações por consulta prévia para a execução de uma empreitada;
- Pode acontecer que uma entidade já não possa ser convidada para um ajuste direto, mas pode ser convidada para uma consulta prévia."

A opinião doutrinal que a consulente indica como tendo sido sufragada numa ação de formação sobre a revisão do CCP não está devidamente justificada no documento enviado, aliás nem sequer é possível perceber que tenha sido exposta no sentido indicado pela consulente.

Em conclusão,

Tendo presente o atrás exposto, e em face da orientação técnica do IMPIC (enquanto organismo responsável pelo acompanhamento e monitorização dos contratos públicos e respetiva regulação) e do entendimento seguido pelas CCDR e DGAJ, resulta que, para efeitos de contabilização dos limites previstos

no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, para escolha e convite de entidades, as adjudicações por ajuste direto não somam à da consulta prévia, porquanto se tratam de procedimentos autónomos, dispondo cada um deles de limiares próprios. Como tal, não deve ser efetuada a contabilização conjunta dos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia aquando da aplicação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

B - *"Mais aproveitamos para, e uma vez que foi publicada a Lei 30/2021, de 21 de maio, que aprova as medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro, solicitar também **parecer sobre a interpretação a dar à alteração efetuada ao artigo 113º do CCP, designadamente, os novos nºs 4 e 6 do art.º 113º.***

Assim, quando o n.º 4 do art.º 113º do CCP, na redação dada pela Lei 30/2021, diz: «4- O disposto no n.º 2 não se aplica aos procedimentos de ajuste direto para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente promovidos por autarquias locais sempre que:

a) A entidade convidada seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, com sede e atividade efetiva no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante; e

b) A entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir.»

O que o legislador entende por bens e serviços de uso corrente, e que tipo de documentos devem ser pedidos, pela entidade adjudicante, no convite que comprovem que a empresa é micro, pequena ou média e está devidamente certificada, bem como a forma de comprovar que a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir nesse território."

I – Dos bens ou serviços de uso corrente

Na redação que lhe foi conferida Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, desde de 20 de junho de 2021 que o n.º 4 do artigo 113.º do CCP passou a prever o seguinte:

"4 - O disposto no n.º 2 não se aplica aos procedimentos de ajuste direto para a formação de **contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente promovidos por autarquias locais sempre que:**

- a) A entidade convidada seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, com sede e atividade efetiva no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante; e
- b) A entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir.

O conceito de “bens/serviços de uso corrente” não é novo e já se encontrava em diversas disposições do CCP, grande parte delas desde a sua versão originária.⁸

No próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, é explicado que se entendem como bens ou serviços de uso corrente “aqueles bens e serviços cujas especificações técnicas são standardizadas.”.

O Tribunal de Contas, no Acórdão 4/2018 de 20/03/2018 (Secção: 1ª S/PL; Recurso Ordinário: 5/2018; Processos: 3504/2017 e 3850/2017)⁹ apresenta uma análise bastante completa sobre o conceito de bens ou serviços de “uso corrente”:

*“18. A doutrina tende a considerar que **os bens ou serviços são de “uso corrente” quando se trate de «(...) bens consumíveis, cujo stock é necessário repor frequentemente e cuja oferta, pelos diversos fornecedores ou prestadores, é praticamente idêntica – sem prejuízo de poder haver nichos de mercado onde os mesmos se revestem de alta qualidade (e custam preços bem mais elevados do que os “correntes”, digamos assim) – sendo, as respetivas especificações técnicas e funcionais, porque standardizadas, facilmente definíveis na totalidade»**. 3 [Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. Citada, pp. 722.] Ou que «De acordo com o artigo 237.º, n.º 2,(do CCP) consideram-se serviços e bens de uso corrente “aqueles cujas especificações técnicas se encontrem totalmente standardizadas”: embora tal preceito afirme expressamente que esta noção apenas vale para efeitos da instituição de serviços de aquisição dinâmicos, **na ausência de qualquer outro apoio não nos repugna utilizá-lo para efeitos de delimitação do âmbito de aplicação do concurso público urgente**». 4 [Cfr. MIGUEL LUCAS PIRES, Concurso público urgente – o regime do Código dos Contratos Públicos, in Revista de Contratos Públicos, n.º 4, 2012, CEDIPRE, pp. 151.]*

(...)

