



BREVES REFLEXÕES SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE 2014: PRECISAREMOS DE UM NOVO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS?

**BRIEF THOUGHTS ON THE TRANSPOSITION OF THE
DIRECTIVES ON PUBLIC PROCUREMENT (2014): DO WE NEED A
NEW PUBLIC CONTRACTS CODE?**

Marco Caldeira*

Número 5, 2015

ISSN 2183-184x

**E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO**

www.e-publica.pt

Resumo: As novas Directivas comunitárias em matéria de contratação pública obrigarão o legislador Português a proceder à revisão do Código dos Contratos Públicos. No texto apela-se a que essa transposição, que traduz uma decisão política, não seja feita de forma acrítica mas sim de forma participada e ponderada, aproveitando-se para alterar os aspectos do Código que careçam de aperfeiçoamento mas sem cair na tentação (e no erro) de proceder à elaboração de um novo Código.

Abstract: The Portuguese Government will revise the Public Contracts Code in accordance with the new European Directives on public procurement. The author claims that the Code's revision implies a political decision that shall be taken after an open and participated debate has taken place. The author further argues that the legal framework, dated 2008, may now be subject to any amendments found necessary, other than those strictly required by the Directives. It is however sustained that there is no need for the approval of a new Public Contracts Code.

Palavras-chave: Directivas comunitárias; transposição; decisão política; contratação pública; regras de legística.

Keywords: European Directives; transposition; political decision; public procurement; lawmaking rules.

* Advogado. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Público

1. Na sequência da aprovação e entrada em vigor das mais recentes Directivas europeias em matéria de contratação pública¹, e tendo em conta o prazo estabelecido para a respectiva transposição pelos Estados-membros, deverá o legislador Português, até 18 de Abril de 2016², aprovar as medidas legislativas³ destinadas a incorporar no nosso ordenamento jurídico interno o novo regime comunitário.

O propósito deste texto é justamente o de tecer algumas breves considerações sobre esse processo de transposição.

2. A título de nota prévia, começa por se recordar que a nossa História mostra ser necessário dedicar uma redobrada atenção à transposição de Directivas comunitárias, já que, neste particular, o desempenho habitual do legislador Português tem sido longe de exemplar, tanto no que se refere ao *cumprimento dos prazos*⁴ como no que respeita à *adequação do conteúdo* do acto legislativo finalmente aprovado⁵.

Ora, se há campo em que se justifica cumprir (e cumprir *bem*) os prazos de transposição das Directivas, rompendo com a tendência tantas vezes verificada entre nós, esse campo é precisamente o da contratação pública, cujos impacto prático e peso económico dispensam ulteriores demonstrações da afirmação acabada de proferir.

¹ Referimo-nos, é claro, às Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO L 94) em 28 de Março de 2014.

² Cf. artigos 51.º, n.º 1 da Directiva 2014/23/UE, 90.º, n.º 1 da Directiva 2014/24/UE e 106.º, n.º 1 da Directiva 2014/25/UE.

³ Necessariamente, através de lei ou de decreto-lei, nos termos do disposto no artigo 112.º, n.º 8 da Constituição. Defendendo que, apesar de este preceito introduzir “*algum formalismo excessivo*” no processo de transposição de Directivas comunitárias, a solução consagrada acaba por permitir um controlo mais eficaz do mesmo, “*quando encarado – como deve ser encarado – como um todo*”, cf. Diana Ettner, “A transposição de diretivas da União Europeia: uma questão de governação pública”, in AA.VV., *O Governo da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013, páginas 370 e 371.

⁴ Neste sentido, afirmando que “*Portugal has not been exemplary in its compliance with the time limits for the transposition of EU directives into domestic law, and on the contrary, it has been late in transposing several EU legal instruments*”, cf. David Coelho, “The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: Procedures and Special Instruments”, in AA.VV., *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, OPET, Lisbon, 2014, página 69.

Manda a justiça, todavia, que se reconheça que os atrasos na transposição de Directivas comunitárias estão longe de constituir um problema exclusivamente Português, sendo, bem pelo contrário, transversais à generalidade dos Estados-membros, registando-se que “*quase todos (...) apresentam um défice na transposição de atos jurídicos da UE para os seus ordenamentos jurídicos internos*”: cf. Diana Ettner, “A transposição...”, cit., página 362.