⁸ Vejam-se, por exemplo, a alínea a) do n.º 1 do artigo 26.º, o artigo 155.º e o n.º 1 do artigo 237.º do CCP.

⁹ Disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2018/ac004-2018-1spl.pdf>

21. (...) *a caracterização desses serviços como de “uso corrente” compete à própria entidade adjudicante tendo em conta o “nicho de mercado” em que ela se insere; considerando ainda que os serviços em causa possam ser considerados como serviços standardizados ou padronizados, de acordo com as normas internacionais aplicáveis, (...).*”

Em conclusão,

1. Conforme refere o Tribunal de Contas e defende a doutrina, a definição de bens ou serviço de uso corrente constante do n.º 2 do artigo 237.º do CCP, apesar de ser estabelecida a propósito da regulação dos sistemas de aquisição dinâmicos pode ser usada para efeitos de outras normas do CCP onde conste essa expressão, como sucede com o caso da nova redação do n.º 4 do artigo 113.º do CCP, conferida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

2. Em complemento do definido pelo CCP, a doutrina tem entendido que os bens ou serviços são de “uso corrente” quando se trate de “(...) *bens consumíveis, cujo stock é necessário repor frequentemente e cuja oferta, pelos diversos fornecedores ou prestadores, é praticamente idêntica – sem prejuízo de poder haver nichos de mercado onde os mesmos se revestem de alta qualidade (e custam preços bem mais elevados do que os “correntes”, digamos assim) – sendo, as respetivas especificações técnicas e funcionais, porque standardizadas, facilmente definíveis na totalidade*»”.

II – Da certificação de uma empresa como micro, pequena ou média

O Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro¹⁰, instituiu a certificação eletrónica do estatuto de micro, pequena e média empresas (PME).

A certificação de PME permite aferir o estatuto de micro, de pequena ou de média empresa de qualquer empresa interessada em obter tal qualidade (cf. n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 372/2007) e “*é aplicável a todas as empresas que necessitem de apresentar e comprovar o estatuto de micro, de pequena ou de média empresa no âmbito dos procedimentos administrativos para cuja instrução ou decisão final seja legalmente ou regulamentarmente exigida.*” (cf. n.º 1 do artigo 3.º).

¹⁰ Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, que cria a certificação eletrónica do estatuto de micro, pequena e média empresas (PME), alterado pelo Decreto-Lei n.º 143/2009, de 16 de junho e pelo Decreto-Lei n.º 81/2017, de 30 de junho.

Como tal, a utilização da certificação de PME prevista no presente decreto-lei “é obrigatória para todas as entidades envolvidas em procedimentos que exijam o estatuto de micro, de pequena ou de média empresa, designadamente as seguintes: a) Os serviços da administração directa do Estado; b) Os organismos da administração indirecta do Estado; c) O setor empresarial do Estado; d) As entidades administrativas independentes e da administração autónoma do Estado; [onde se incluem as autarquias locais] e) As entidades de direito privado que celebraram contratos ou protocolos com serviços e organismos do Estado neste âmbito.”.

A certificação de PME permite às empresas¹¹ provar o seu estatuto sempre que isso lhes seja pedido, incluindo para efeitos do previsto na alínea a) do n.º 4 do artigo 113.º do CCP, de acordo com as seguintes características (definidas pelo artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007:

a) Uma **micro empresa** tem simultaneamente:

- i) menos de 10 trabalhadores e
- ii) um valor total de vendas por ano igual ou inferior a 2 milhões de euros ou um balanço igual ou inferior a 2 milhões de euros. (cf. n.º 3 do artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007)

b) Uma **pequena empresa** tem simultaneamente:

- a) menos de 50 trabalhadores e
- b) um valor total de vendas por ano igual ou inferior a 10 milhões de euros ou um balanço igual ou inferior a 10 milhões de euros. (cf. n.º 2 do artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007)

c) Uma **média empresa** tem simultaneamente:

- a) menos de 250 trabalhadores e
- b) um valor total de vendas por ano igual ou inferior a 50 milhões de euros ou um balanço igual ou inferior a 43 milhões de euros. (cf. n.º 1 do artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007)

¹¹ Por empresa entende-se, neste âmbito, “qualquer entidade que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma atividade económica. São, nomeadamente, consideradas como tal as entidades que exercem uma atividade artesanal ou outras atividades a título individual ou familiar, as sociedades de pessoas ou as associações que exercem regularmente uma atividade económica.” (cf. artigo 1.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007).

A entidade competente para proceder à certificação de PME é o IAPMEI, I. P., sendo a mesma *"obtida exclusivamente através de formulário eletrónico transmitido através da Internet, não sendo admissível a submissão dos dados necessários ao seu preenchimento ou a sua obtenção por outra via."* (cf. artigo 4 e n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 372/2007).¹²

III – Do requisito da alínea b) do n.º 4 do artigo 113.º do CCP

O n.º 4 do artigo 113.º do CCP estabelece o seguinte:

"4 - O disposto no n.º 2 não se aplica aos procedimentos de ajuste direto para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente promovidos por autarquias locais sempre que:

- a) A entidade convidada seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, com sede e atividade efetiva no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante; e*
- b) A entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir."*

A alínea b) do n.º 4 do artigo 113.º do CCP impõe que as autarquias locais enquanto entidade adjudicante, para que possam não aplicar os limites fixados no n.º 2 do artigo 113.º convidem empresas devidamente certificadas como PME e que demonstrarem fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir no território da autarquia.

¹² Na própria página institucional do IAPMEI na internet existe um separador próprio sobre a certificação de PME (<https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Qualificacao-Certificacao/Certificacao-PME.aspx>), onde é feita a seguinte apresentação: *"A Certificação PME é um serviço que, por via exclusivamente eletrónica, atesta o cumprimento dos critérios de micro, pequena e média empresa por parte das empresas nacionais. Destina-se a micro, pequenas e médias empresas que pretendam fazer prova de que possuem esse estatuto e a entidades da Administração Pública, ou com ela protocoladas, que estejam obrigadas a exigir a comprovação do estatuto de PME para efeito de procedimentos administrativos (atribuição de apoios ou outras formas de discriminação positiva de micro, pequenas ou médias empresas). A certificação é integralmente efetuada online, no website do IAPMEI, através da área Serviços online, dispensando a entrega de qualquer documentação."*

O Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹³ já impõe, no geral, um dever de fundamentação dos atos administrativos que imponham encargos, de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 152.º. A regra geral de fundamentação dos atos administrativos *"impõe-se para conhecer o íter cognitivo e volitivo da Administração e permitirem a respetiva defesa pelo interessado, oscilando o grau de exigência da fundamentação, consoante a natureza do ato administrativo"*¹⁴.

Mas, o legislador consagrou este dever de fundamentação específico como condição e um requisito cumulativo e essencial para aplicação daquela norma com natureza especial, colocando o ónus da prova exclusivamente na entidade adjudicante.

Em conclusão,

O que significa que a entidade adjudicante para poder recorrer à exceção prevista no n.º 4 do artigo 113.º tem não apenas de fundamentar a sua decisão de contratar mas provar que a entidade convidada é, na respetiva circunscrição territorial, a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir.

Para o fazer terá, assim, que demonstrar qual foi o seu percurso cognitivo, quais as evidências que apontam nesse sentido e que de que diligências resultaram, de forma clara e objetiva para que dúvidas não haja de que a entidade adjudicante foi exaustiva e tudo fez ao seu alcance para encontrar outros operadores económicos que fornecessem aqueles bens ou prestassem aqueles serviços no território em questão.

E essa prova variará consoante o tipo de bens e a natureza do serviço a adquirir, mas, sobretudo, em função do concelho em causa.

Sendo certo que nos parece ser evidente que o critério do legislador não é o de que a entidade convidada sejam o único operador económico daquela concelho que pudesse fornecer o bem ou prestar o serviço pretendido, mas sim que não existam mais agentes económicos que atuem naquela área geográfica (com algum grau de margem) e que pudessem satisfazer aquela necessidade em concreto da entidade adjudicante.

¹³ Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, alterado pela Lei n.º 72/2020, de 16 de novembro.

¹⁴ Como refere Carlos José Batalhão, em *"Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas práticas e jurisprudência"*, Porto Editora, Porto, 2015, página 228.