Daí que, como se sabe, o Tribunal de Justiça tenha, ao longo do tempo, ensaiado diversas construções para prevenir ou remediar o problema, como sejam a doutrina do efeito directo ou a responsabilidade civil do Estado por falta de transposição atempada das Directivas.

Sobre algumas causas mais prováveis (e seus remédios) do não cumprimento das Directivas europeias em matéria de contratação pública, ainda que numa investigação com base em informações reconhecidamente limitadas, cf. Kees Gelderman, Paul Ghijsen e Jordie Schoonen, “Explaining Non-Compliance with European Union Procurement Directives: A Multidisciplinary Perspective”, in *Journal of Common Market Studies*, Volume 48, Number 2, March 2010, páginas 243 a 260.

3. Verdade seja dita que o Estado Português já se *apercebeu* da necessidade de transpôr as novas Directivas para o ordenamento interno e, nesse sentido, o Governo já nomeou inclusivamente uma comissão para proceder à elaboração do anteprojecto do correspondente diploma de transposição⁶.

Esse facto, aliado à circunstância de o nosso quadro legal em matéria de contratação pública já se aproximar bastante do regime consagrado nas Directivas que agora devem ser transpostas⁷, permite concluir que, desta vez, não se vislumbram motivos para reear que o Estado Português incumpra a sua obrigação de transpor as Directivas comunitárias dentro do prazo estabelecido para o efeito.

4. Nesta linha, inexistindo, para já, indícios de que o cumprimento do prazo de transposição possa estar em risco (apesar de ser preciso dizer que a nomeação da comissão foi, para dizer o mínimo, tardia), a nossa preocupação centra-se essencialmente sobre o *modo* como as Directivas serão transpostas.

No entanto, tendo presente a conveniência de, no processo de transposição de Directivas, diferenciar os planos da decisão política e o do trabalho *técnico-administrativo*⁸, cabe ressaltar desde já que será sobre o primeiro plano que nos debruçaremos nas linhas subsequentes. Ou seja, mais do que apontar concretos aspectos de regime que, do ponto de vista *jurídico*, se torna necessário alterar para compatibilizar a legislação Portuguesa com o novo quadro comunitário, importa-nos sobretudo indagar qual deverá ser a *orientação política*, a *filosofia global* do diploma de transposição.

É que, ao contrário de tantas vezes sucede, inclusivamente ao mais alto nível e no âmbito da revisão dos diplomas mais estruturantes do nosso ordenamento jurídico⁹, *primeiro* há que definir

⁵ A este respeito, não resistimos a transcrever as duríssimas palavras proferidas (há mais de uma década, é certo) por Luís Filipe Colaço Antunes, para quem “o nosso legislador não tem normalmente a coragem e a lucidez de transpor crítica e criteriosamente as normas comunitárias (particularmente as Directivas), limitando-se a uma tradução literal e servil, confiando que a doutrina e a jurisprudência resolvam o problema”: cf. *Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, Almedina, Coimbra, 2000, página 83.

⁶ Cf. Despacho n.º 2969/2015 da Presidência do Conselho de Ministros e dos Ministérios das Finanças e da Economia, de 17 de Março de 2015, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 58, de 24 de Março de 2015.

⁷ Cf. David Coelho, “The New Directive...”, cit., página 69.

⁸ Cf. Diana Ettner, “A transposição...”, cit., página 378.

⁹ O exemplo paradigmático desta inversão (metodo)lógica encontra-se nos processos de revisão constitucional ciclicamente desencadeados junto do Parlamento, nos quais, como bem refere António de Araújo, a perspectiva das diferentes forças políticas “*tem sido exactamente a inversa (...): primeiro, começa-se por se avançar propostas de alteração ao articulado, redigidas por juristas, e só depois se iniciam «negociações», as quais incidem, não sobre grandes opções de fundo, previamente sedimentadas, mas sobre o conjunto mais ou menos variado de preceitos que cada um se propõe consagrar, melhorar ou eliminar*”: cf. “A Constituição como “problema””, in AA.VV., *A Constituição Revista*, e-book da Fundação Francisco Manuel dos Santos, Abril de 2011, página 140 (disponível em www.ffms.pt).