C – “Relativamente ao nº 6 do art.º 113º do CCP, na redação dada pela da Lei 30/2021, de 21 de maio, que diz: «6- Não podem também ser convidadas a apresentar propostas entidades especialmente relacionadas com as entidades referidas nos nºs 2 e 5, considerando -se como tais, nomeadamente, as entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes legais ou sócios, ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo» o que se deve entender por «...entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes legais ou sócios, ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo», ou seja, que nível de partilha, ainda que parcial, o legislador se refere, e que devem **as entidades públicas verificar e comprovar por forma a dar cumprimento a esta norma.”**

O Código das Sociedades Comerciais, nos seus artigos 482.º e seguintes, define e concretiza os conceitos de direito societário que foram usados pelo legislador no n.º 6 do artigo 113.º do CCP:

“Artigo 482.º - Sociedades coligadas

Para os efeitos desta lei, consideram-se sociedades coligadas:

- a) As **sociedades em relação de simples participação;***
- b) As **sociedades em relação de participações recíprocas;***
- c) As **sociedades em relação de domínio;***
- d) As sociedades em relação de grupo.*

Artigo 483.º - Sociedades em relação de simples participação

1 - Considera-se que uma sociedade está em relação de simples participação com outra quando uma delas é titular de quotas ou ações da outra em montante igual ou superior a 10% do capital desta, mas entre ambas não existe nenhuma das outras relações previstas no artigo 482.º

2 - À titularidade de quotas ou ações por uma sociedade equipara-se, para efeito do montante referido no número anterior, a titularidade de quotas ou ações por uma outra sociedade que dela seja dependente, direta ou indiretamente, ou com ela esteja em relação de grupo, e de ações de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer dessas sociedades.

(...)

Artigo 485.º - Sociedades em relação de participações recíprocas

1 - As sociedades que estiverem em relação de participações recíprocas ficam sujeitas aos deveres e restrições constantes dos números seguintes a partir do momento em que ambas as participações atinjam 10% do capital da participada.

2 - A sociedade que mais tardiamente tenha efetuado a comunicação exigida pelo artigo 484.º, n.º 1, donde resulte o conhecimento montante da participação referido no número anterior, não pode adquirir novas quotas ou ações na outra sociedade.

3 - As aquisições efetuadas com violação do disposto no número anterior não são nulas, mas a sociedade adquirente não pode exercer os direitos inerentes a essas quotas ou ações na parte que exceda 10% do capital, excetuado o direito à partilha do produto da liquidação, embora esteja sujeita às respetivas obrigações, e os seus administradores são responsáveis, nos termos gerais, pelos prejuízos que a sociedade sofra pela criação e manutenção de tal situação.

4 - Cumulando-se as relações, o disposto no artigo 487.º, n.º 2, prevalece sobre o n.º 3 deste artigo.

5 - Sempre que a lei imponha a publicação ou declaração de participações, deve ser mencionado se existem participações recíprocas, o seu montante e as quotas ou ações cujos direitos não podem ser exercidos por uma ou por outra das sociedades.

Artigo 486.º - Sociedades em relação de domínio

1 - Considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante.

2 - Presume-se que uma sociedade é dependente de uma outra se esta, direta ou indiretamente:

a) Detém uma participação maioritária no capital;

b) Dispõe de mais de metade dos votos;

c) Tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização.

3 - Sempre que a lei imponha a publicação ou declaração de participações, deve ser mencionado, tanto pela sociedade presumivelmente dominante, como pela sociedade presumivelmente dependente, se se verifica alguma das situações referidas nas alíneas do n.º 2 deste artigo."

Em conclusão,

O instrumento legal que permite às entidades adjudicantes verificar, para efeitos da proibição imposta pelo n.º 6 do artigo 113.º do CCP, se uma determinada entidade convidada é ou não uma sociedade coligada, isto é "*especialmente relacionada*", com entidades que não possam ser convidadas nos termos dos n.ºs 2 e 5 do mesmo artigo, é a certidão de registo comercial, enquanto documento oficial que espelha a identidade das sociedades comerciais e os principais aspetos determinantes da respetiva dinâmica societária.

Através das certidões de registo comercial, que devem ser solicitadas pela entidade adjudicante, é possível aferir se a entidade que se pretende convidar é especialmente relacionada com outra sociedade, no que se refere à coligação de sociedades (nos termos dos artigos 482.º e seguintes do Código Comercial), e também assim quanto aos respetivos sócios e representantes legais.

Quando estivermos a falar de pessoas coletivas sem natureza comercial, a entidade adjudicante terá de efetuar esta análise com base nos respetivos estatutos e nas atas de tomadas de posse dos respetivos órgãos sociais.

Este é, salvo melhor opinião, o meu parecer.

À consideração superior.